

ANAIS
SEMANA ACADEMICA DE DIREITO DA UNIVILLE
2016

COMISSÃO CIENTÍFICA

Presidente: Professora Dra. Luana de Carvalho Silva Gusso

Vice-Presidente: Professora Ms. Mariana Datria Schulze

Coordenador: Professor Dr. Cláudio Melquiades Medeiros

Vice-Coodenador: Professor Ms. Waldemar Moreno Junior

MEMBROS

Professora Doutora Rosânia Campos

Professora Doutora Fernanda Brandão Lapa

Profa. Doutora. Erika Louise Bastos Calazans

Professor Ms. Leandro Gornick Nunes

Professor Ms. Frederico Wellington Jorge

Professora Ms. Helena Schissel Cardoso

Professor Ms. Nestor De Castilho Gomes

Professor Ms. João Fontoura

Professor Ms. Cloves Fernandes Barbosa

Professor Ms. Felipe Bertasso Tobar

Professora Esp. Janaína Silveira Soares Madeira

Professor Esp. José Fontenelle Neto

ISBN 978-85-8209-071-8

Catlogação na fonte pela Biblioteca Universitária da Univille

S471a Semana acadêmica de direito da Unville (1. : 03-06 out. : 2016 :
Joinville, SC)

Anais da I Semana acadêmica de direito da Unville / Organização:
Luana de Carvalho Silva Guzzo... [et al.] – Joinville, SC : Editora
UNIVILLE, 2016.

317 p. : il.; 30 cm

O conteúdo destes Anais é de exclusiva responsabilidade dos(as) seus(uas) autores(as).

APRESENTAÇÃO

A **Semana Acadêmica de Direito da Univille – SADU** foi realizada entre os dias 03 e 06 de outubro de 2016 e representou um projeto para a aproximação do corpo discente e docente dos pilares universitários: o ensino, a pesquisa e a extensão. Um evento que pretende abordar de forma ampla tais pilares por meio de atividades compostas por **Congresso de Direito na Era da Transnacionalidade**, com a presença de professores/pesquisadores renomados nacionalmente; a oferta de **25 Minicursos**, em que serão abordadas temáticas jurídicas contemporâneas exteriores ao universo da sala de aula; a apresentação oral e escrita de trabalhos científicos, mediante a elaboração de **6 Grupos de Trabalho** sobre a temática do evento, a exposição de pôsteres de atividades acadêmicas desenvolvidas pelos graduandos e exposição dos grupos de pesquisa permanentes do Curso: A Clínica de Direitos Humanos da Univille, o IOLAOS: vamos falar de gênero e o CITY: Cidades Sitiadas. Para o encerramento está prevista uma **Conferência**, cujo título **“Construindo o Futuro: diálogos entre o Direito e a Comunidade”** apoia-se no compromisso do Curso de Direito com a necessária troca de experiências com a comunidade da Cidade de Joinville para a consolidação de um ambiente universitário plural e democrático.

Assim, com objetivo de se tornar uma oportunidade de troca de experiências, valores e informações de pesquisas, a SADU visa à consolidação de uma cultura acadêmica comprometida com a formação jurídica de excelência e atualizada, sensível às demandas do Direito na contemporaneidade.

A **SADU** buscou ser um espaço para a publicização e debates de pesquisas jurídicas realizadas pela comunidade acadêmica de nossa Cidade e Região. Como resultado final, nestes ANAIS encontra-se parte dos resultados de uma semana de iniciação científica comprometida com os desafios do ensino jurídico e de investigações acadêmicas compromissadas com a Justiça Social e a promoção da Cidadania. Agradecemos a todos os participantes que fizeram desta semana um momento muito especial no Curso de Direito da Univille.

Para todos e todas,
Professora Doutora Luana de Carvalho Silva Gusso

SUMÁRIO

GRUPO DE TRABALHO: DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL NA CONTEMPORANEIDADE	6
(Re)leitura da imputabilidade penal no sistema brasileiro	7
Como a diminuição do consumo afetaria o narcotráfico	19
Mídia e justiça criminal: os limites da liberdade de imprensa e a crítica criminológica	24
Presunção de inocência e processo penal: uma análise a partir da teoria da decisão judicial	32
Prisão preventiva: o excesso punitivista no processo penal	44
GRUPO DE TRABALHO: DIREITOS HUMANOS	52
A migração haitiana para Joinville: legislação e política públicas	53
Direitos humanos: os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres encarceradas em Joinville	67
Índice de sustentabilidade empresarial – ISE BM&fbovespa	81
Pacto Global e os Princípios Norteadores para empresas e direitos humanos	94
Responsabilidade internacional do estado por atos de empresas transnacionais	107
Saúde no cárcere: mulheres presas sob a ótica dos direitos humanos	117
GRUPO DE TRABALHO: OS NOVOS DESAFIOS DO CONSTITUCIONALISMO E A ERA DA TRANSNACIONALIDADE	128
As garantias do direito à infância e a perspectiva do acolhimento no âmbito transnacional	129
Crime de responsabilidade: uma discussão constitucional	142
Implicações do <i>Stare Decisis</i> no Brasil	152
O estado da Interpretação Constitucional: análise do <i>Habeas Corpus</i> 126.292	161
GRUPO DE TRABALHO: NOVOS DIREITOS E NOVAS SUBJETIVIDADES EM QUESTÃO	176
A Advocacia Pública e o Princípio da Harmonia entre os Poderes no Estado Democrático de Direito	177
As identidades culturais dos imigrantes e o papel do Estado na sua preservação	189
Desconsideração da personalidade jurídica à luz do direito civil, do consumidor e processual civil	199
Efeitos e punições na utilização das drogas de aumento de performance	

em eventos esportivos mundiais	211
Direitos sociais em análise: a problemática da flexibilização da jornada de trabalho no Brasil	220
Análise do Sistema Municipal de Proteção ao Meio Ambiente aplicado pela Secretaria do Meio Ambiente em Joinville	227
O retrocesso do Novo Estatuto da Família: uma análise do artigo 2º do Projeto de Lei nº 6.583/2013 à luz do princípio da vedação ao retrocesso social	259
GRUPO DE TRABALHO: DIREITO, EDUCAÇÃO E INFÂNCIA	274
Alienação parental e a defesa da dignidade da criança	275
Direito e Quadrinhos	289
O processo de adoção por casais homoafetivos sob a perspectiva de acadêmicos do curso de Direito	295
Quadrinhos e aspectos jurídicos	311

**GRUPO DE TRABALHO: DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL NA
CONTEMPORANEIDADE**

(Re)leitura da imputabilidade penal no sistema brasileiroVictor Bambinetti Gonçalves¹

Resumo: O objetivo do presente trabalho é analisar a imputabilidade penal no sistema brasileiro à luz da doutrina e jurisprudência, assim, visando abordar o tema de modo crítico, demonstrando os pontos positivos e negativos da legislação repressora acerca do assunto, e, a disparidade dos acórdãos. Dessa forma, é utilizada uma considerável fonte doutrinária, bem como jurisprudencial, com o intuito de provocar a indagação a respeito da imputabilidade penal. Portanto, o artigo tem como fulcro despertar a atenção dos leitores, acerca de um tema que aparenta ser uniforme.

Palavras-chave: *Imputabilidade Penal. Inimputabilidade Penal. Lei da Reforma Psiquiátrica. SINASE. Sílvicola.*

1 Introdução

Tendo em vista que o presente trabalho tem como escopo a análise da imputabilidade penal, faz-se mister os esclarecimentos breves acerca da Culpabilidade, tema esse, que gera muita polêmica na doutrina, vez que parcela de doutrinadores o colocam como elemento integrante para o fato ser considerado crime, e outros não (JESUS, 2003).

A culpabilidade foi plenamente desenvolvida no decorrer do tempo, começando com o seu conceito psicológico – elaborado por Von Listz, no século XIX – até chegar ao atual conceito normativo, proposto por Reinhard Frank, em 1907, sob o argumento de que “um comportamento proibido só pode ser atribuído à culpabilidade de alguém se é possível reprovar-lhe sua realização” (FRANK, 1907). Contudo, tal definição é aperfeiçoada por Hans Welzel, por meio da teoria finalista (WELZEL, 1969).

Em suma, a culpabilidade é considerada a reprovabilidade pessoal pela realização de uma ação ou omissão típica e antijurídica. Nesse sentido, podemos afirmar que não há aquela sem a tipicidade e antijuricidade.

Os diferentes elementos do crime estão numa relação lógica necessária. Somente uma ação ou omissão pode ser típica, só uma ação ou omissão típica pode ser antijurídica e só uma ação ou omissão antijurídica pode ser culpável (MIR, 1997, p. 267 *apud* BITENCOURT, 2007, p.331)

Ademais, é necessário destacar os elementos que compõem a estrutura da culpabilidade, ou seja, a imputabilidade penal, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Tais características devem estar presentes na ação ou omissão, pois se eliminando uma delas, elimina-se também, a culpabilidade, e, com efeito, toda a estrutura do crime.

¹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

2 A Imputabilidade penal

Infelizmente, nosso Código Penal carece de definição a respeito do tema, deixando isso em função da doutrina. Porém, é uniforme o entendimento de que a imputabilidade penal é a própria capacidade de culpabilidade, isto é, a capacidade de responsabilização criminal.

Nesse sentido, recorreremos ao mestre Aníbal Bruno com o intuito de compreender melhor tal definição, segundo o doutrinador, a culpabilidade seria o “conjunto das condições de maturidade e sanidade mental que permitem ao agente conhecer o caráter ilícito do seu ato e determinar-se de acordo com esse entendimento” (BRUNO, 1984, p. 44).

Portanto, a imputabilidade penal é uma aptidão que o indivíduo possui para ser considerado culpável, isto é, a capacidade que o sujeito possui para entender que a ação ou omissão realizada é reprovável. Assim, sem tal faculdade, é impossível condenar o indivíduo, nesse sentido, consoante Muñoz Conde (1988. p. 137):

quem carece desta capacidade, por não ter maturidade suficiente, ou por sofrer de graves alterações psíquicas, não pode ser declarado culpado, e, por conseguinte, não pode ser responsável penalmente pelos seus atos, por mais que sejam típicos e antijurídicos.

Com efeito, a imputabilidade penal, é o elemento da culpabilidade que mais possuem dirimentes, isto é, excludentes, causas justificantes, caracterizadas pelos sujeitos inimputáveis. Nesse norte, há três teorias que justificam esta inimputabilidade, são elas - a biológica, psicológica e a biopsicológica. Essa última, foi adotada pelo Código Penal brasileiro, sendo resultado de uma combinação das outras duas, assim, exigindo a presença de anomalias mentais ou a completa incapacidade de entendimento.

3 Os Inimputáveis: doentes mentais

É evidente a discriminação sofrida pelo doente mental ao longo da história, nesse sentido, vale citar uma passagem da obra “História da loucura na Idade Clássica” de Michel Foucault (1999, p. 9-12) na qual faz referência aos barcos que transportavam tais indivíduos:

Os loucos tinham então uma existência facilmente errante. As cidades escoraçavam-nos de seus muros; deixava-se que corresse pelos campos distantes, quando não eram confiados a grupos de mercadores e peregrinos. [...] Portanto, os loucos não são corridos das cidades de modo sistemático. Por conseguinte, é possível supor que são escoraçados apenas os estrangeiros, aceitando cada cidade tomar conta apenas daqueles cidadãos.

A partir do século XVIII, são criados os manicômios, com o intuito de tratar os sujeitos sem desenvolvimento mental completo. Assim, as diretrizes do direito penal começavam a surgir.

Atualmente, são considerados doentes mentais, aqueles que possuem uma ação mórbida de saúde mental, como os que sofrem de esquizofrenia e paranóia. Em tais casos, os agentes não poderiam ser punidos, vez que não possuem capacidade plena de compreender que suas atitudes são ilícitas.

Contudo, referidos transtornos mentais, devem estar presentes no agente ao tempo do crime, a jurisprudência brasileira é uniforme em relação a isso, estando presentes provas suficientes nos autos.² Comprovada a inimputabilidade à época do fato, previsto como crime punido com reclusão, deve ser aplicado à medida segurança de internação, em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou em estabelecimento adequado. Entretanto, caso o crime tenha como sanção a pena de detenção, o magistrato pode submeter o infrator a tratamento ambulatorial apropriado.

Nesse norte, a intenção aqui é analisar a inimputabilidade do doente mental à luz da Lei de Reforma Psiquiátrica (BRASIL, 2001), a qual visa um tratamento de ressocialização do indivíduo, devendo a internação ser imposta apenas se esgotarem as possibilidades de tratamento extra-hospitalares, dessa forma, divergindo do Código Penal. Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ deixou claro, por meio da resolução nº. 113/2010 (BRASIL, 2010), que o juiz competente para a execução da medida de segurança, deve buscar a implementação de políticas antimanicomiais, conforme a sistemática da Lei de Reforma Psiquiátrica.

Todavia, ainda é tímida a jurisprudência a respeito do tema, mas é possível perceber a adequação da legislação penal com a Lei 10.216/2001, sendo um grande passo para o sistema repressor do país, visando a ressocialização, e adequação do indivíduo a sociedade, devendo ser esse o objetivo de qualquer sanção. Corroborando, o voto do Ministro Cezar Peluso reforça a aplicação de medidas antimanicomiais:

Como se sabe, a Lei n. 10.216/01 determinou revisão do tratamento dos portadores de transtornos psíquicos à luz das já não tão recentes posturas da ciência psiquiátrica que questionam a efetividade da custódia dos doentes mentais. Neste contexto, a desativação dos hospitais psiquiátricos é uma das etapas da política de reforma psiquiátrica, **o que torna ainda mais injusta e desaconselhável a internação do paciente em hospital psiquiátrico judicial.**³

² HC 131308, Relator (a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 21/06/2016.

³ HC 85401, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 04/12/2009, DJe-027 DIVULG 11-02-2010 PUBLIC 12-02-2010 EMENT VOL-02389-01 PP-00051 RTJ VOL-00213-01 PP-00512 RT v. 99, n. 895, 2010, p. 504-507 RJSP v. 58, n. 392, 2010, p. 169-173). Grifos do autor.

Não há dúvida de que o Código Penal deve adequar-se a reforma psiquiátrica, pois segundo o critério da periculosidade adotado, o inimputável por doença mental é presumidamente perigoso, causando uma generalização absurda. Ademais, a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) não faz previsão a liberação do doente mental de forma progressiva, tornando tal medida de segurança, muitas vezes piores que a pena privativa de liberdade. Além disso, o sistema adotado hoje deixa prosperar decisões que desrespeitam garantias fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, não se pode olvidar que junto à adequação da legislação penal a Lei do Centro de Atenção Psicossocial - CAPS deve o Judiciário tornar sua aplicação eficaz, não bastando apenas a lei positivada. Assim, é essencial o cumprimento de todas as garantias previstas, tais quais as mencionadas no artigo 2º da referida Lei. A partir disso, é possível alcançar a desinstitucionalização e desconstrução do manicômico (BRIGIDO, 2011) e dos paradigmas que o sustentam, aspirando, dessa forma, o fim da discriminação que acompanha tais sujeitos há séculos. Todavia o entendimento jurisprudencial ainda não é uniforme nesse sentido, mesmo após 15 anos de vigência da Lei 10.216/2001.⁴

Além do exposto, é necessário, ainda, o investimento nas instituições previstas, o que, infelizmente, ainda não ocorreu de forma efetiva. Atualmente, há 55 Centros de Atenção Psicossocial em Santa Catarina (CCS, 2017), número que está longe de ser o suficiente para atender todos os necessitados do Estado. Ademais, outros programas como o Serviço Residencial Terapêutico e Hospitais dia, ainda se fazem insuficientes, e, principalmente, mal distribuídos geograficamente.

Portanto, depreende-se que além da necessária harmonização da inimputabilidade referente aos doentes mentais à reforma psiquiátrica, ainda assim, é imprescindível o incentivo para que o programa se efetive. Contudo, é evidente a dificuldade para que isso ocorra de imediato no país, pois é nítida a carência de médicos no Brasil, e esse número é ainda mais escasso quando nos referimos a especialistas em psiquiatria.

3.1 Os Inimputáveis: desenvolvimento mental incompleto

Semelhante à supracitada, o sujeito não consegue evitar a prática da ação, pois não possui autodeterminação, em razão de distúrbios mentais. Com efeito, é perfeitamente

⁴ APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO E FURTO SIMPLES. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO HOSPITALAR. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL. IMPOSSIBILIDADE. CRIME PRATICADO COM VIOLÊNCIA. RÉU PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA. NECESSIDADE DE RIGOROSO TRATAMENTO ESPECIALIZADO SEGUNDO LAUDO PSIQUIÁTRICO. PUNIÇÃO COM RECLUSÃO. FLEXIBILIZAÇÃO SOMENTE EM CASOS EXCEPCIONAIS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1- Via de regra, os crimes punidos com reclusão deverão ser sancionados com a internação hospitalar no caso de inimputabilidade por enfermidade mental. A flexibilização desse entendimento é excepcional, devendo se pautar pelo caso em concreto e pela inexistência de violência ou grave ameaça. (TJ-PR 8186392 PR 818639-2 (Acórdão), Relator: Rogério Etzel, Data de Julgamento: 02/02/2012, 5ª Câmara Criminal).

aplicável o princípio *Nulla poena sine culpa*⁵. Exemplos desses agentes seriam o surdo-mudo, ou um silvícola.

Contudo, faz-se mister ressaltar que sendo o silvícola infrator, deve o magistrado analisar o caso concreto, pois atualmente muitos estão integrados na sociedade, tais quais os indígenas que possuem o hábito de permanecer na cidade por um período determinado. Portanto, apenas um silvícola não integrado, isto é, que desconhece completamente os costumes da coletividade, não possui esta capacidade de culpabilidade.

Ora, não é possível admitir que aquele indígena adaptado ao corpo social, o qual muitas vezes possui uma espécie de comércio informal em urbes, não possua plena aptidão de culpabilidade, deste modo, não conseguindo compreender sua ação ou omissão antijurídica. Portanto, depreende-se por silvícola, aquele completamente estranho a sociedade, que não possui condições de compreensão suficientes para entender a civilização. Esse, sem dúvida, deve ser inimputável, como seria possível punir alguém que não está adaptado ao meio social, não compreendendo o caráter ilícito da ação?

Ademais, é necessária, em tais casos, a perícia antropológica no agente, com o intuito de comprovar sua caracterização como silvícola. Nesse sentido, foi perfeita a decisão do Des. Diógenes V. Hassan Ribeiro, em *habeas corpus* impetrado, no qual concedeu a realização da perícia supracitada⁶, sob o argumento de que a concessão daquela, consagra o princípio constitucional da ampla defesa.

Tal perícia judicial tem como finalidade produzir a etnografia sobre determinada comunidade indígena, discorrendo sobre seu território, cultura, idiomas, hábitos, costumes, e tipo de organização social, para que assim, seja levado para conhecimento do magistrado informações suficientes para solucionar o caso. Faz-se mister o auxílio da Antropologia, bem como de outras ciências no Direito, pois o juiz pode possuir conhecimentos amplos, mas tendo que julgar muitas vezes casos complexos, surge a necessidade de se recorrer a especialista (MIRABETE, 2000).

Contudo, na prática, isso não ocorre, isto é, o entendimento majoritário da jurisprudência é de que havendo elementos suficientes nos autos, presumindo a vida “civilizada” do infrator, pode ser dispensado o exame antropológico. Nesse sentido:

Alega a defesa a ocorrência de cerceamento de defesa pela não realização de exame antropológico a atestar a imputabilidade do réu. Entretanto, não lhe assiste razão quanto à arguição de nulidade do processo, **por haver nos autos comprovação suficiente de que Icran (indígena) está integrado à sociedade, sendo, portanto, a prova técnica prescindível.**⁷

⁵ Não há pena sem culpa.

⁶ TJ-RS-HC: 70060246857 RS, Rel: Diógenes V. Hassan Ribeiro, julgado em 07/08/2014.

⁷ TJSC, Apelação Criminal n. 2010.026965-0, de Ibirama, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 03-05-2011. Grifos do autor.

Ora, como não há cerceamento de defesa quando é negada a possibilidade do acusado de defender-se? É limpa a compreensão de que tal recusa, viola o princípio da ampla defesa. Além disso, sem a realização do laudo, não é possível considerar a distinção cultural de cada grupo social, acarretando uma visão universal dos togados.

De outro norte, questiona-se o enquadramento do silvícola como inimputável, entendo que houve um equívoco do legislador nesta questão, comprovando aqui, novamente, uma discriminação na sociedade. Isto porque o indígena é mentalmente normal, o que ele possui é uma cultura diferente, assim, não dispendo do entendimento de certas normas, da mesma forma que um estrangeiro de passagem pelo país. Portanto, corrobora-se com o entendimento de Dotti (2009), tratando a conduta típica do silvícola como erro de proibição, decorrente da falta de consciência da ilicitude, vez que o fato punível por ele, não necessariamente está agregado na categoria de valores próprios de seus usos e costumes.

O erro de proibição é previsto no artigo 21º do Código Penal, esse, dispõe que o desconhecimento da lei não é desculpa para a prática de crimes, porém, se o erro foi invencível, será causa de dirimente da culpabilidade, e no caso de erro vencível, acarretará na diminuição da pena. Dessa forma, no caso concreto, um indígena pode não ter condições de saber que sua atuação era contrária ao ordenamento, devendo ser reconhecida a hipótese de erro inevitável ou evitável sobre a ilicitude do fato.

Contudo, vale ressaltar que não deve ocorrer a generalização, isto é, há crimes que o silvícola possui condições de prever, em razão disso, é fundamental a realização da perícia antropológica. Nessa esteira, lecionam Eugênio Zaffaroni e José Pierangeli (2004, p. 615):

Muito embora exista delito que o silvícola pode entender perfeitamente, existem outros cuja ilicitude ele não pode entender, e, em tal caso, não existe outra solução que não a de respeitar sua cultura no seu meio, e não interferir mediante pretensões de tipo etnocentrista.

Os venerandos mestres completam o entendimento afirmando que é necessário assimilar que tais indígenas estão integrados, porém em sua cultura, as quais estão completamente desintegrados. Assim, mais uma vez ressalta-se a fundamental realização do exame antropológico, a fim de averiguar as características do acusado.

Dessa forma, depreende-se que o critério adotado pela legislação penal, enquadrando o indígena como indivíduo com desenvolvimento mental incompleto, é inadequado, vez que é absurdo – possuindo o índio o mesmo desenvolvimento que o “branco” – e discriminatório. Com efeito, o erro de proibição visa a cultura como parâmetro de análise da culpabilidade, sendo perfeitamente aplicável ao silvícola.

Por fim, reforça-se a realização do laudo antropológico, esse, imprescindível, pois reflete a convivência social e cultural do indígena, e, ainda, garante o direito fundamental da ampla defesa.

3.2 Os Inimputáveis: menores de 18 anos

Enfim chegamos ao polêmico tema da menoridade penal, o qual ganhou força recentemente, em decorrência da aprovação na Câmara dos Deputados da Proposta de Emenda à Constituição, que propõe a redução de 18 para 16 anos da maioridade penal.

Preliminarmente, devemos compreender que o legislador seguiu o sistema biopsicológico, conforme já citado. Assim, o menor de 18 anos é incapaz de compreender a ilicitude do fato, pois não possui desenvolvimento mental completo. Nesse norte, pensamos que além de não possuir um suficiente desenvolvimento mental, o jovem de 16 anos não dispõe de experiência social necessária, é ignorante em relação a quase totalidade dos crimes tipificados. É nesse sentido também que leciona Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 287-288):

O legislador define um critério correto de política criminal: adolescentes menores de 18 anos podem compreender o injusto de alguns crimes graves, como homicídio, lesões corporais, roubo e furto, por exemplo, mas não são capazes de compreender o injusto da maioria dos crimes comuns, e praticamente, de nenhum dos crimes definidos em leis especiais (crimes contra o meio ambiente, a ordem econômica e tributária, as relações de consumo, o sistema financeiro etc.) e, *em todas as hipóteses acima referidas*, não são capazes de comportamento conforme a eventual compreensão do injusto, por insuficiente desenvolvimento do poder de controle dos instintos, impulsos ou emoções.

Contudo, ainda assim, há uma grande parcela da população que deseja a redução da maioridade penal, criticando, principalmente, a falta de medidas punitivas a estes menores infratores. Assim, desde 1993, diferentes Propostas de Emenda à Constituição Federal tramitam no Congresso Nacional, almejando a redução, dessa forma, modificando a redação do artigo 228 da Constituição Federal de 1998.

O grande problema é que a sociedade brasileira, como sempre, necessita de algo imeditado, algo que para ela, em um piscar de olhos vai resolver o problema, ela necessita da mudança rápida, funciona assim independente do assunto, da política ao esporte. É possível mesmo que a redução da maioridade penal de 18 para de 16 anos resolva todos os problemas, diminuindo consideravelmente a criminalidade no país? Acredito fielmente que não, este flagelo, não é superado da noite para o dia, com a simples publicação de uma lei.

Os menores de dezoito anos têm suas responsabilidades reguladas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8069/90). De acordo com tal diploma, é obrigação da família, da sociedade, e do Poder Público assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, propiciando assim, educação, cultura, esporte e lazer. Ora, não só tal diploma, mas a Constituição Federal prevê essa vida digna para o jovem. Contudo, e como quase tudo no país, a lei não possui eficácia, a legislação é boa, só não é devidamente aplicada.

Vejamos consoantes recente dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA (2015), 66% dos menores infratores vivem em famílias extremamente pobres, 60% são negros e 51% não frequentavam a escola na época do delito, e, ainda, menos de 10% destes infratores cometeram homicídio ou latrocínio, sendo a maior parte roubo e tráfico de drogas.

Nessa toada, conciliamos os referidos dados com a taxa de analfabetismo, que em 2014, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (2014) era de 8,3%, cerca de 13,2 milhões de pessoas sem saber ler e escrever no Brasil.

Logo, depreende-se que os índices de criminalidade infantil estão ligados diretamente com o baixo grau de escolaridade, ou seja, é necessário investir em educação. Todavia, isto não é, e não deve ser novidade para um cidadão, e, talvez por isso que a redução da maioria penal foi tão apoiada. Ora, o discurso político é sempre o mesmo, isto é, investimento em educação, porém, não há investimentos concretos. Com efeito, a sociedade brasileira percebe na PEC uma grade saída, crendo uma resolução do problema de forma rápida, mas conforme já afirmado, não é assim que deve proceder.

Cezar Roberto Bitencourt (2007, p. 353) prevê uma solução para tais infratores, o que o mestre chama de “responsabilidade penal diminuída”, com consequências diversas, para jovens entre 16 e 21 anos:

Em primeiro lugar, é indispensável que se afaste qualquer possibilidade de referidos menores virem a cumprir a sanção penal juntamente com os delinqüentes adultos. Em segundo lugar, faz-se necessário que as sanções penais sejam executadas em *estabelecimentos especiais*, onde o *tratamento ressocializador*, efetivamente *individualizado*, fique sob a responsabilidade de técnicos especializados, para que se possa realmente propiciar ao *menor infrator* sua educação, além de prepará-lo para o mercado de trabalho.

É brilhante tal lição de Bitencourt, porém, é praticamente isto que a nossa Carta Magna e o Estatuto da Criança e do Adolescente preveem, medidas socioeducativas são elencadas nos artigos 112 a 125 do ECA. Novamente, vamos afirmar de forma reiterada, a legislação é boa, falta-lhe aplicação.

Diverge dessa opinião Paulo José da Costa Jr, ao afirmar que o jovem de hoje, aos dezesseis anos tem plena capacidade para entender o caráter ilícito, comparando os jovens brasileiros com os da Alemanha e Itália, países nos quais adolescentes de quatorze anos são imputáveis (DA COSTA JR., 2011). Ora, respeitando a posição do mestre, não se pode olvidar que os referidos países possuem um grau de desenvolvimento muito maior que o Brasil. Concordamos que um garoto de dezesseis anos na Alemanha, é, em regra, diferente de um garoto de dezesseis anos, oriundo da favela, onde possuiu contatos com maiores infratores. Isto porque a taxa de alfabetização no país europeu é de 99% (UNESCO).

Em suma, compreendemos que o pensamento de que a redução da maioria penal para dezesseis anos resolveria o flagelo, é utópica, sendo esta uma pseudo solução. O país

precisa pensar em longo prazo, começar hoje com medidas educativas eficazes, e colher os frutos em 30, 40, 50 anos, a legislação brasileira deve ser suficiente para isso. Ora, é claro que há normas a melhorar, porém, o que o Brasil necessita são de governantes com vontade política, voltada aos fins sociais.

Nesse norte, recentemente passou a vigorar no país a Lei 12.594/2012, instituindo o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE, com o intuito de tornar mais efetivas as disposições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, portanto, almejando o desenvolvimento de ações socioeducativas sustentadas em princípios constitucionais e humanos. Dessa forma, o SINASE surge como um mecanismo para o cumprimento das medidas dispostas no ECA.

Ponto interessante da referida lei, é a previsão do Plano Individual de Atendimento (PIA), que deve contar com a participação dos pais ou responsáveis, sendo esses, fundamentais para a ressocialização do menor infrator. Por meio do PIA, é garantida uma análise individual do adolescente, assim, considerando uma biografia particular para cada um deles, com o intuito de realizar o devido acompanhamento no decorrer do cumprimento da medida socioeducativa. Tal plano é um grande passo para a efetividade do ECA, pois visa um trabalho individual com o menor e sua família, com um acompanhamento profissional de especialistas.

Felizmente, os Tribunais Superiores estão aplicando a Lei 12.594/2012, o que é essencial para a ressocialização do indivíduo, nesse sentido:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. ATO INFRACIONAL PRATICADO SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. ART. 49, II, DA LEI N. 12.594/2012. DIREITO AO DEFERIMENTO DA COLOCAÇÃO EM MEIO ABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. São direitos do adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, sem prejuízo de outros previstos em lei, "ser incluído em programa de meio aberto quando inexistir vaga para o cumprimento de medida de privação da liberdade, exceto nos casos de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa, quando o adolescente deverá ser internado em Unidade mais próxima de seu local de residência" (Lei n. 12.594/2012, art. 49, II).

2. Recurso ordinário em habeas corpus provido, para determinar que seja o adolescente colocado imediatamente em medida socioeducativa diversa da internação, a critério do Juiz a quo, a ser cumprida no local de seu domicílio, a fim de promover o "fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo" (Lei n. 12.594/2012, art. 35, IX), em observância aos princípios do SINASE.⁸

⁸ RHC 69.953/BA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 24/08/2016.

Entretanto, como já afirmado, o programa de ressocialização deve ser a longo prazo, não é possível, em quatro anos de vigência do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, chegar a uma conclusão de sua efetividade, resta aguardar e torcer, para que sua aplicação seja plena e renda frutos no futuro.

3.3 Os Inimputáveis: embriaguez accidental completa

Prevista no artigo 28, II do Código Penal, é aquela proveniente de caso fortuito ou força maior, sendo o agente inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato. Recorremos ao mestre Paulo Queiroz, a fim de deixar mais límpida a definição:

Já na embriaguez involuntária, porque resultante de caso fortuito (v.g., desconhece que determinada substância produz embriaguez) ou força maior (v.g., é constrangido à embriaguez), o estado de inconsciência é imprevisível e inevitável, por isso que inculpável, se completa (QUEIROZ, 2009, p. 298).

Portanto, é irrefragável que o agente possuindo o *animus* de embriaguez, isto é, detém a intenção, não deve ser considerado inimputável, mesmo em caso de embriaguez completa, dolosa, ou culposamente. Dessa forma, é preciso comprovar nos autos a embriaguez oriunda de força maior ou caso fortuito, consoante precedentes dos Tribunais de Justiça.⁹

Nessa toada, mesmo sendo a embriaguez involuntária, é requisito que seja completa, pois quando o autor mantém determinada capacidade, a culpabilidade deve subsistir, cabendo apenas a diminuição da pena de um a dois terços. Fundamento para isso, é a *actio libera in causa*¹⁰, que consiste na auto incapacitação, com o propósito de praticar a infração. Em suma, ocorre na situação em que o agente conscientemente se coloca em estado de inimputabilidade, seja dolosamente ou culposamente, não podendo alegar a ignorância do ilícito, vez que existia a consciência antes de se colocar em tal estado. Exemplo prático seria aquele em que o sujeito A se embriaga com o intuito de agredir B (dolo direto), ou admite o risco de agredir (dolo eventual).¹¹

⁹ TJ-SP- APL: 90000015120018260338, Relator: Guilherme de Souza Nucci, data de julgamento 19/05/2014, 1º Câmara Criminal Extraordinária

¹⁰ Ação livre na causa

¹¹ APELAÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EMBRIAGUEZ. ACTIO LIBERA IN CAUSA. ÂNIMO CALMO E REFLETIDO. NÃO EXIGÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. ADEQUAÇÃO. 1. Não exclui a tipicidade da conduta a ameaça proferida por agente em estado de embriaguez ou sob influência do uso de drogas, quando se colocou neste estado de forma voluntária ou culposa. 2. O crime de ameaça não exige, para restar configurado, o ânimo calmo e refletido. 3. Observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, mantém-se a dosimetria da pena. 4. Apelação conhecida e improvida. (TJ-DF - APR: 20140610000046, Relator: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, Data de Julgamento: 22/10/2015, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 26/10/2015 . Pág.: 217).

Entretanto, a dirimente em análise é de difícil comprovação, prova disso são os precedentes do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no qual é encontrado apenas um julgado a respeito do tema, não sendo reconhecida a embriaguez acidental completa.¹²

Por fim, cumpre ressaltar uma crítica a terminologia adotada na maioria das doutrinas, isto é, “embriaguez acidental completa”. Preferimos embriaguez involuntária completa, vez que a imprudência, negligência, e imperícia, podem trazer como consequência a embriaguez acidental. Vejamos o agente A se não possui *animus* para ficar inconsciente, contudo, em decorrência da imprudência, o mesmo atinge grau no qual não consegue mais compreender a ilícitude. Ora, tal fato não poderia excluir a culpabilidade, pois não decorre de força maior ou caso fortuito, caracterizando uma embriaguez culposa, de forma acidental. Entretanto, o vocábulo involuntário, significa algo forçado, obrigado, indesejado, nos remetendo aos casos nos quais a excludente pode e deve ser aplicada.

4 Considerações finais

A promulgação de leis como a da Reforma Psiquiátrica e do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo exigem a imediata mudança na aplicação de sanções penais nos tribunais brasileiros. Contudo, consoante o exposto, os togados continuam, em diversos casos, decidindo conforme o antigo sistema.

Tais modificações, buscam o implemento de políticas públicas que visem a ressocialização do indivíduo, bem como o respeito a dignidade da pessoa humana e todos os valores fundamentais previstos na Constituição.

Ademais, com relação ao silvícola, compreende-se a evidente discriminação do legislador ao enquadrá-lo na categoria de sujeitos com desenvolvimento mental incompleto, vez que o indígena é plenamente capaz.

Por fim, é notória a ineficácia do dispositivo prevendo a embriaguez acidental completa, possuindo essa, mínimas possibilidades de execução. A pesquisa na jurisprudência evidencia tal inutilidade.

Depreende-se, portanto, que a imputabilidade penal brasileira necessita de uma reforma, não só pelo Legislativo, mas também perante a aplicação do Judiciário. Assim, com

¹² APELAÇÃO CRIMINAL - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHER - CRIMES DE AMEAÇA E DISPARO DE ARMA DE FOGO (CP, ART. 147, E LEI N. 10.826/03, ART. 15) - SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO NO CRIME DO ART. 147 DO CP - INVIABILIDADE - PRESENÇA DA VONTADE LIVRE E CONSCIENTE DE ATENTAR CONTRA A VIDA DOS OFENDIDOS, GERANDO-LHES TEMOR. ESTADO DE VIOLENTA EMOÇÃO E EMBRIAGUEZ - SITUAÇÕES NÃO COMPROVADAS E INSUFICIENTES, AINDA, PARA AFASTAR A TIPICIDADE DA CONDUTA - INOCORRÊNCIA DE EBRIEDADE COMPLETA E INVOLUNTÁRIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0000488-15.2014.8.24.0003, de Anita Garibaldi, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 08-03-2016).

o intuito de viabilizar a aplicabilidade mais eficaz, cumprindo o maior objetivo da sanção penal, isto é, a ressocialização do infrator.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte geral 1. São Paulo, Saraiva: 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 113, de 20 de abril de 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 22 set. 2016.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. São Paulo, Forense, 1984.

CIRINO DOS SANTOS. Juarez. *Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: lumen juris, 2006.

DA COSTA JR, Paulo José. *Curso de Direito Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOTTI, Rene Ariel. *Curso de Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FOUCAULT, Michel. *História da loucura na Idade Clássica*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

FRANK, Reinhard. Über den Aufbau des Schuldbegriffs. Alfred Töpelmann, Vormals J. Ricker's Verlag, 1907.

<http://oglobo.globo.com/politica/dez-anos-apos-reforma-psiquiatrica-brasil-ainda-tem-instituicoes-publicas-funcionando-no-modelo-de-antigos-manicomios-2760053>. Acesso em 20/10/2016

<http://www.ccs.saude.gov.br/saudemental/capssantacatarina.php>. Acesso em 29/10/2016

http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=4. Acesso em 30/10/2016

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. Volume 1 – Parte Geral, 26º ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

MIR, José Cerezo, *Curso de Derecho Penal español*, cit.

MIRABETE, Júlio Fabrini, *Processo Penal*. 10 ed. São Paulo: Atlas , 2000

MUNÓZ, Conde, *Teoria Geral do Delito*, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, Editor, 1988.

QUEIROZ, Paulo, *Direito Penal Parte Geral*, 4º ed, Rio de Janeiro, lumen juris, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: parte geral. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

Como a diminuição do consumo afetaria o narcotráfico

Christian Richard Ramos¹³

Resumo: O narcotráfico é o comércio ilegal de drogas ou narcóticos em ampla quantidade, dando início com o cultivo até o fim que seria a comercialização dessas drogas. Essa produção propriamente dita é feita por grupos especializados, ou melhor, denominados cartéis, onde trabalham de forma organizada tendo uma hierarquia própria onde seus membros são responsáveis por cada função. Com esses cartéis há a produção de drogas que é um grande problema nos dias atuais, e muitas pessoas argumentam que a legalização seria a maneira mais correta para que se acabe com o uso da droga, porém este artigo apresentará algumas alternativas e mostra que essa não seria a maneira mais correta para diminuir o consumo. Esse artigo aborda o que é droga, o que é o narcotráfico, diversas teorias sobre as drogas, a política da Holanda e da Suécia contra as drogas.

19

Palavras-chave: *Narcotráfico e as drogas. Teoria sobre drogas. Políticas de diminuição.*

1 Introdução

Em meio a tantos debates sobre as drogas este trabalho tem o objetivo de que aquele que o leia tenha uma maior compreensão do que sejam as drogas e quais os riscos ela traz para a sociedade de forma geral, a legalização é uma idéia muito corriqueira entre estes debates que se baseiam em ideologias e fogem da verdadeira essência que é a diminuição do consumo.

Com este pensamento será demonstrado:

- ▀ Os dois lados com seus argumentos;
- ▀ Uma ligação sucinta entre as drogas consideradas hoje licitas;
- ▀ A Holanda e o arrependimento da liberação total das drogas;
- ▀ A maneira sueca de restrição às drogas e cuidado social

2 O que é narcotráfico

Segundo Elsa María Fernández Andrade afirma em seu livro que o conceito de narcotráfico é muito amplo, não sendo somente aquilo que é dito, ou seja, a comercialização, transporte e distribuição de drogas ilícitas, a autora traz uma visão muito mais ampla para esse debate afirmando que a comercialização de drogas licita também poderiam entrar como tráfico de drogas.

A autora também divide as drogas em cinco grupos:

- ▀ Narcóticos;
- ▀ Sedativo;

¹³ Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

- Estimulantes;
- Alucinógenos;
- Substancias químicas.

2.1 A legalização das drogas

Ao longo do tempo ocorreram vários debates entre a legalização das drogas e a proibição total ou parcial, a sociedade vem intensificando suas teorias e cada vez mais aparece na mídia pesquisas contra e a favor, dando assim fundamento aos dois lados nessa disputa ideológica.

Em seu artigo o professor Ronaldo Laranjeira utiliza um exemplo claro, com o avanço tecnológico no século XX a produção de cigarro aumentou cada vez mais a utilização de nicotina, com o passar do tempo o número de pessoas dependentes do cigarro foi aumentando em todo mundo, muitos governos até davam incentivos fiscais, com o passar do tempo foram descobertas várias doenças causadas por ele, assim fazendo com que se levasse longo período para que os países desenvolvidos apontassem o mal que o cigarro traz. Essa mudança faz com que a droga que era vista como um vício que não fazia mal passa a ser um mal para a sociedade.

2.2.1 Teoria da proibição total das drogas

Aqueles que defendem essa teoria acreditam que com a proibição total das drogas seria o controle ideal contra as drogas, pois acreditam que não haveria nenhum risco para a sociedade e aqueles considerados pessoas de bem. Portanto essa teoria visa que, tanto o consumo quanto o tráfico deveriam ser criminalizados, ou seja, tanto aquela pessoa que usufrui da droga como aquela que vende deveriam ser punidas severamente para que o consumo diminua.

Essa defesa vem para que iniba, ou seja, utilizando do medo como uma forma mais apropriada para pôr fim na luta contra as drogas, fazendo com que o estado puna aqueles que estejam interligados neste mundo.

O professor Ronaldo Laranjeira traz em seu artigo um exemplo que é o da lei seca nos EUA, onde quando implantada esta lei foi um sucesso fazendo o consumo de bebidas diminuírem de uma forma rápida, porém apesar de ter diminuído o número de consumidores de bebidas alcoólicas essa lei fez com que a qualidade da bebida diminuísse ocorrendo um número grande de pessoas que tiveram problemas de saúde oriunda desse motivo.

Baseado no artigo do professor Laranjeiras essa experiência de consumo zero nenhum país quer mais repetir, apesar de alguns países de origem islâmica ainda adotem essa ideia de consumo zero de álcool.

2.2.2 Teoria da legalização total das drogas

Já os defensores da legalização total das drogas afirmam que a proibição total das drogas elevaria o dano, dando foco principal pelo crime que estaria ligado com o uso ilegal da droga. Com isso a qualidade que a droga teria seria muito ruim, assim trazendo riscos ainda maiores para seus usuários.

O problema dessa teoria é que não leva em consideração o aumento da dependência, caso seja legalizada o número de pessoas que consumiriam a droga aumentaria cada vez mais. Quem defende essa tese pensam só a nível individual, ou seja, acreditam que uma pessoa possa usufruir da droga, mas não pensam no impacto social que isso causaria.

O professor Laranjeira em seu artigo utiliza um exemplo para essa legalização, legalizando completamente a maconha a possibilidade de aumento de consumidores em uma esfera global seria iminente, entre esses consumidores o maior número seria entre a população mais jovem, pois é isso que acontece com drogas lícitas como álcool e cigarro. Portanto se chega à conclusão que com a legalização total os crimes violentos diminuiriam, porém a população mais jovem estaria correndo risco de uma dependência maior e até maiores complicações nas escolas, também argumenta Laranjeira que poderia aumentar os crimes menos violentos.

2.2.3 Teoria intermediária de legalização das drogas

Essa teoria é a que vem sendo mais utilizada por pesquisadores, é a teoria da progressão da ilegalidade até a legalidade, com mecanismos que façam a população compreender o risco que aquela determinada droga traz, um exemplo é o álcool, porém em formato inverso do citado acima.

Tudo depende de qual regime adota o país, se a pena é leve ou grave, o caso da maconha é um desses, portanto para esta droga específica não tem como ter um foco maior, pois varia de país em país. Essa teoria para produzir efeito tem que compreender todas as drogas não de uma a uma.

2.3 Holanda e o problema da legalização das drogas

O site terça livre reproduziu uma reportagem da sobre o assunto, na matéria escrita por Thomas Favaro traz o que aconteceu com a legalização das drogas em um dos países mais liberais da Europa que aceita várias coisas tidas como tabu em toda sociedade.

O turismo no país é muito influenciado por essa liberdade total, pessoas do mundo todo vão até a Amsterdã em busca de sexo visto pela prostituição legalizada e também tem livre acesso para a compra de pequenas quantidades de maconha em bares especializados para isso, conhecido como coffee shops.

Favaro utiliza o exemplo do bairro De Wallen, ou como conhecido nos guias turísticos “O Bairro da Luz Vermelha” antes da legalização era tranqüilo e repleto de curiosidades, como

a prostituição e as drogas, o comércio de luxo foi substituído por hotéis e bares baratos, este bairro foi se degradando cada vez mais e a criminalidade nele só aumentou, fazendo com que o governo municipal revogasse algumas licenças dos bordéis mais famosos da cidade, os coffee shops já não podem mais vender bebidas alcoólicas e cogumelos alucinógenos, também não podem funcionar a menos de 200 (Duzentos) metros das escolas. Com todas essas proibições a prefeitura pretende remodelar o bairro, fazendo com que outros tipos de turistas o visitem.

A legalização da maconha na Holanda criou uma incoerência, os bares podem vender até 5 (cinco) gramas por consumidor, porém o plantio e a importação continuou proibido, de certa forma dando estímulo ao narcotráfico. O criminologista holandês da Universidade de Amsterdã Dirk Korf nessa mesma reportagem afirma que a população está descontente com as medidas liberais adotada pelo país. Não pode também a hipocrisia tomar conta de todos os fundamentos e afirmações, houve uma redução de consumo de drogas pesadas entre os holandeses, porém com os coffee shops atraem turistas de todo mundo conhecido como “turistas da droga”, também o preço de drogas mais pesadas como cocaína, heroína e ecstasy é mais baixo que em toda Europa.

Portanto a Holanda, principalmente em Amsterdã tem certo arrependimento na liberação das drogas e vem fazendo algumas alternativas para a diminuição do consumo e a dependência da população.

2.4 Suécia e a política com as drogas e a política social

A Suécia é um dos países que a política de prevenção às drogas funciona, neste país são encontrados os níveis mais baixos de consumo de drogas tanto lícitas como ilícitas. Para as drogas lícitas o consumo diminuiu, pois nem todos os lugares vendem e são de maneiras mais severas, portanto se trabalhou na questão dos consumidores, quanto menor o consumo de álcool será menor os problemas que ele traz, sendo assim a saúde pública não é inchado por aqueles que bebem. Essa maneira refletiu nas drogas ilícitas também, portanto, a política das drogas é limitar o consumo fazendo com que o mínimo da população usufrua de qualquer tipo de droga.

A política de repressão às drogas na Suécia tem duas vertentes uma que consiste no traficante propriamente dito e outra no usuário, fazendo uma distinção clara entre um e outro. Sobre o traficante, continua sendo crime e punido de forma severa. Entretanto o governo sueco adotou da teoria de que não havendo demanda o tráfico diminuiria, assim surtindo muito mais efeito e fazendo o país ter os menores índices de usuários de toda a Europa.

A política de repressão às drogas não utiliza da violência e sim ataca o que mais precisa que é o usuário, segundo o professor Laranjeira ao invés de fazer como muitos outros governos foram investidos fortemente na reabilitação de usuários, acreditam os governantes que diminuindo o número de usuários não haverá a influência em outras pessoas que nunca

usufruíram da droga, ou seja, aquele que já utilizou usaria da sua influência para com o outro para que este também se torne um usuário, desta forma só aumentando o número de consumidores de drogas. Atacando somente os usuários ficaria difícil a comercialização, também a fiscalização policial e a confiança da população para com esta, está cada vez mais diminuindo o uso. Essa fiscalização pega o usuário e encaminha ele até uma clínica de reabilitação, nos dias atuais as penas são entre 6 (seis) meses a 2 (dois) anos dependendo da grandeza do delito.

3 Considerações finais

A verdade é que, se utiliza milhares de teorias no debate sobre as drogas não sabendo qual é o melhor lado para se defender, este artigo trouxe alguns lados tanto da legalização quanto da proibição, trouxe também o país mais liberal à Holanda que nos dias atuais não sabe como diminuir o consumo e a relação às drogas. Demonstrou também a Suécia que não é um país liberal, porém seu consumo é mínimo.

Analisando tudo isso se traz uma reflexão, a legalização total não seria a melhor forma para diminuir o consumo das drogas, mas sim uma proliferação nos jovens que estes se tornam dependente, usa-se o exemplo do cigarro e do álcool que só piora a saúde da população e aumentando as crises nos hospitais.

A maneira mais correta para essa luta não seria usar da violência ou legalizar totalmente e sim se trabalhar com os usuários e aumentar a qualidade dos centros de reabilitações, se o Brasil utilizar essa maneira a demanda que faz o narcotráfico continuar vivo cairia por terra e não teria outra forma para continuar na sociedade.

Referências

ELSA, María Fernández Andrade. *El narcotráfico y la descomposición política y social: el caso de Colombia*. Plaza y Valdes editora. 2002.

LARANJEIRA, Ronaldo. *Legalização de drogas e a saúde pública*. Racionalidade da legalização de uma droga.

FAVARO, Thomas. *Holanda Reconhece: Legalizar Maconha Foi Erro*. [<https://tercalivre.com/2015/09/30/holanda-reconhece-legalizar-maconha-foi-erro/> >]

Mídia e justiça criminal: os limites da liberdade de imprensa e a crítica criminológica

Ana Paula Zapelini¹⁴

Resumo: O presente artigo está direcionado ao estudo do discurso preponderante nos meios de comunicação, que cria um estereótipo sobre o crime e a criminalidade. O objetivo principal é analisar os limites da liberdade de imprensa e verificar como os discursos midiáticos contribuem no controle social penal das classes marginalizadas, ou seja, como os meios de comunicação auxiliam na conservação das relações de poder na sociedade capitalista. Para tanto, adotou-se como metodologia o método qualitativo, operacionalizado com as técnicas da pesquisa bibliográfica e fichamentos. Os resultados mostram que em nome da liberdade de imprensa legitimam-se discursos manipuladores e lucrativos movidos pela lógica neoliberal que transcendem a verdadeira informação e que lesam as garantias individuais. E, que há a necessidade de superar e desconstruir o discurso midiático dominante e a imagem da violência e da criminalidade na psique coletiva.

Palavras-chave: *Meios de comunicação. Criminalidade. Liberdade de Imprensa. Controle social.*

1 Introdução

O direito penal e a mídia constantemente estão em paralelo. A ligação desta temática inicialmente díspar é recorrente no cotidiano. O direito penal a priori tutela os bens jurídicos essenciais à sociedade. À medida que, a mídia, especialmente o jornalismo está incumbido de transmitir informação à sociedade. O choque das matérias ocorre quando o jornalismo utiliza-se dos fatos relacionados a delitos e a violência sobrepondo a sua função primordial, de apenas informar, para obter lucro com o aumento da audiência, transformando a notícia em uma verdadeira mercadoria. Causando, a exploração do discurso penal com idealização e disseminação de concepções desenfreadamente.

O discurso midiático estabelece uma imagem estereotipada sobre a “questão criminal”. O retórico discurso narra à criminalidade e a violência, dissemina o medo diante dessas, criando um ambiente propício às políticas autoritárias de controle social.

Neste artigo, primeiramente busca-se abordar sobre a essencialidade da liberdade de imprensa e de seus limites. Enquanto no segundo momento procura-se apresentar o discurso neoliberal à frente aos meios de comunicação, demonstrando o papel dos meios de comunicação nas relações de poder das sociedades.

2 Da liberdade de imprensa e os seus limites

É inegável a importância da liberdade de imprensa e de sua imprescindibilidade para a operacionalização da democracia. À vista disso, é tangível reportar-se a Revolução Francesa, marco histórico, especialmente no ocidente, assinalado pela ruptura do antigo

¹⁴ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

regime e o significativo avanço e expansão dos ideais liberais. Constatase que diversos políticos se tornaram jornalistas e teceram artigos revolucionários em busca dos 'direitos naturais' dos cidadãos, e, sobretudo, travaram uma luta contra a censura, fato o qual revela a efetividade do papel político dos jornalistas e a propriedade da liberdade de imprensa, capaz de contribuir para uma revolução. Ademais, os ideais da Revolução passaram a refletir em todas as Constituições de países democráticos, inclusive na Constituição do Brasil (1988), merecendo destaque a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa.

A liberdade de imprensa é uma premissa fundamental para a existência de um Estado Democrático de Direito. A mídia viabiliza a participação popular, as discussões e assegura um modo de pressão política proporcionando aos cidadãos a capacidade de se autogovernarem. Nesse sentido, Bobbio (1986) afirma que:

A precondição necessária de todo governo democrático é a proteção às liberdades civis: a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião e de associação, são vias através das quais o cidadão pode dirigir-se aos governantes para solicitar vantagens, benefícios, facilidades, uma mais justa distribuição dos recursos.

À modo que uma imprensa controlada previamente pelo Estado, censurada, manipulada e monopolizada cega e cala o seu povo, aniquila um país dito democrático.

Entretanto, a atual conjuntura midiática inclina-se a favorecer interesses de classes dominantes. É evidente a propagação de violência, medo e conceitos pré-constituídos pela mídia, principalmente devido a *mass media*, e a capacidade de etiquetar e estereotipar indivíduos pertencentes a classes baixas (marginalizadas). Outrossim, condena as garantias individuais relacionadas ao processo penal e difunde a legitimação de normas e sistemas mais severos. Haja vista, a liberdade de imprensa, é alarmante e equivocado constituir monopólios ou oligopólios dos meios de comunicação a fim de se ter um efetivo mercado de notícias, capazes de exercer influência dominante sobre a opinião pública.

A programação televisiva é abarrotada pelos programas jornalísticos que retratam a realidade das ruas. Estes programas, sobretudo, utilizam-se do sensacionalismo para garantir índices elevados de audiência. Muitas vezes exibem matérias ao vivo, como perseguições policiais. Os programas televisivos 'Cidade Alerta' e 'Brasil Urgente' exibidos na televisão brasileira são exemplos claros, do sensacionalismo e da 'guerra contra o crime'.

Enquanto o Brasil assiste inerte ao espetáculo apresentado pelos programas sensacionalistas, o Uruguai criou em 2012 um conjunto de medidas, denominado de '*estrategia por la vida y la convivencia*' para conter a criminalidade, e entre as medidas está a proibição da exibição de programas jornalísticos similares ao 'Cidade Alerta' e 'Brasil Urgente', no período das 6h às 22h, por entender que a exibição televisiva destes programas promovem a violência e discriminação. Assim, as matérias relativas à criminalidade passam a ser reguladas.

O conjunto de medidas estabelecidas pelo Uruguai demonstra que os números de jornais policiais são alarmantes e que reprodução destes programas difunde a violência e cria uma imensa sensação de insegurança na sociedade, uma vez que, na maioria das vezes, programas policiais estão associados ao sensacionalismo. No entanto, apesar de o Uruguai adotar medidas para conter este tipo de programação, não deixa de ser enfático a respeito das garantias de liberdade de expressão e liberdade de imprensa, assegurando que a medida não constitua um meio de censura, mas vise tão somente regular e responsabilizar os meios de comunicações.

Igualmente, a comunicação ganhou destaque no Uruguai em 2014 quando sancionou a Lei de Serviços de Comunicação Audiovisual ou '*Ley de Medios*', regulamentando os meios de comunicação, excluindo a imprensa escrita, que já possui lei específica chamada *Ley de Prensa* (imprensa), e a internet. O enfoque da lei está em coibir concentração econômica dos meios de comunicação, dar prioridade à programação nacional, incentivar as rádios comunitárias, proteger a criança e o adolescente. Este último em especial é uns dos destaques da lei de meios.

A legislação supramencionada veda a exibição de programas que promovam violência, discriminação ou pornografias entre o período das 6h às 22h. Já que a exibição de programas, em horário nobre, contabilizava-se em torno 90% dos temas sobre violência e criminalidade. O objeto da lei não visa à censura e sim a regulação dos meios de comunicação e a defesa das pessoas.

Verifica-se que os meios de comunicação interferem significativamente na sociedade e os programas policiais exaltam a violência e condutas agressivas, além de produzirem medo coletivo. Percebe-se que, em nome da liberdade de imprensa, abusam de suas prerrogativas, ferindo direitos e garantias individuais.

Assim, observa-se que a regulamentação e a proteção do horário de exibições de certos programas são uma solução a ser considerada pelo Brasil. Contudo, deve-se ter um olhar atento a qualquer regulamentação nesse sentido, apesar da lei ter propiciado efeitos positivos no Uruguai, a linha entre o verbo regulamentar e censurar é temerária.

3 Mídia, direito penal e o Estado neoliberal

O discurso conferido ao direito penal gira em torno da tutela dos bens jurídicos essenciais à sociedade, entretanto, a realidade diverge desse discurso oficial. A visão crítica das Ciências Criminais vem desvelar a real função injetada neste ramo.

O sistema penal deveria atuar tão somente em situações de potencial lesivo grave aos interesses sociais, no entanto, é exercido para combater e solucionar com generalidade os problemas e conflitos. Atualmente verifica-se uma tendência à intervenção penal, estimulada pelos meios de comunicação de massa e os seus discursos manipulativos. A inversão da

máxima 'direito penal mínimo, direito social máximo' tipificada pelo Estado Democrático de Direito ocorre, mormente, pelo desejo de punição ao 'outro' (delinquente, leia-se inimigo) e pelo medo e insegurança, disseminados pelos discursos midiáticos preponderante, que atingem a sociedade.

Ademais, o direito penal mínimo é afastado pelo Estado neoliberal. O neoliberalismo alvitra um Estado mínimo no que tange a política e a economia, e um Estado máximo no âmbito penal. Este regime acarreta em movimentos como 'Lei e Ordem' e 'Tolerância Zero'. Onde preconizam-se modelos políticos-criminais que pregam um sistema penal austero e mecanismos de controle social exacerbados, que são legitimados em nome da Defesa Social.

A ideologia da Defesa Social é voltada ao benefício da sociedade. Os direitos e garantias individuais, por sua vez, são sacrificados em prol de um denominado bem comum. Segundo Rosa (2006), "o que importa é a exclusão e controle social dos desviantes, em nome dos 'bons' portadores do modelo social do Bem". Em consequência, tem-se o enfraquecimento de garantias penais e processuais, um sistema penal repressivo e neutralizador (seletivo), inclusive, patrocinado pelos discursos midiáticos.

O fenômeno da seletividade subsiste desde os tempos remotos. Na ótica neoliberal os sujeitos são divididos entre consumidores e não consumidores. Nesta perspectiva, os indivíduos apenas são interessantes se possuírem a capacidade de consumir, dando origem ao consumidor-cidadão, assim denominado por Lopes Júnior (2006). Logo, aqueles que não possuem poder econômico devem ser excluídos da esfera protecional e da sociedade, ou seja, neutralizados.

As tendências à criminalização e o pensamento maniqueísta, bem *versus* mal, são heranças que pertencem à sociedade, contudo, os discursos midiáticos colaboram na proliferação do fenômeno. A relação polarizada maniqueísta configura-se na divisão entre 'o bons' que pertence à 'nós' e o 'eles', os outros, são os maus, os indivíduos com estereótipos apresentados pela mídia. O 'eles' são os sujeitos que devem ser temidos e criminalizados. Além disto, são estes os responsáveis dos problemas enfrentados por 'nós', 'cidadãos de bem'.

A mídia, em especial o jornalismo, é capaz de construir uma realidade a partir dos fatos que deveria noticiar. A produção é proporcionada com a seleção das matérias que serão exibidas, estas são dotadas de anormalidade, drama, espetacularização. Segundo Cardoso (2011), "o campo jornalístico encontra-se dominado pela ditadura do índice de audiência e pela primazia do espetacular". É com base nesta premissa de mercado que a mídia realiza a seleção das matérias a serem exibidas. Devido à servidão e a ganância, explora-se as paixões primitivas dos seres humanos, os temas, portanto estão entre sexo e crimes.

À vista disso, dá-se o (ab)uso dos conteúdos relacionados a crimes e políticas criminais. Os crimes mais chocantes e dramáticos são os seus alvos. Diante das táticas de exploração econômica, a violência é notada como um evento demasiadamente presente na

sociedade, mais do que de fato é. As consequências disso são o aumento da sensação de insegurança e a instalação do medo social.

A instauração do medo social é provocada pela espetacularização e exploração da criminalidade violenta. As informações transmitidas são consideradas absolutas, assim produzem sentimentos reais, capazes de convencer uma maioria de se estar diante de uma sociedade perigosa. O sentimento de insegurança coletivo é produzido a partir de percepções deturpadas da realidade ditado por uma parcela interessada no controle social ou na obtenção de lucro. Deste modo, as narrativas jornalísticas dão azo às legitimações ao discurso penal severo ou populismo penal.

O Direito Penal é apresentado como uma saída eficiente aos problemas sociais. Impactando como meio de conservação do “sistema de poder” da sociedade, incidindo sobre os socialmente marginalizados.

Estas circunstâncias dão origem à chamada ‘criminologia midiática’. A nova criminologia não possui bases científicas, é dotada de preconceitos e ideais políticos. Utiliza-se principalmente da televisão para promover o discurso do neopunitivismo. Segundo Zaffaroni (2012):

Em paralelo às palavras da academia, há uma outra criminologia que atende a criação da realidade através de informação, subinformação e desinformação midiática, em convergência com preconceitos e crenças, que se baseia em uma etiologia criminal simplista, assentada em uma causalidade mágica.

Através da ‘criminologia midiática’ se constroem ideologias e entendimentos sobre as mazelas sociais, que integram aos poucos grande parte da sociedade. A ‘criminologia midiática’ está incorporada no jornalismo e o discurso incide até mesmo nas notícias de cunho progressista. Assim, os programas jornalísticos abandonam as características primárias, apresentar os fatos, para dedicar-se à investigação de casos que chamam a atenção da população e promover a dramatização, apresentando-se um quadro de jornalismo-entretenimento.

A busca pelo lucro e audiência propicia esta manipulação das notícias e, é capaz de criar uma espécie de política criminal, que penetra na sociedade. Não obstante, o discurso acadêmico não entranha-se na sociedade da mesma forma.

O discurso criminológico adotado pela mídia rechaça a prudência e a ética. A criminologia midiática, assim como no período inquisitorial, mostra o criminoso como inimigo e associam os problemas sociais à criminalidade. A despeito das garantias penais e processuais, que são vistas como entrave à luta contra o crime. O desmantelamento do Estado de Direito é o resultado da ascensão da criminologia midiática. Segundo Zaffaroni (2012):

O poder da criminologia midiática traduz-se, na prática, em um enfraquecimento da vigência do Estado de direito. Debilita o poder político em função da autonomização das corporações policiais e da antipolítica, e também decide, com suas campanhas, a própria seleção criminalizante.

As empresas midiáticas e as classes economicamente dominantes agenciam as instituições de controle social e são contrárias à consolidação de um Estado social e as garantias fundamentais. O discurso acerca das questões criminais está vulgarizado. Ademais, se estabelece uma vertente que mitiga a capacidade de reflexão da sociedade sobre as questões criminais, emanada pela lógica do sistema capitalista, pelo (ab)uso da emotividade, do senso comum, e ainda, pela inexistência da cientificidade.

4 Considerações finais

A liberdade de imprensa é princípio basilar do Estado Democrático de Direito, pois possibilita aos cidadãos à ciência da política e dos quadros sociais e legitima o exercício da cidadania. Por isso, qualquer tentativa de estabelecer uma censura às atividades dos meios de comunicação deve ser repugnada. Contudo, adverte-se que a lógica neoliberal, a busca desenfreada de audiência pelos meios de comunicação e a cobertura jornalística sobre fatos chocantes, que elevem os seus lucros, como o crime, tem causados sérios danos aos direitos individuais.

Observa-se que os discursos rentáveis e manipuladores são legitimados em nome da liberdade de imprensa. Portanto, transcendem o objetivo de informar e passam a lesar outras garantias e direitos fundamentais, principalmente, em relação às garantias penais. Desta forma, deve ser analisado, de modo cauteloso, a possibilidade de regulamentação dos meios de comunicação.

Através da criminologia crítica compreende-se que a mídia e o sistema penal atual estabelecem um controle social. Os meios de comunicações mantêm as relações de poder da sociedade capitalista, uma vez que o discurso midiático gira em torno do punitivismo e da seletividade. A nova criminologia introduzida por ela, na maioria das vezes, é facilmente aceita pela sociedade, sendo que o seu discurso traz claramente a diferenciação entre indivíduos 'bons' e 'maus'. A mídia como construtora de opinião pública, principalmente a televisão, dificulta o pensamento crítico, além de fomentar uma visão punitivista e barata de resolver os problemas sociais com o cárcere, ou seja, excluir os indesejáveis do convívio social, ao invés, de medidas alternativas.

Constata-se que a intervenção midiática influencia diretamente no que diz respeito às políticas criminais e inclusive sobre o próprio processo criminal. O discurso difundido estabelece uma lógica intolerante e repressiva, formando muitas vezes conclusões ilegítimas.

Verifica-se a necessidade de superar e desconstruir o discurso midiático dominante e a imagem da violência e da criminalidade na psique coletiva. Além disso, devem-se cogitar novas políticas sociais, a fim de dismantelar o quadro apresentado. Independentemente, cabe ao Estado, na condição de guardião das garantias e direitos, protegê-los.

Referências

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto carioca de criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>>. Acesso em: 09 de out. 2016.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOLDT, Raphael. *Criminologia midiática: do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo*. Curitiba: Juruá, 2013.

CARDOSO, Helena Schiessl. *Discurso criminológico da mídia na sociedade capitalista: necessidade de desconstrução e reconstrução da imagem do criminoso e da criminalidade no espaço público*. Disponível em: <[http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/25722/Dissertacao%20Helen a%20Schiessl%20Cardoso.pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/25722/Dissertacao%20Helen%20Schiessl%20Cardoso.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 09 de out. 2016.

CUT NACIONAL. Imprensa. *Antes de zerar morte por tráfico, Uruguai proibiu programas policiais*. Disponível em: <<http://cut.org.br/noticias/antes-de-zerar-morte-por-trafico-uruguai-proibiu-programas-policiais-4bae/>>. Acesso em: 12 de nov. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções*. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 4 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

REVISTA FORUM. Uruguai, uma referência para a esquerda. *A regulação da comunicação*. Disponível em: <<http://revistaforum.com.br/digital/especial/uruguai-referencia-esquerda/>>. Acesso em: 12 de nov. 2015.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Presunção de inocência e processo penal: uma análise a partir da teoria da decisão judicial

Luiz Ricardo de Castilhos¹⁵
Frederico Wellington Jorge¹⁶
Leandro Gornicki Nunes¹⁷
Helena Schiessl Cardoso¹⁸

Resumo: A presente pesquisa adotou o método qualitativo, operacionalizado com a técnica da pesquisa bibliográfica, estando direcionada a uma análise a partir do estudo das obras de Streck, com o objetivo de demonstrar a necessária utilização da Teoria da decisão judicial, utilizando como ponto de partida a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de habeas Corpus, procurando demonstrar a correta utilização da Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, na aplicação do conflito entre regras e colisão entre princípios. Antes, necessária a apresentação de alguns elementos para a compreensão teórica para chegar a conclusão de como a falta de uma teoria fragiliza o Direito e a democracia.

Palavras-chave: *Lenio Luiz Streck. Robert Alexy. Teoria da decisão judicial. presunção de inocência.*

1 Introdução

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é reincidente no sentido de ser possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, quando os recursos pendentes de julgamento não têm efeito suspensivo (HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia), utilizando-se de súmulas como as 716 e 717, para a progressão de regime antes do trânsito em julgado, uma busca para aliviar o seu desrespeito à carta Magna.

Em 2009 houve a alteração da jurisprudência do Supremo com o julgamento do *habeas corpus* 84.078/MG, consagrou que o princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º. Inciso LVII da Constituição Federal de 1988, mostra ser incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação.

Mas com o julgamento do *habeas corpus* 126292 em 17/02/2016, o Supremo Tribunal Federal por 7 votos a favor, mudou novamente seu entendimento sobre a presunção de inocência e a prisão antes do trânsito em julgado das decisões, e alguns meses depois, houve a impetração das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, com o objetivo de declarar o artigo 283 do Código de Processo Penal, constitucional, porém o Tribunal, por maioria, indeferiu a cautelar em 05/10/2016, com votos vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, e, em parte, o Ministro Dias Toffoli.

¹⁵ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

¹⁶ Orientador, professor do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

¹⁷ Orientador, professor do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

¹⁸ Orientadora, professora do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

Diante dessas decisões veremos que um conflito entre regras somente pode ser solucionado segundo Alexy se em uma das regras for introduzida uma cláusula de exceção eliminando então o conflito existente, ou caso não seja possível essa inclusão, seja então uma das regras declarada inválida, e as regras para Alexy, são sempre satisfeitas, ou não satisfeitas, se esta regra vale, portanto deve ser feito exatamente o que a regra determina. Portanto regras detêm determinações fácticas e juridicamente possíveis, resultando, a distinção entre regras e princípios apenas como qualitativa (ALEXY, 2013).

No decorrer do texto, procurará demonstrar que interpretar é um ato produtivo, qual supera a hermenêutica clássica, em que precisamos compreender o texto para então interpretarmos. Assim, através dos fundamentos da teoria da decisão judicial apresentado por Streck, buscará demonstrar os pontos em que o supremo errou quanto na relativização da presunção de inocência.

2 Princípios e regras a partir de Alexy

No âmbito da teoria dos direitos fundamentais, a distinção entre regras e princípios é a mais importante, pois ela é a base dos direitos fundamentais segundo Alexy (2013), essa distinção é a chave para solução de problemas da dogmática nos direitos fundamentais, e que sem ela “não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico” (ALEXY, 2013).

Contudo, as regras e princípios podem ser compreendidos do seguinte modo “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser” e completa que os “princípios são, tanto quanto regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas” (ALEXY, 2013).

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado segundo Alexy se em uma das regras for introduzida uma cláusula de exceção eliminando então o conflito existente, ou caso não seja possível essa inclusão, seja então uma das regras declarada inválida (ALEXY, 2013).

Para que uma das regras seja declarada inválida quando não for possível a cláusula de exceção, poderá ser resolvido por meio de regras como a lei posterior derroga a lei anterior ou então, a lei especial derroga a lei geral, acrescenta Alexy que é possível proceder conforme a importância da regra em determinado conflito.

As colisões entre princípios precisam possuir soluções diversas dos conflitos entre regras, assim, quando dois princípios colidem como exemplo, quando um princípio proíbe algo e outro princípio permite, um dos princípios em colisão precisará ceder, ao contrário das regras.

O princípio cedente não precisa ser declarado inválido ou que deva ser incluso uma cláusula de exceção, mas sim, que um princípio tem preferência, preceda em face de outro em determinadas condições (ALEXY, 2013). Alexy procura demonstrar a compreensão da estrutura para soluções de colisões através da lei de colisão, como exemplo, dois princípios consagrados na Constituição, cuja esses geram uma obrigação para o Estado, essa questão não pode ser solucionada com base absoluta de um dos princípios, afastando o outro, ou seja, nenhum possui prioridade por si só.

Este conflito, entende Alexy, deve ser resolvido através de um sopesamento entre tais interesses em conflito, afirma que “o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto” (ALEXY, 2013).

“A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios com base nas circunstâncias do caso concreto” (ALEXY, 2013), considerando o caso concreto, as relações de precedência condicionam fixações de condições, sob que os princípios possuem precedência em face de outro.

A relação de precedência condicionada possui uma importância fundamental para compreender as colisões entre princípios. A lei de colisão como um dos fundamentos da teoria dos princípios usada por Alexy, reflete os princípios como mandamentos de otimização, pela sua inexistência de relação absoluta de precedência entre os princípios e a referência e situações não quantificáveis. Os princípios são, portanto, razões isoladas e estabelecem apenas direitos à primeira vista, já a regra quando é válida, aplicável sem exceções, é uma razão definitiva (ALEXY, 2013).

Alexy entende ser necessário a existência de duas normas para que não exista um princípio absoluto, o que tornaria caso não houvesse duas normas, a impossibilidade do sopesamento. Um determinado princípio em nenhuma hipótese cederia a outros. Em um ordenamento jurídico que possua direitos fundamentais, seria impossível sua existência absoluta, já que um princípio absoluto ultrapassaria os limites jurídicos (ALEXY, 2013). Portanto, essa impressão de caráter absoluto surge da existência de duas normas, uma regra e um princípio, como também, existe o reforço de uma série de fatores sob qual o princípio prevalecerá em face de todos os outros princípios.

3 Os fundamentos da teoria da decisão judicial e uma necessária resposta adequada a Constituição de Streck

Streck através de Gadamer instrui que interpretar é um ato produtivo, superando a hermenêutica clássica para a então, hermenêutica filosófica, passando da interpretação ao significado (STRECK, 2014).

A hermenêutica usada como base para as reflexões de Streck não abre espaços para o relativismo, a arbitrariedade, o decisionismo e a discricionariedade, para o jurista não representa uma proibição de interpretação. A hermenêutica jurídica não pode aceitar a vontade de poder, ou como para a interpretação de Kelsen seria um ato de vontade (STRECK, 2014).

A teoria da decisão de Streck é uma associação entre as teorias de Dworkin e Gadamer, acrescenta ainda que a ‘resposta não é nem a única e nem a melhor: simplesmente trata-se da resposta adequada à Constituição’ (Streck, 2014), ou seja, uma resposta a ser confirmada pela própria Constituição.

Após 1988, a concretização da Constituição no Brasil, carece de uma resposta efetiva, esse problema segundo Streck, se manifesta por um simples motivo, ‘uma Constituição não se operacionaliza por si mesma’ (Streck, 2014), pois, depende de uma construção teórica para possibilitar condições de efetivação de seus direitos em nível de interpretação (STRECK, 2014).

Streck afirma que ainda não conseguimos superar a filosofia da consciência, baseando-se o realismo jurídico em uma concepção de que o raciocínio na ordem judicial decorre de um processo psicológico, isso, decorre porque os juízes em especial, não acreditam na capacidade justificativa do sistema jurídico, passando assim, a ser o direito aquilo que o juiz diz ser (STRECK, 2014), essas posturas e teorias que por fim acabam apostando no solipsismo, com pretexto de superação do formalismo, cabendo a subjetividade o poder de atribuir sentidos as coisas.

Em observação da ausência de uma teoria do direito, que nela esteja incluso a preocupação de como os juízes e os tribunais devem decidir, com isso a hermenêutica constitucional não fica a serviço de procedimentos solipsistas, vêm construindo uma Teoria da Decisão Judicial, que sugere nas palavras de Streck, “um rigoroso controle das decisões judiciais, porque se trata, fundamentalmente, de uma questão que atinge o cerne do Constitucionalismo Contemporâneo: a democracia” (STRECK, 2014).

Portanto, as regras e os princípios foram criados para conduzirem a aplicação do direito, nos trazendo a segurança jurídica, não como previsibilidade, mas o respeito à coerência e à integridade (STRECK, 2014). Portanto, Streck propõe um conjunto de cinco princípios para concretização da Constituição através de sua Teoria da Decisão Judicial.

Como primeiro princípio a preservação da autonomia do direito, em que a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito (surgido no segundo pós-guerra), necessita ser compreendido no contexto de crescente autonomização, diante de fracassos alcançados pela falta de controle da política, nos padrões do constitucionalismo afirma Streck ‘a manifestação desse grau de autonomia do direito, devendo ser entendido como a sua dimensão autônoma em face das outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral’ (STRECK, 2014).

O controle hermenêutico da interpretação constitucional, possui o dever de limitação às decisões judiciais, ou como uma arma contra a discricionariedade judicial, se apresentando como uma solução em frente a esse poder, nesse ponto Streck justifica que “parece evidente a necessidade, para a preservação do nível de autonomia conquistado pelo direito, da implementação de mecanismos de controle daquilo que é o repositório do deslocamento do polo de tensão da legislação para a jurisdição” (STRECK, 2014).

O efetivo respeito à integridade e à coerência do direito, busca-se objetivar uma efetiva barreira contra a fragmentação das teorias pragmatistas, deste modo, a integridade e coerência conglomeram princípios ou até mesmo subprincípios que por muitos são confundidos com métodos de interpretação, elaborados ao longo do tempo pela teoria constitucional, a integridade está ligada à democracia, que exige dos magistrados uma construção integrada ao conjunto do direito (STRECK, 2014). Portanto, “somente haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos, estando assegurado a integridade do direito como ponto de partida na força normativa da constituição” (STRECK, 2014).

O dever fundamental de justificar as decisões ou de como a motivação não é igual a justificação, como já consagrado na Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, o direito através do Estado democrático de direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que direcionam a decisão jurisdicional, existindo uma responsabilidade política dos juízes e tribunais, em que houve por acomodar no texto constitucional que as decisões sejam públicas, e fundamentadas, sob pena de nulidade (STRECK, 2014). Compreende Streck (2014), que no Estado democrático de Direito, uma decisão judicial possui um dever maior que fundamentar, mas necessária a justificação – explicar seus fundamentos, um componente hermenêutico – fundamentar a fundamentação, por onde se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico, para o professor não existe um princípio constitucional para a ausência de fundamentação.

O direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada, uma solução para que a causa seja julgada conforme a Constituição, possuindo condições para medir se a resposta está ou não está constitucionalmente adequada, possuindo uma dependência com o dever de fundamentação (STRECK, 2014), busca preservar a força normativa da Constituição e de caráter deontológico dos princípios. Utiliza de uma blindagem contra interpretações que deslegitimados buscam desviar o conteúdo do domínio do texto constitucional.

A interpretação é um ato de integração, qual se obtêm das efetivas decisões integradas e coerentes na prática jurídica. Portanto o direito a uma resposta constitucionalmente adequada possuirá uma consequência da obediência aos demais princípios, ou seja, a decisão estará adequada respeitando a autonomia do direito; será mais que uma perspectiva

democrática (Streck, 2014); assim os cinco princípios apresentados por Streck devem ser encarados como virtudes e não valores como aponta Alexy (STRECK, 2014).

4 Hermenêutica como forma de interpretação

Ao longo do tempo, a modernidade sugeriu possibilidades para que a humanidade realizasse um desenvolvimento a caminho de um sistema social para a concretização do princípio da igualdade formal, reduzindo as desigualdades. Ao invés, depara-se com caminho diverso, houve um profundo irracional e o aumento das desigualdades sociais, e relações alienada (STRECK, 2014).

Para Streck (2014), é necessário repensar a dogmática jurídica, para ele inserida em uma crise de paradigma devido a desfuncionalidade do Direito e “retroalimentada por um campo jurídico que funciona com um corpus no interior do qual o operador jurídico ‘conhece’, ‘contempla’ e ‘assume’ o seu lugar, a dogmática jurídica”.

Configurando um círculo, o que é contrassenso rompido pelo próprio positivismo, quando de seu interesse assume uma postura exegética, mas em outros momentos se afasta arbitrariamente ao texto e a norma (STRECK, 2014). Portanto, o processo hermenêutico deve ser um devir, “interpretar é dar sentido, ou seja, é construir sítios de significância (delimitar domínios), é tornar possíveis gestos de interpretação” (STRECK, 2014).

Em consequência o direito parte da necessária superação da tensão dos paradigmas – objetivismo e subjetivismo, para ser compreendido como textos que clamam sentidos. Streck impõe à crítica do Direito como tarefa detectar, entender e influir, cabendo denunciar que os ‘sentidos jurídicos (entendidos como as normas, que são produto da interpretação dos textos), na feliz expressão de Ricardo Entelman, não estão organizados por regras expressas, e sim, delegados por uma regra de formação destinada a distribuir o poder mediante a distribuição da palavra’ (STRECK, 2014).

Por isso que para Streck, para que seja elaborado um discurso crítico, é preciso revelar o lugar que nega seu ponto de partida – grau zero de sentido. Contudo, “a desconstrução hermenêutica do processo de produção do sentido é o ponto de partida para o desvelamento daquilo que encobre o Direito” (STRECK, 2014).

Neste sentido, Streck explica que o texto não “carrega” seu próprio sentido, sendo assim, a norma, produto da pertinência ao texto, portanto a lei enquanto realidade estrutural, nunca é em si mesma, pois, se apresenta mediante um símbolo através da linguagem, “isto sem esquecer a advertência de que ‘nunca se sabe o que pode acontecer com uma realidade até o momento em que se a reduziu definitivamente a inscrever-se numa linguagem” (STRECK, 2014).

5 Os efeitos da importação equivocada da teoria alexyana e de como a falta de uma teoria da decisão fragiliza a democracia

Para Beccaria (2013), “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz”, compreendia que a sociedade somente poderia retirá-lo a proteção pública, após a decisão de que houvesse uma violação as normas do qual havia proteção. Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, se torna destaque o artigo 9º, em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com o artigo 11, com a Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), no artigo 8º, item 2, e no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso LVII, todas visaram garantir o que para Lopes Jr. (2013) o princípio da inocência ou não-culpabilidade é “um princípio fundamental de civilidade”.

Nesta linha, deve-se compreender que o processo necessita ser levado a sério, como um instrumento de garantia contra o poder punitivo do Estado, tamanha a importância da presunção de inocência na formação de um Estado Democrático de Direito.

Mesmo com todos os ensinamentos e lutas no decorrer da história, a suprema corte ainda procura todos os modos relativizar os direitos consagrados na Constituição, em voto, o Ministro Zavascki, assim compreendeu a revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado.

O sistema acusatório foi consagrado pelo advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com base nos direitos humanos, garantindo que as atrocidades cometidas ao longo da história em regimes totalitários não se reproduzirão. No entanto, para o Min. Zavascki, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, justificando que o acusado foi tratado como inocente em todo o curso do processo ordinário criminal, com observância nas garantias fundamentais, para quem ‘não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, ‘ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias’¹⁹.

Entende Zavascki a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido

em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência. Já para o Ministro Barroso, seguindo o voto do Ministro Zavascki, entende que A execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende a Constituição, e que a prisão neste

¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 126.292. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Coator: Relator do HC 313.021 Do Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Teori Zavascki. Brasília. 17/02/2016.

habeas corpus é justificável por três fundamentos, o primeiro, a Constituição não condiciona a prisão e sim, a culpabilidade ao trânsito em julgado, qual o pressuposto para a privação da liberdade é então a ordem escrita e fundamentada do juiz e não a irrecorribilidade, o segundo, a presunção de inocência é um princípio e pode ser aplicado com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou outros bens jurídicos constitucionais, e terceiro, com a condenação em instância ordinária, esgota-se então para o Ministro, a presunção de inocência, e a execução da pena passa a ser admitida, com base na ordem pública, assegurando assim a credibilidade do Poder Judiciário.

Utiliza-se ainda de mais três fundamentos, para a execução da pena após a condenação em segundo grau, quais são: 1. Tornar o sistema de justiça criminal mais equilibrado, coibindo a interposição de recursos protelatórios; 2. Diminuição do grau de seletividade do sistema punitivo; 3. Promover a quebra do paradigma da impunidade no sistema penal, utilizando-se então o Ministro para seu entendimento, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito.

Cabe aqui com os ensinamentos de Clève e Lorenzetto, diferenciar os conceitos de reforma constitucional e mutação constitucional, quais não podem ser objetos de confusão, assim, a reforma para os juristas decorre de previsão albergada pela própria Constituição, qual realiza-se periodicamente ou então através de mecanismos formais, como as emendas constitucionais, tratando-se assim de uma previsão limitada, estabelecida na própria Carta. Já com a mutação constitucional, é caracterizada pela informalidade, ou seja, é uma atualização da Constituição sem que ocorra a mudança do texto constitucional (CLÈVE e LORENZETTO, 2015).

O Estado dispor de um julgador não é o suficiente para a concretização do Estado Democrático de Direito e a ampla efetivação dos direitos garantidos pela Constituição Federal, é necessário que o juiz possua qualidades que garantam o desempenho de seu papel. Lopes Jr (2015) aponta que a imparcialidade é um princípio supremo do processo, o que acarreta ser imprescindível para o desenvolvimento e justo processo judicial, substituindo a autonomia das partes na relação processual, contudo, a parcialidade traduz um estado subjetivo do ser, um estado emocional (LOPES JR, 2015), entende-se que o julgador não possui força probatória na relação processual, pois no Estado democrático o princípio inquisitório não mais pode ser aceito, como define Moraes da Rosa “a função do julgador é dupla. No decorrer da instrução é a de garantir o cumprimento das regras do jogo, do fair play. Logo, sua função não pode se confundir com a dos jogadores” (MORAIS DA ROSA, 2014).

Para Lopes Jr (2015), é dever do juiz ficar afastado da atividade probatória, e que ‘a figura do juiz espectador em oposição à figura inquisitória do juiz-ator é o preço a ser pago para termos um sistema acusatório. , diante disso, é inevitável que todo o desenvolvimento do processo termine com o papel do juiz, pois, com ele terá a decisão será proferida, aponta

Khaled Jr (2013) partindo da discussão dos espaços da subjetividade “é evidente que a ideia de jurisdição como direito fundamental e de processo como estrutura de contenção do poder punitivo somente pode prosperar se o juiz estiver ciente do papel que lhe cabe” (KHALED JR, 2013).

Neste sentido, o juiz é o elemento-chave, quem deve garantir o devido processo legal, Khaled Jr (2013), entende que é necessário superar alguns obstáculos para chegar ao equilíbrio, superando o inquisitório, a jurisdição como poder absoluto, o juiz Boca da lei e cientificismo moderno, este último estruturado pelo sujeito e objeto (Khaled Jr, 2013), Morais da Rosa e Khaled Jr, apontam o desejo processo inquisitório dos juristas em que ‘o fetiche pela legislação infraconstitucional ainda seduz a imaginação persecutória de muitos magistrados’ (KHALED JR e MORAIS DA ROSA, 2014).

Por fim, para Streck (2013), a consciência ou a convicção pessoal do julgador como base “metodologia” pode aparecer de vários modos, como aposta na interpretação como ato de vontade do julgador, a interpretação como fruto da subjetividade do juiz, acreditar que a ponderação de valores a partir dos próprios valores, e cisão entre regras e princípios, resultando em uma abertura de sentido, qual será preenchida pela vontade do intérprete (STRECK, 2013).

Ainda existem juízes que acreditam na busca da verdade real, adotam a condução da prova no processo, como se a produção da prova no processo pudesse ser regulada pela sua consciência (BOBBIO, 2014).

6 Considerações finais

Bobbio pressupõe que a incompatibilidade entre duas normas precisa ser eliminada, para isso necessita de uma regra de coerência, para o jusfilósofo em um ordenamento jurídico não devem existir contradições. A antinomia para Bobbio é uma regra do sistema, onde não se aprofunda na sua natureza, alcance ou eficácia (BOBBIO, 2014).

A regra da proibição de antinomias, para Bobbio (2014), é direcionada apenas para aqueles que possuem uma relação com a produção e aplicação das normas – legislador e juiz. Para o legislador a regra seria para que não fossem criadas normas incompatíveis com outra norma do sistema; já para o juiz a regra vem de outra forma, qual seja, se no momento da aplicação for deparado com uma antinomia entre as normas, esta deve ser eliminada.

O garantismo no processo, seja penal ou civil, persiste o mesmo problema: o acesso à justiça, neste sentido, Cattoni de Oliveira, considera contemporaneamente como acesso a ordem jurídica justa e como eficácia do processo ‘no sentido de viabilizar-se não somente o acesso ao processo, mas também a remoção dos obstáculos à justiça e ao bem comum no exercício da jurisdição, representados inclusive pelas desigualdades sociais, econômicas, culturais e psicológicas das partes’ (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016).

O que não pode em pleno Estado democrático é ainda acreditar na bondade nas decisões, pois não apenas os fatos, e sim os sujeitos são múltiplos na participação da construção de uma decisão judicial, principalmente aqueles que serão afetados por ela.

Para o Cattoni, a questão central de como se pode pensar na relação entre Constituição e processo, superando a formalismo processual liberal, para a concretização do bem-estar social, do ponto do formalismo liberal o processo é insensível aos desafios do Direito contemporâneo, “a partir de uma eticização duvidosa da atividade jurisdicional pode levar a m paternalismo judicial que desconsidera de plano a capacidade das partes e, no fundo, termina por duvidar da própria democracia” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016).

A Constituição determina a uma autoridade que o povo atribui a seu governo, estabelecendo então, limites para o exercício de qualquer autoridade por parte dos governantes, ultrapassando este limite, o exercício desse poder acaba por ser ilegítimo.

Possuindo então a Constituição, duas características, a legitimidade e a função segundo Streck, na primeira a Constituição escrita ampara a legitimidade, possuindo dois elementos – o conteúdo do texto e o pela vontade do povo, seja pelo constituinte ou referendium.

A segunda, pela função, não para garantir apenas uma Constituição escrita, mas também para impedir a existência de um governo autoritário e garantir os direitos dos cidadãos, para isso ‘a Constituição deve ser rígida e inflexível, no sentido de que suas normas não podem ser modificadas nem interpretadas pelo poder legislativo ordinário, uma vez que são hierarquicamente superiores’ (STRECK, 2014).

Para Streck (2014), não é possível falar em teoria geral da Constituição, pois a Constituição “depende de sua identidade nacional, das especificidades de cada Estado Nacional e de sua inserção no cenário internacional. Do mesmo modo, não há ‘um constitucionalismo’, e, sim, vários constitucionalismos”, deste modo a “teoria da Constituição deve conter um núcleo (básico) que albergue as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e social) de Direito, assentado, como já se viu à saciedade, o binômio democracia e direitos humanos-fundamentais”.

A teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia, para Streck, entende-se como uma teoria da Constituição dirigente-compromissária, tratando então, de uma construção de condições e possibilidade resgatando as promessas da modernidade não cumpridas, pode-se então afirmar com base em Streck e Canotilho, que o atendimento aos fins sociais e econômicos escritos na Constituição são condições de possibilidades da própria inserção do Estado Nacional na pós-modernidade (STRECK, 2014), “a pretensão é que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição” (STRECK, 2014).

Streck deixa assentado que o constitucionalismo dirigente-compromissário não esgotou, e que a Constituição ainda deve “constituir-a-ação”. Na Constituição Federal de 1988, “existe um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado” (STRECK, 2014).

Como bem demonstrado nos tópicos anteriores, embora esses elementos devam estar presentes em qualquer momento na indagação da autonomia do direito, Streck demonstra que o judiciário somente pode deixar de aplicar a lei por meio de seis hipóteses. Em primeira hipótese é quando a lei ou ato normativo, for inconstitucional, caso este, que deixa de aplica-la – controle difuso, ou então a declara inconstitucional mediante o controle concentrado (STRECK, 2014).

Em segundo, no caso de aplicação de critérios de antinomia – contradição entre leis, aqui precisamos tomar cuidado com questões constitucionais, verificando a lei posterior que derroga a lei anterior, pode ser inconstitucional, no que a antinomia deixa de ser importante (STRECK, 2014).

Terceiro, ao aplicar a interpretação conforme a Constituição, necessário é um acréscimo de sentido ao artigo de lei para que existe plena conformidade da norma à Constituição, explicando melhor, o texto da lei continuará o mesmo, mudando apenas o seu sentido, que será modificado por meio de interpretação que resulte na adequação à Constituição (STRECK, 2014).

Quarta hipótese, ao ser aplicado nulidade parcial sem redução de texto, permanecendo a literalidade do dispositivo, ocorrendo a exclusão através da inconstitucionalidade de uma hipótese de aplicação, sem produzir alteração expressa na norma (STRECK, 2014).

A quinta hipótese, acontece na declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, quando a exclusão de uma palavra acarreta na manutenção da constitucionalidade do dispositivo. Por fim, a sexta hipótese, no caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, a partir de Streck compreendemos

É através da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é ‘suspensa’ em casos de ‘insignificância’). Tal circunstância, por óbvio, acarretara um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que a partir de uma exceção, casos similares exigirão – mas exigirão mesmo – aplicação similar, graças à integridade e à coerência (STRECK, 2014).

Precisa ser compreendido os princípios em seu caráter deontológico e não teleológico, portanto, como uma regra existe apenas hermeneuticamente a partir de um princípio, está regra persiste somente no caso concreto, não estando incompatível com demais princípios, assim a regra continua válida.

Por fim, fora das hipóteses apresentadas por Streck, existe uma imensa probabilidade de a decisão estar fora dos ditames do Estado Democrático de Direito, pois em que será uma decisão arbitrária (STRECK, 2014).

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*: tradução Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo. Martin Claret, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*: tradução Ari Marcelo Solon. 2 ed. São Paulo: Edipro. 2014.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Processo constitucional*. 3 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte. Fórum. 2016.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Mutação constitucional e segurança jurídica*: entre mudança e permanência. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Unisinos, p. 136-146, maio-agosto 2015. Acesso em jun.2016. Disponível em:<
<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.04>>.
- KHALED JR, Salah Hassan. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquisitorial. São Paulo. Atlas. 2013.
- _____. MORAIS DA ROSA, Alexandre. *In dubio pro hell*: profanando o sistema penal. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2014.
- LOPES JR, Aury. *Prisões cautelares*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2013.
- _____. *Direito processual penal*. 12 ed. São Paulo. Saraiva. 2015.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 2 ed., rev. E ampl. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5 ed., rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2014.
- _____. *O que é isto – decido conforme minha consciência*. 4 ed. rev. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2013.

Prisão preventiva: o excesso punitivista no processo penal

Guilherme Augusto Moreira²⁰

Resumo: Este artigo trata dos requisitos e pressupostos fundamentais para a decretação da prisão preventiva, de acordo com as normas legais positivadas no código de processo penal brasileiro (lei 3.689/41 e 12.403/2011) e constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O tema é importante por que é preciso desconstruir a estrutura legal aplicada, incompatível com o estado democrático de direito e com os direitos humanos. Ainda, o tema se reveste de relevância ao considerar que é preciso expor as entranhas de um sistema penal punitivista, baseado em políticas de segurança pública conflitantes com direitos e garantias fundamentais. Aduzir o atraso do estado brasileiro em cumprir direitos essenciais já estabelecidos há décadas, e que mesmo após a redemocratização (fim do regime militar 1964-1985), ainda encontra dificuldades em respeitar o princípio da inocência (inciso LVII, CFRB/88), além de prezar a integridade física e/ou moral dos acusados, uma vez estes expostos ao nosso sistema prisional pátrio. O objetivo deste trabalho é analisar a incompatibilidade entre o estado democrático de direito e a prisão preventiva no processo penal. Metodologicamente, a abordagem será qualitativa, do tipo bibliográfica, com método dedutivo. Os resultados mostram que, a prisão preventiva acarreta em uma antecipação dos efeitos da pena, sendo seu uso discricionário e repressivo.

Palavras-chave: *Prisão Preventiva. Estado Democrático De Direito. Processo Penal Punitivista.*

1 Introdução

A Idade Média com sua assombrosa inquisição (Santa Inquisição como é comumente conhecida) foi encerrada há séculos (sepultando o sistema inquisitorial), sendo substituída por um novo sistema jurídico, o acusatório. Entretanto, ainda em dias atuais encontram-se vestígios inquisitoriais no sistema criminal brasileiro.

Uma breve menção ao processo histórico inquisitorial mostra: a custódia do acusado durante esse regime jurídico era fundamental para a formação de provas (contra ele mesmo). Durante esse tempo, o acusado era submetido às sessões de tortura a fim de promover a confissão de seus crimes, para que se formulasse a prova absoluta, considerada então como *regina probatio* (MACHADO, 2012). Podemos afirmar que durante o processo inquisitorial, a culpa era presumida antes de qualquer julgamento, o simples fato de ser indiciado, já o colocava a disposição dos meios arbitrários da igreja-estado, um único órgão acusador, julgador e cumpridor de penas, que em função de seu poder na sociedade, tornava a reversão de culpa praticamente impossível.

O resquício inquisitorial permeia o sistema criminal brasileiro, e graças ao apelo midiático punitivista (infelizmente faz as vestes de primeiro “órgão” julgador), fez com que a presunção de inocência seja relativizada, contrapondo com o devido processo legal, ao qual

²⁰ Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

em tempos atuais, repousa em legalidade jurisprudencial, inclusive pelo supremo tribunal federal, conflitando com o artigo LVII da constituição brasileira de 1988.

1 Presunção de inocência, um direito constitucional

Após o regime militar que perdurou durante duas décadas no Brasil (1964-1985), houve uma redemocratização na política brasileira. Com o advento da promulgação da constituição federal de 1988, as garantias e os direitos fundamentais dispostos em seu art. 5º, solidificaram os direitos humanos na jurisprudência brasileira, o que teoricamente deveria trazer um avanço legal no sistema penal brasileiro.

O inciso LVII do art. 5º da CFRB/88, define que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'. Isso significa que, qualquer acusado, indiferentemente do suposto crime cometido ou de sua gravidade, deve ser considerado inocente até que se prove o contrário, ônus este que incube ao acusador em provar o que alega, respeitado o devido processo legal.

A regra constitucional do processo penal, é a liberdade do indivíduo, um dos direitos fundamentais mais antigo já preconizado pelo homem (Declaração dos Direitos do Homem de 1789), base de qualquer estado democrático de direito. Embora a própria constituição trate nos incisos seguintes ao LVII do art. 5º, da CFRB/88, hipóteses em que cabe a prisão antes do momento do trânsito em julgado (incisos LXI e seguintes), a sua aplicabilidade no processo deve ser criteriosa e objetiva em conjunto com o código de processo penal, especialmente a lei 12.403/2011, como veremos mais à frente no trabalho.

Para sintetizar esse princípio, é necessário recorrer a Lopes Junior (2012):

A presunção de inocência afeta, diretamente, a **carga da prova** (inteiramente do acusador, diante da imposição do *in dubio pro reo*); a **limitação à publicidade abusiva** (para redução dos danos decorrentes da estigmatização prematura do sujeito); e, principalmente, a **vedação ao uso das prisões cautelares**. (Grifos do autor)

O princípio *in dubio pro reo* decorre da presunção de inocência, regra que deve nortear todo processo penal até seu encerramento, promovendo assim o devido processo legal, e incorporando a presunção de inocência ao impor uma posição de fragilidade de um indivíduo (paridade de armas) contra o aparato estatal que o acusa. Em caso de dúvida o órgão julgador deve impor a medida menos danosa ao acusado, ou mais apropriada para seus interesses pessoais (caso de absolvição, por exemplo), expressando assim seu direito constitucional de que tome como presumida sua inocência no caso concreto.

Como é possível observar, a presunção da inocência é de suma importância para a manutenção da dignidade do acusado. A relativização desse princípio, pode ser usada como ferramenta criminalizante de encarceramento em massa (de acordo com os dados do Infopen

de 2014, 41% da população carcerária não possui sentença condenatória), e a sua não observância acarreta em uma grave violação de direitos humanos, já estabelecidos constitucionalmente ou historicamente, seja na CRFB de 1988, na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, ou na obra *Dos Delitos e Das Penas* de Césare Beccaria, um dos clássicos do direito.

2 Dispositivo legal da prisão preventiva, lei 12.403/2011

O lapso temporal entre a promulgação da constituição federal de 1988, e da aprovação da lei 12.403/2011 é de 23 anos. Durante esse período, a redação dada pelo instituto da prisão preventiva ainda era de caráter fascista. Contudo, mesmo após a solidificação jurisprudencial dos direitos humanos (ou a solidificação teórica dos direitos humanos, visto que na prática, o Brasil detém altos índices de desrespeito aos direitos fundamentais), a lei 12.403 de 2011 não trouxe grandes avanços esperados para uma nova era garantista (FERRAJOLI, 2010) do processo penal, que vem sendo debatida por inúmeros doutrinadores há anos.

A maior influência do código de processo penal brasileiro (lei 3.689 de 1941), é de origem fascista, derivada do código italiano (Código Rocco), que à época, possuía um regime ditatorial, demonstrando assim, seu forte apelo criminalizante e repressivo para com as políticas de segurança pública. O desejo de punir antecipadamente, com base na histórica falácia da impunidade que assola a sociedade, manteve elementos inquisitoriais no que diz respeito à prisão preventiva. É nítido ao ver a exposição de motivos do código de processo penal, o clamor público por penas mais endurecedoras, com a finalidade de tornar mais eficiente o poder repressivo estatal contra os marginalizados da sociedade (ZAFFARONI, 2013).

Segue um trecho da redação:

A prisão preventiva, por sua vez, desprende-se dos limites até agora traçados à sua admissibilidade. Pressuposta a existência de suficientes indícios para imputação da autoria do crime, a prisão preventiva poderá ser decretada toda vez que o reclame o interesse da ordem pública, ou a da instituição criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal (GORNICKI, 2006).

A promulgação da Constituição deixa por óbvio constatada, que esta base ontológica precisa ser superada, visto a incompatibilidade de um estado democrático de direito, com fundamentos nos direitos humanos, perpetrando a aplicação da prisão preventiva como instrumento repressivo do estado, ignorando completamente a presunção de inocência.

3 Aspectos gerais da prisão preventiva

Como dispõe legalmente o art. 311 do código de processo penal (com redação da lei 12.403 de 2011), a prisão preventiva pode ser decretada tanto na fase inquiritorial, quanto na fase processual (no curso da ação penal). O que caracteriza a prisão preventiva como espécie do gênero cautelar (sua natureza), como por exemplo a prisão em flagrante, prisão temporária, etc., pode-se também considerá-la como uma medida de segurança (MACHADO, 2012).

A instrumentalidade é um aspecto muito importante para a decretação da prisão preventiva, visto que se destina garantir a realização do processo principal, impedindo que o acusado possa interferir nas provas técnicas que poderiam ser produzidas, ou na coação de testemunhas, bem como dispõe o art. 312 do CPP (Conveniência da Instrução Criminal).

A restrição da liberdade do acusado por meio da decretação da prisão, antes da sentença penal condenatória irrecorrível, é provisória e facultativa. A provisoriedade se dá pelo fato de que, ao fim do processo irrecorrível (ou de sentença absolutória), o acusado passa a cumprir sua pena no regime estabelecido pela execução penal (se houver sentença condenatória irrecorrível), ou é posto imediatamente em liberdade ao sobrevier a sentença absolutória. Além dessas hipóteses, ao cessar os motivos pelos quais o juiz tenha decretado a prisão preventiva, como o pressuposto da conveniência da instrução criminal, quando não há mais necessidade de garantir o conjunto probatório do processo, é necessário revogar o decreto de prisão preventiva, para que a mesma não se torne ilegal.

A revogabilidade da prisão preventiva está positivada no art. 316 do CPP, que também trata da possibilidade de ser (re)decretada após sua revogação, uma vez estando presentes os pressupostos necessários para a sua decretação, tanto pela existência de novas provas ou de novos fatos.

Nem sempre o código de processo penal previa essa total faculdade por parte do juiz na decretação da prisão preventiva, visto que na redação original do código, ainda sob a égide do autoritarismo do Estado Novo, previa a prisão preventiva compulsória, para os crimes com pena máxima igual ou superior a dez anos de reclusão, evidenciando o seu caráter extremamente punitivista, “justificado” na sua exposição de motivos.

Bem como Machado (2012) explica:

Atualmente, com a redação determinada pela Lei nº 5.349 de 3 de novembro de 1967, o legislador optou pela facultatividade da medida, como convém às providências cautelares, dispondo que “a prisão preventiva poderá ser decretada” (portanto, facultativamente) nas hipóteses previstas em lei. Aboliu-se, com isso, a prisão preventiva compulsória, deferindo-se ao juiz a possibilidade de decretá-la se, e somente se, presente as hipóteses previstas em lei para essa decretação. A prisão preventiva será sempre uma possibilidade *facultativa* conferida ao juiz, nunca uma medida compulsória.

O texto legal ainda faz menção no art. 311, sobre a atuação de ‘ofício’ do juiz à sua faculdade em decretar a prisão preventiva, situação que pode invocar críticas em relação ao autoritarismo judiciário, ou seu ativismo, podendo ser considerada como inconstitucional, uma

vez afrontada o princípio da inércia do juiz, contribuindo cada vez mais para um processo inquisitório e longe dos ideais garantistas.

4 Requisitos e fundamentos legais da prisão preventiva

Dogmaticamente posto, o requisito para a decretação da prisão preventiva é o *fumus commissi delicti* (ao qual não possui qualquer relação, com o instituto cível do *fumus boni juris*), que representa a probabilidade material do crime e os indícios suficientes de autoria. Essa probabilidade deve estar cognitivamente em conjunto com a certeza da ocorrência do crime, uma vez que sua dúvida, não deveria implicar na aplicação da prisão, como dispõe o art. 313 do CPP, a prisão preventiva será admitida nos casos de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos. Isso significa que, um crime com pena privativa de liberdade máxima igual ou inferior a 4 anos, mesmo estando presentes os requisitos e fundamentos, não será admitida a prisão preventiva (ou melhor, não deveria).

O fundamento está no *periculum libertatis* (novamente, não confundir com *periculum in mora*, apesar da semelhança gramatical, pois não se trata de uma seara cível), fundamento este que se resume no risco da liberdade do acusado para o processo criminal. Como visto nos pressupostos para a decretação da prisão preventiva, o acusado seria em tese uma “ameaça” a conveniência da instrução criminal, da ordem pública e econômica (como se verificará mais adiante), dispostos no art. 312 do CPP.

Assim explica Lopes Junior (2012, p. 831), “oda decisão determinando a prisão do sujeito passivo deve estar calcada em um fundado temor, jamais fruto de ilações ou criações fantasmagóricas de fuga (ou de qualquer dos outros perigos). Deve-se apresentar um fato claro, determinado, que justifique o *periculum libertatis*”.

Em meio a esse cenário punitivista com claros indícios inquisitoriais e fascistas, deve-se questionar se esse juízo de admissão não conduz a uma antecipação da sentença condenatória, que traz por óbvio uma clara desvantagem em relação ao acusado. Ainda Lopes Junior (2012):

É imprescindível um juízo sério, desapassionado e, acima de tudo, calcado na prova existente nos autos. A decisão que decreta a prisão preventiva deve conter um primor de fundamentação, não bastando a invocação genérica dos fundamentos legais. Deve o juiz demonstrar, com base na prova trazida aos autos, a probabilidade do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*.

O juiz que decreta a prisão preventiva, jamais deveria permanecer na persecução penal, pois seu juízo de admissibilidade influi na confirmação de suas suspeitas iniciais, acarretando em uma violação dos princípios acusatórios. Necessário se faz uma distinção no processo penal brasileiro, entre o juiz que decreta a prisão preventiva (cautelar) e o juiz que

sentencia o caso criminal, encerrando assim o processo, para que não haja dessa forma, nenhum tipo de contaminação no que diz respeito ao juízo da sentença.

5 Crítica a garantia da ordem pública e ordem econômica, antecipação da pena

O excesso punitivista no processo penal atinge seu ápice no pressuposto legal do art. 312 do CPP, “garantia da ordem pública, da ordem econômica”. O referido artigo do CPP deixa claro a posição anti-garantista e inconstitucional do estado, em manter (visto que a redação é de 2011, décadas após a promulgação da Constituição) tais pressupostos abstratos e vazios, sem quaisquer fins cautelares para o processo.

Recorre-se novamente a Lopes Junior (2012):

Grave problema encerra ainda a prisão preventiva para garantia da ordem pública, pois se trata de um conceito vago, impreciso, indeterminado e despido de qualquer referencial semântico. Sua origem remonta a Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender. Até hoje, ainda que de forma mais dissimulada, tem servido a diferentes senhores, adeptos dos discursos autoritários e utilitaristas, que tão “bem” sabem utilizar dessas cláusulas genéricas e indeterminadas do Direito para valer seus atos prepotentes.

Inegável o apelo do senso comum em endurecer as penas, torna-las inclusive mais desumanas, com base na falácia de uma suposta impunidade que os agentes delinquentes possuem, permeando os meios midiáticos sensacionalistas do país, transformando a função da pena em uma mera punição arcaica e ultrapassada (assim como o castigo físico, ou moral) para o agente delinquente. Esse apelo, que de certa forma toma proporções populistas, visto o alcance das redes midiáticas formadoras de opiniões, acaba influenciando uma bancada de politikeiros interessados apenas em votos para fins pessoais, ao qual contribui para um *status quo* das relações de poder (FOCAULT, 1999) na esfera social.

Evidente que a decretação da prisão preventiva como garantia da ordem pública e ordem econômica, torna-se em um instrumento repressivo para a antecipação dos efeitos condenatórios da pena, a fim de saciar a sanha punitivista entranhada em meio ao senso comum teórico, por meio do processo. Devido a sua vagueza terminológica, o autoritarismo judiciário consegue apaziguar o clamor público, diante de um caso concreto em que se possa tomar repercussão midiática, bastando simplesmente fundamentar em um dos pressupostos legais do art. 312 do CPP. Justificando assim, o alto índice de presos sem sentença condenatória no país, como já demonstrado por dados do Infopen de junho/2014.

Assim esclarece Nicolitt (2011):

Como reiteradamente afirmamos a prisão só é compatível com o princípio da presunção de inocência quando tem por objetivo a preservação do processo, pois o contrário transforma-se em antecipação da pena. O que tutela, ou

deveria tutelar, a ordem pública (prevenção geral ou específica) é a pena. Usar a prisão processual para garantir a ordem pública é antecipar os efeitos da pena, o que é inconstitucional. O mesmo se pode dizer em relação à ordem econômica, pois toda prisão cujo objetivo transcenda a ordem processual padece de inconstitucionalidade.

Como já esclarecido, a prisão preventiva com base em pressupostos vazios, acaba por fim antecipando os efeitos da sentença, devendo ser considerada inconstitucional, tornando difícil a compatibilidade em se manter o instituto da prisão preventiva em um ordenamento jurídico que toma por princípios, o estado democrático de direito e o devido processo legal (além do respeito aos direitos humanos em tratados internacionais).

50

6 Considerações finais

O Direito Penal que teoricamente deveria ser tomado como *ultima ratio*, encontra meios através do processo penal para ser muitas vezes (dependendo de inúmeros fatores desfavoráveis ao sujeito que se imputa um crime), a *prima ratio*, o braço repressivo do estado para com os marginalizados da sociedade.

Evidente que a dogmática jurídica possui mecanismos autoritários, expostos exhaustivamente no decorrer do trabalho, de naturezas fascistas e ultrapassadas, incompatíveis com o estado democrático de direito perpetrados na constituição federal de 1988. É necessário desconstruir tal dogmática, acusando os problemas jurídicos encontrados (que se repetem mesmo com realizações de novas leis), a fim de progredirmos humanamente no trato com os direitos fundamentais.

Tem se por escopo com uma tratativa mais humana, no que tange as leis penais e processuais penais, a busca de uma aproximação com países que possuem dogmáticas mais garantistas, conhecidos por seus desenvolvimentos socioeconômicos, com melhores taxas de IDH e excelência no cumprimento dos direitos humanos, respeitado os tratados internacionais relativos ao tema.

Reduzir a grande mazela da desigualdade social por meio de políticas públicas (tanto por meio da segurança pública, quanto por outros setores que necessitam de reforma) é um óbice aos interesses dos donos do poder (principalmente em função das políticas públicas que favorecem os interesses neoliberais), gerando assim um conflito social, ao qual a população em geral sofre diariamente do produto deste sistema jurídico, econômico, político e social (BARATTA, 2011).

Referências

BARATTA, Alessandro. (2011) - *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan.

BECCARIA, Césare. (2000) - *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin-Claret.

DEPEN. (2014) - *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. INFOPEN. Ministério da Justiça.

FERRAJOLI, Luigi. (2010) - *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FOCAULT, Michel. (1999) - *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 20 ed. Petrópolis: Editora Vozes.

GORNICK Jr., Leandro. (2006) - *Prisão preventiva: uma visão garantista*. In: ROSA, Alexandre Moraes. *Para um direito democrático: diálogos sobre paradoxos*. São José – SC: Conceito Editorial.

LOPES Jr., Aury. (2012) - *Direito processual penal*. 9 ed. São Paulo: Saraiva.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 4 ed. São Paulo: Atlas.

NICOLITT, André Luiz. (2011) - *Lei 12.403/2011: o novo processo penal cautelar, a prisão e as demais medidas cautelares*. Rio de Janeiro: Elsevier.

ZAFFARONI, Eugenio R. (2013) - *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GRUPO DE TRABALHO: DIREITOS HUMANOS

52

A migração haitiana para Joinville: legislação e política públicas

Ana Paula Fiera Haidemann²¹
Ariele Veiga Cardoso²²
Beatriz Regina Branco²³
Fernanda Brandão Lapa²⁴
Kauany Kraus²⁵
Mariana Ferreira de Souza²⁶
Raíssa Vitória Timm Fontoura²⁷

Resumo: O presente trabalho tem como escopo abordar os aspectos legais relativos ao instituto do refúgio e à imigração, assim como realizar um mapeamento geral de políticas públicas para atendimento da população de imigrantes, em especial de haitianos, no Brasil, em Santa Catarina e em Joinville. Em decorrência da ida da Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti – MINUSTAH no Haiti, comandada pelo Brasil desde 2004, os haitianos passaram a ver o país como um ponto de referência. Em Santa Catarina, a cidade de Joinville é um dos destinos com maior fluxo de haitianos, haja vista que a maioria dos imigrantes que se dirige ao estado o faz para trabalhar nas indústrias. Tendo em vista a condição natural de vulnerabilidade social dessas pessoas, houve o interesse acadêmico em estudar o antedito grupo de imigrantes. Assim, no decorrer desse estudo, analisar-se-á a existência, ou não, de políticas públicas e legislações direcionadas ao grupo em geral. Como resultado final da pesquisa, buscar-se-á identificar as principais lacunas legislativas e de políticas públicas concernentes à imigração, visando provocar uma reflexão acerca do tema a fim de servir de subsídio para possíveis intervenções (judiciais ou extrajudiciais).

53

Palavras-chave: *Haitianos. Imigração, Refugiados.*

Introdução

A migração de haitianos ao Brasil pode ser analisada sob diferentes aspectos. Não apenas as questões políticas, mas diversos fatores históricos influenciaram, e ainda influenciam, esse processo migratório.

Segundo Fernandes, Milesi e Farias (2015), na história do Haiti, as catástrofes naturais e os problemas sociais são vivenciados pela população há muito tempo. O terremoto ocorrido em 2010, por exemplo, além de destruir cidades, enfraquecer a economia e abalar a infraestrutura habitacional do país, devido ao horário e local ocorridos, matou milhares de jovens, funcionários públicos e profissionais qualificados, os quais buscavam reconstruir o país diante do escombros dos demais desastres já ocorridos.

De acordo com o Câmara Notícias (2015), esse terremoto desencadeou uma onda de emigração no Haiti, e o Brasil, tendo comandado desde 2004 a Missão das Nações Unidas

²¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

²² Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

²³ Orientadora, Professora do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

²⁴ Orientadora, Professora do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

²⁵ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

²⁶ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

²⁷ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

para a Estabilização do Haiti – MINUSTAH no Haiti, passou a ser um dos destinos preferenciais desses migrantes, dada a dificuldade de entrada nos países de imigração tradicional, como os Estados Unidos, Canadá, República Dominicana, França, entre outros.

Chegando ao Brasil, esse contingente de refugiados enfrenta diferentes problemas, simples ou complexos, que vão do estranhamento natural em relação a um país desconhecido, dificuldade de comunicação, falta de moradia e emprego, além de preconceito étnico. Essas demandas constituem, para o país, grandes desafios no que tange à garantia de direitos fundamentais a esses indivíduos. Por isso, nesse contexto, o levantamento de legislações e políticas públicas específicas para atendimento desses imigrantes se faz necessário.

Diante dessa problemática, é medida que se impõe a pesquisa científica sobre o assunto, uma vez que se buscam respostas para os problemas ora apresentados.

2 Aspectos legais

A questão dos refugiados constitui um dos desafios mais complexos que a comunidade internacional enfrenta atualmente. O refúgio é um instituto jurídico cujo foco está no refugiado, conceituado pela Lei 9.474/1997, que no art. 1º dispõe:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

- I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
- II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
- III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Mazzuoli (2015) explica que o Estado, ao escolher quem são os seus nacionais, automaticamente classifica como estrangeiros todos os demais indivíduos que estejam em seu território, mesmo aqueles que poderão ter a nacionalidade de outro Estado, ou, ainda, não ter nenhuma nacionalidade, isto é, os que estão em situação de apátria.

Destarte, para adquirir a posição de estrangeiro, basta que a pessoa se locomova da jurisdição do Estado a que pertence e passe à jurisdição de outro, sem compor o grupo de nacionais deste Estado (MAZZUOLI, 2015).

No entanto, apesar de a ideia de acolher estrangeiros perseguidos ser amplamente difundida, ainda assim, houve a necessidade de positivá-la, com o objetivo de torná-la mais eficaz na proteção das pessoas em âmbito internacional. Desse modo, foram estabelecidos três conceitos diferentes, quais sejam: o direito de asilo, o direito de asilo político e territorial e o direito de refúgio.

Os institutos do asilo e do refúgio são complementares, haja vista que o instituto do asilo é mais abrangente, podendo ser usado também quando não há a possibilidade de aplicação do instituto mais específico, o do refúgio (MAZZUOLI, 2015).

Nesses termos, a situação de estrangeiro no Brasil é regulamentada juridicamente pela Lei 6.815/1980, o Estatuto do Estrangeiro, o qual define a situação jurídica desse grupo e cria o Conselho Nacional de Imigração.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 também prevê a concessão do asilo político, tanto o asilo territorial quanto o asilo diplomático, sem nenhuma restrição, de acordo com o artigo 4º, inciso X - vale destacar que o asilo também está regulamentado nos artigos 28 e 29 da Lei 6.815/1980.

O instituto do refúgio, de acordo com Mazzuoli (2015), não é apenas mais um ato discricionário do Estado concessor, uma vez que o reconhecimento do *status* de refugiado está garantido em diplomas e hipóteses legais bem definidas.

Dessa forma, conceitua-se refugiado a partir da ideia da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, com a atualização dada pelo Protocolo de 1967. Refugiado, então, é qualquer pessoa

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

A proteção internacional aos refugiados tem como base normativa as fontes de Direito Internacional Público.

Com o advento do Direito Internacional dos Refugiados, o marco institucional de proteção se dá com a Convenção de 1951, elaborada entre os anos de 1948 e 1951, e celebrada sob a égide da Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da atuação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).

De acordo com Jubilut (2007), devido às limitações e em face do surgimento de novos grupos de refugiados que não se enquadravam na definição restritiva da Convenção de 1951, em especial os provenientes do continente africano, foi adotado posteriormente o Protocolo de 1967, o qual passou a conferir maior amplitude e abrangência à definição.

Assim, esses dois tratados formam a base positiva universal do Direito Internacional dos Refugiados, mas a proteção a esses conta, também, com outros tratados.

O ACNUR foi estabelecido em 1950 dentro do sistema das Nações Unidas para efetivar, em nível universal, a proteção aos refugiados. Dessa maneira, foi instituído como um órgão subsidiário da ONU, em conformidade com o artigo 22 da Carta das Nações Unidas, sendo capaz de atuar independentemente (JUBILUT, 2007).

A proteção aos refugiados, apesar de garantida internacionalmente, tem a sua efetiva realização dentro dos próprios Estados, no sentido de como estes recepcionam tratados com regras específicas, como, por exemplo o Estatuto do Estrangeiro no Brasil.

A incorporação das normas do Direito Internacional dos Refugiados pelos ordenamentos jurídicos internos permite a adaptação das regras internacionais à realidade de cada Estado garantindo, assim, uma proteção mais efetiva aos refugiados.

O Brasil, além de ratificar a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados, adotou, também, uma lei específica, elaborada pelos representantes do governo brasileiro juntamente com representantes do ACNUR e da sociedade civil para tratar da questão: a Lei 9.474/1997.

Em 1984, com o objetivo de ampliar os dispositivos da Convenção de 1951, foi assinada a Declaração de Cartagena, a qual recomendava que, além das hipóteses já existentes de reconhecimento da condição de refugiados, os países deveriam incorporar aos seus ordenamentos jurídicos um conceito mais amplo de refugiado, sendo este aplicado a toda pessoa que tivesse fugido de seu país porque sua vida, segurança ou liberdade tivesse sido ameaçada pela violência generalizada, agressão estrangeira ou conflitos internos, violação maciça de direitos humanos ou outras circunstâncias que tivessem perturbado gravemente a ordem pública (BARRETO, 2010).

Assim, o conceito de refúgio foi ampliado para proteger as pessoas provenientes de países que tenham entrado em processo de degradação política e social e tenham permitido violência generalizada, violação de direitos humanos e outras circunstâncias de perturbação grave da ordem pública (BARRETO, 2010).

Com efeito, nota-se que houve uma evolução do conceito: a Declaração, mais ampla, flexibilizou de maneira positiva o conceito de refugiado (BARRETO, 2010).

Então, em 1989, por meio do Decreto 98.602, o Brasil aderiu plenamente à Declaração de Cartagena. E, em 1991, o Ministério da Justiça editou a portaria interministerial 394, com o dispositivo jurídico de proteção aos refugiados, estabelecendo uma dinâmica processual para a solicitação e concessão de refúgio (BARRETO, 2010).

Nesse período, o Brasil, frente à quantidade de demandas, viu a necessidade de criação da Portaria Interministerial 394, publicada no dia 29 de julho de 1991, a qual define normas sobre a situação do refugiado admitido no Brasil sob a proteção do ACNUR (BARRETO, 2010).

Evidenciou-se, no entanto, a inevitabilidade de mais do que uma simples portaria interministerial para regulamentar o Estatuto do Refugiado no Brasil. Foi imprescindível efetivar internamente o mecanismo da Convenção de 1951 com uma lei específica que definisse o conceito de refugiado no Brasil, que criasse um órgão nacional para tratar desse tema e, a partir daí, relatasse quais eram os direitos do refugiado, a forma de processo para o seu reconhecimento, a perda e a manutenção da condição de refugiado no Brasil.

Com isso, foi criada a Lei 9.474/1997, a qual define os mecanismos para implementação do Estatuto dos Refugiados e contempla todos os dispositivos de proteção internacional dos refugiados previstos na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967, além de criar um órgão nacional específico para tratar dessa temática – o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). A partir dessa lei, o Brasil estabeleceu critérios para a concessão do refúgio, bem como um procedimento de elegibilidade.

Basicamente, no Brasil, a proteção ao refugiado se dá pela Constituição Federal de 1988 e pela Lei 9.474/1997, além de todos os documentos internacionais com os quais o Brasil se comprometeu.

A Constituição Federal de 1988 traz, no Título I, o qual trata dos princípios fundamentais, uma gama de princípios que devem orientar as ações do Brasil, dentre os quais os de tema internacional, assim como a prática do refúgio. Também elenca, no artigo 1º, os direitos fundamentais, destacando-se o da dignidade da pessoa humana, que vai pautar toda a proteção dos direitos humanos no Brasil.

Tal princípio caracteriza-se como o princípio de maior hierarquia da Constituição brasileira servindo, portanto, de pressuposto não só para os direitos fundamentais, mas também para todo o ordenamento jurídico.

A proteção conferida a um refugiado fundamenta-se nesse princípio fundamental, pois por meio da concessão do refúgio garante-se abrigo a uma pessoa que se vê obrigada a se deslocar do próprio país de origem em razão de uma perseguição à sua vida ou liberdade. O objetivo da concessão do refúgio é, portanto, proteger a vida de um ser humano e colocá-lo a salvo de qualquer tipo de discriminação garantindo, assim, a proteção da sua dignidade e os seus direitos fundamentais.

O artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, elenca, entre os objetivos a serem alcançados pela República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Dessa forma, o Brasil se compromete, ainda que indiretamente, com a proteção aos refugiados.

De acordo com Da Silva (2014), constituem, ainda, princípios elencados pela Constituição Federal de 1988 os relativos às relações internacionais, presentes no artigo 4º, os mais importantes na temática do refúgio, quais sejam: a prevalência dos direitos humanos e a concessão do asilo político.

Os refugiados e solicitantes de refúgio estão protegidos, ainda, pelo disposto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que, em consonância com o fundamento constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana, determina a igualdade de direitos entre os brasileiros e os estrangeiros.

Em vista disso, com base nesses princípios, é possível afirmar que os alicerces da concessão do refúgio, vertente dos direitos humanos e espécie do direito de asilo, são

expressamente assegurados pela Constituição brasileira, sendo ainda considerados como princípios da própria ordem jurídica nacional.

Verifica-se que a lei brasileira adota uma definição ampliada de refúgio para atender à grave e generalizada violação de direitos humanos como fator de reconhecimento do *status* de refugiado. Com isso, nota-se a intenção da legislação brasileira em proteger vítimas de desrespeito aos seus direitos mais fundamentais e demonstrar uma consciência de responsabilidade internacional do Brasil (BARRETO, 2010).

Desse modo, a Lei 9.474/1997 estipula que o processo de pedido de refúgio é gratuito e tem caráter urgente, e que os dispositivos nela contidos devem ser interpretados harmoniosamente com os preceitos da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967.

Portanto, a lei brasileira é muito relevante, uma vez que, apesar de o Brasil já ser signatário da Convenção de 1951 e, conseqüentemente, já estar vinculado internacionalmente ao princípio do *non-refoulement*, a Lei 9.474/1997 reforça essa proteção aos refugiados e solicitantes de refúgio ao estabelecer expressamente em sua normativa interna regras que impedem a sua devolução para um Estado onde haja risco de perseguição à sua vida e ou à sua liberdade.

Para o ordenamento interno brasileiro, os imigrantes são distintos dos refugiados, já que não correm perigo ou sofrem perseguições, portanto, houve uma flexibilização da Lei do Estrangeiro vigente no país. Esta foi formulada no período da ditadura militar e, portanto, tende a uma linha relacionada à segurança nacional no que diz respeito às políticas migratórias. Assim, pelo fato de a lei não ser abrangente em relação à questão humanitária, novos mecanismos foram requeridos com o intuito de proteger os migrantes (PINTO, 2015).

No caso do Haiti, a instabilidade política, somada ao terremoto de 2010, foram fatores determinantes para que os haitianos decidissem deixar seu país de origem. Os últimos eventos no país tornaram ainda mais presente a situação de diáspora em que os haitianos se encontravam há tanto tempo, contextualizada por invasões externas, governos ditatoriais e, recentemente, catástrofes naturais, intensificando a vulnerabilidade cultural, econômica e política dos cidadãos, o que se agrava com a dispersão em que eles se encontram pelo mundo.

Assim, a questão ambiental foi determinante para enquadrá-los em uma condição de vulnerabilidade, o que acabou sendo decisivo para o processo migratório entre o Haiti e o Brasil.

A solução encontrada pelo Brasil foi flexibilizar o visto permanente aos haitianos, o que foi denominado “visto humanitário”, enquadrando-os em um patamar diferente de refugiado, mas ainda tendo um contexto humanitário e de vulnerabilidade envolvido.

O visto humanitário, nesse sentido, foi fundamental para o processo migratório, assim como a visão atribuída a eles como imigrantes ambientais: aqueles que se sentem obrigados

a deixar o seu local de residência habitual porque suas vidas, meios de vida e bem-estar foram colocados em sério risco, como resultado de processos e eventos ambientais, ecológicos e climáticos.

De todo modo, o imigrante, no Brasil, possui quase todos os direitos e deveres de um cidadão e participa de todas as políticas públicas disponibilizadas ao nacional, em conformidade com o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

3 Políticas públicas nacionais e estaduais

A pesquisa sobre políticas públicas para imigrantes, nos âmbitos federal e estadual, baseou-se em estudos realizados pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), por meio do Projeto “Pensando o Direito”, e no Trabalho de Conclusão de Curso da pesquisadora Aline Viquetti Karazawa Takaschima, da Universidade Federal de Santa Catarina.

Os resultados do primeiro trabalho, cujo título é “Migrantes, Apátridas e Refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil”, trouxeram importantes conclusões a respeito de normas e políticas em matéria de migrações, direitos humanos dos migrantes e acesso aos serviços públicos essenciais no Brasil e em seus estados.

O segundo deu origem a uma grande reportagem sobre os imigrantes haitianos em Santa Catarina: “Travessia: História dos imigrantes haitianos em Santa Catarina”. Tal pesquisa investigou os hábitos, costumes e memória dos estrangeiros nas cidades de Florianópolis, Joinville, Blumenau e Chapecó. Foram retratadas as relações dos personagens com o trabalho e a educação, as mudanças sociais e econômicas provocadas pela imigração e as políticas públicas sobre o tema.

Em nível nacional, verificou-se que as limitações do marco jurídico brasileiro das migrações geram dificuldades de regularização e acesso a direitos e serviços oferecidos pelo Estado. Viu-se, ainda, que, segundo o Ipea (2015, *web*),

[...] a regularização difícil e a burocratização criam para os imigrantes um nível ainda mais elevado de dificuldades para a integração e o acesso a direitos, notadamente os sociais. As políticas públicas deixaram o imigrante como um sujeito invisível por não tratarem especificamente da sua condição e especificidades, dificultando seu acesso, mesmo naqueles direitos estabelecidos sobre o determinante da universalidade de acesso. Direitos básicos, como saúde e educação, são dificultados aos imigrantes por conta de documentos ou da ausência deles, criando a ideia de que o direito existe, mas, na realidade, não consegue ser exercido.

Diante desse cenário, os Ministérios do Trabalho e Previdência Social (MTPS) e da Justiça assinaram, no dia 11 de novembro de 2015, um ato autorizando 43.781 imigrantes

haitianos em situação irregular a tirar o visto de residência permanente no país. A partir dessa data, eles terão um ano para fazer a carteira de identidade de estrangeiro, documento que permite o acesso ao mercado formal de trabalho e a serviços públicos, como saúde e educação. A autorização foi concedida pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIg), órgão vinculado ao MTPS, o qual, desde 2012, vem autorizando a concessão de vistos humanitários para haitianos. O CNIg instituiu a Resolução Normativa 97 nesse sentido (PORTAL BRASIL, 2015).

Vale dizer, também, que o Ministério da Justiça recebeu R\$ 15 milhões para o fortalecimento e a ampliação de uma rede de apoio a imigrantes e refugiados no país. Os recursos da Medida Provisória nº 697, convertida na Lei 13.198, de 2 de dezembro de 2015, devem tornar possível a assistência a refugiados e a solicitantes de refúgio (também a imigrantes haitianos), por meio do estabelecimento de parcerias com estados, municípios, outros órgãos públicos, organizações da sociedade civil, entidades e organismos internacionais, além de fortalecer a rede de Centros de Referência e Acolhida para Imigrantes e Refugiados e permitir a execução de outras medidas destinadas ao acolhimento, integração e assentamento (PORTAL BRASIL, 2015).

No momento, em virtude da universalidade de acesso a direitos básicos que alcançam os imigrantes haitianos, esta pesquisa mapeou os programas sociais que integram o Plano “Brasil Sem Miséria”, cujos eixos de atuação são a garantia de renda, o acesso a serviços públicos e a inclusão produtiva. O Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal, previsto no Decreto 6.135, de 26 de junho de 2007, é utilizado como instrumento básico para identificação do público e planejamento das ações do Plano, que está disciplinado no Decreto 7.492, de 2 de junho de 2011.

Contudo, a pesquisa do Ipea (2015) indicou que uma ação conjunta, de iniciativa federal, é essencial para fomentar outras iniciativas, principalmente estaduais, no trato da questão migratória.

A propósito, em âmbito estadual, segundo Takaschima (2015, *web*), em julho de 2015, o deputado Dirceu Dresch (PT-SC) requisitou a criação do Conselho Estadual do Imigrante, uma das propostas da Audiência Pública sobre imigração, ocorrida em junho do mesmo ano, na Assembleia Legislativa de Santa Catarina. O deputado argumentou que “A criação desse Conselho abre a possibilidade de o estado de Santa Catarina elaborar uma política em defesa dos direitos e garantias fundamentais de todos os imigrantes que aqui chegam”.

Até outubro de 2015, segundo Takaschima (2015), o governo estadual ainda não havia se manifestado sobre a criação do Conselho Estadual do Imigrante.

Ademais, cabe dizer que o governador Raimundo Colombo instituiu o Conselho Estadual de Direitos Humanos (CEDH-SC) por meio da Lei 16.534, de 23 de dezembro de 2014, alterada pela Lei 16.833/2015. O intuito do referido conselho é defender os direitos humanos e promover a igualdade de direitos civis, culturais, econômicos e sociais.

No último dia 07 de setembro, foi instalado, em Florianópolis, o Centro de Referência e Acolhida para Imigrantes e Refugiados (Crai), de responsabilidade da Pastoral do Migrante em um convênio entre os governos federal e estadual. Nesse espaço será oferecido acolhimento e atendimento especializado, como suporte jurídico, apoio psicológico e social. Também serão oferecidos cursos e oficinas de qualificação profissional (ZAPELINI, 2016).

Segundo Silva *apud* Zapelini (2016, *web*), antropóloga da pastoral, o Crai nasceu da pressão das organizações sociais que entenderam que a principal demanda é a implicação do poder público com a temática migratória:

O Crai nasce justamente de uma pressão muito grande. Em primeiro lugar do GAIF (Grupo de Apoio os Imigrantes Refugiados da Grande Florianópolis) e depois do Grupo de Trabalho de Apoio ao Imigrante, vinculado à Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa. Ele nasce de uma construção coletiva, é fundamental sempre fazer essa referência.

Por fim, cabe dizer que os dados do Ipea (2015), avaliando-se um contexto mais geral de proteção aos imigrantes, apontaram que os avanços no âmbito estadual sobre garantia de direitos e acesso aos serviços aos migrantes são incipientes. Salvo algumas exceções, a maioria dos estados ainda não se mobilizou nesse sentido.

4 Políticas públicas municipais

No âmbito municipal não foram encontradas políticas públicas específicas de assistência a imigrantes. Segundo a Secretaria de Assistência Social de Joinville (2016), tal ausência deriva da máxima de que estes estrangeiros, nos termos do Estatuto do Estrangeiro e da Constituição Federal de 1988, gozam de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros e, portanto, não necessitam de programas específicos de assistência.

A ausência dessas políticas públicas e a questão da imigração haitiana como um todo foram discutidas em Audiência Pública ocorrida no dia 06/08/2015 na Câmara de Vereadores de Joinville, conforme informa o Instituto de Desenvolvimento e Direitos Humanos – IDDH. O evento foi convocado pelo Centro de Direitos Humanos Maria da Graça Bráz e promovido pela Comissão de Participação Popular e Cidadania. A Audiência Pública reuniu representantes do governo, instituições religiosas, ONGs e o movimento negro da cidade.

Uma das soluções sugeridas pelas entidades constituía na criação de uma Casa do Imigrante, local onde os haitianos poderiam buscar informações básicas dos serviços oferecidos pelo município, dos locais para obter documentação e outras informações de suma importância para facilitar a vida de quem recém está chegando à cidade.

Assim, em atendimento a essa necessidade, a Secretaria de Assistência Social de Joinville, que é o órgão responsável pela política de Assistência Social na cidade, determinada pelo Sistema Único de Assistência Social (SUAS), montou, em janeiro de 2016, em suas

dependências, uma sala exclusiva para atendimento a imigrantes, cabendo a uma funcionária a tarefa diária de proporcionar, entre outros, os seguintes auxílios:

- a) prestar orientações gerais sobre documentação;
- b) informar os endereços de agências de emprego;
- c) ajudar na elaboração de currículos;
- d) encaminhar para os locais que oportunizam o ensino da língua portuguesa;
- e) elaborar a inscrição no Cadastro Único;
- f) ajudar no contato com as embaixadas e consulados;
- g) tirar dúvidas jurídicas/trabalhistas (ou encaminhar para um advogado, defensorias, escritórios de assistências jurídicas das faculdades).

A Secretaria de Assistência Social de Joinville (2016) afirma que a assistência é prestada somente àqueles que procuram ajuda. Os dados do secretariado, portanto, se limitam aos cadastrados no sistema federal do Cadastro Único, que até março de 2016 era constituído por 246 famílias haitianas. A maior demanda de haitianos que procuram a assistência social é para requerer algum tipo de benefício social.

O Ofício Circular Conjunto 02/2014 do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) esclarece que, assim como os outros estrangeiros que residem legalmente no país, os haitianos também podem ter acesso ao Cadastro Único e ao Programa Bolsa Família, desde que enquadrados nos critérios previstos pela legislação do programa.

O Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal é coordenado pelo MDS e constitui um instrumento que identifica e caracteriza as famílias de baixa renda, permitindo que o governo conheça melhor a realidade socioeconômica dessa parcela da população. Nesse cadastro são registradas informações como: características da residência, identificação de cada pessoa, escolaridade, situação de trabalho e renda, entre outras (MDS, 2016).

A execução do Cadastro Único é de responsabilidade compartilhada entre o governo federal, os estados, os municípios e o Distrito Federal. Em nível federal, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) é o gestor responsável e a Caixa Econômica Federal é o agente operador que mantém o Sistema de Cadastro Único.

O Cadastro Único é, atualmente, o principal instrumento do Estado brasileiro para a seleção e a inclusão de famílias de baixa renda em programas assistenciais federais. Também pode ser utilizado para a seleção de beneficiários de programas ofertados pelos governos estaduais e municipais. Por isso, ele funciona como uma porta de entrada para as famílias acessarem diversas políticas públicas.

Segundo a Secretaria de Assistência Social de Joinville (2016), podem participar desse cadastro famílias com renda mensal de até meio salário mínimo por pessoa e famílias com renda mensal total de até três salários mínimos. Além disso, famílias com renda superior a três salários mínimos poderão ser incluídas no Cadastro Único, desde que sua inclusão esteja

vinculada à seleção ou ao acompanhamento de programas sociais. Enquadram-se nesse último item as famílias acompanhadas pelos Centros de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS) e pelo Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV), oferecido nos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS). As pessoas que moram sozinhas e tenham renda mensal de até três salários mínimos também podem ser cadastradas, visto que constituem as chamadas famílias unipessoais.

Com o cadastro, essas famílias podem acessar, dentre outros, os seguintes programas assistenciais: Programa Bolsa Família, Tarifa social de água e energia elétrica, Auxílio alimentação, moradia e natalidade a pessoas em situação de vulnerabilidade social e Telefone popular.

Com efeito, no município de Joinville constatou-se que, a exemplo do que se verificou na maioria dos municípios brasileiros, conforme pesquisa do Ipea (2015), não foram identificadas normas ou políticas voltadas para as questões migratórias, constituindo o Cadastro Único o principal meio de acesso do imigrante a políticas públicas por meio dos programas sociais do Governo Federal.

5 Considerações finais

A partir da pesquisa realizada, pode-se dizer que a questão dos refugiados constitui um dos desafios mais complexos que a comunidade internacional, incluindo o Brasil, enfrenta atualmente.

Viu-se que, para o ordenamento interno brasileiro, os imigrantes são distintos dos refugiados, já que não correm perigo ou sofrem perseguições, contudo, em face do contexto humanitário e de vulnerabilidade envolvido, a solução encontrada pelo país foi a de flexibilizar o visto permanente a esses estrangeiros, o que foi denominado “visto humanitário”.

Verificou-se que o imigrante, no Brasil, possui quase todos os direitos e deveres de um cidadão e participa de todas as políticas públicas disponibilizadas ao nacional, em conformidade com o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. No entanto, é perceptível que a falta de políticas públicas específicas deixaram-no como um sujeito invisível por não tratarem particularmente da sua condição e especificidades, dificultando seu acesso mesmo àqueles direitos universalmente garantidos. Com efeito, há várias lacunas legislativas e de políticas públicas concernentes à imigração que urgem ser preenchidas pelo Estado brasileiro.

Referências

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS (ACNUR). *Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)*. Disponível em:

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Est_atuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 07 set. 2016.

BARRETO, Luis Paulo Telles Ferreira. *ACNUR Brasil. Refúgio no Brasil. A Proteção Brasileira aos Refugiados e seu impacto nas Américas*. Disponível em:

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2010/Refugio_no_Brasil.pdf> Acesso em: 26 ago. 2016.

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

_____. *Decreto nº 98.602, de 19 de dezembro de 1989*. Dá nova redação ao Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961 que promulgou a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D98602.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Decreto nº 6.135, de 26 de junho de 2007*. Dispõe sobre o Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6135.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Decreto nº 7.492, de 2 de junho de 2011*. Institui o Plano Brasil Sem Miséria. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7492.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980*. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Lei nº 13.198, de 2 de dezembro de 2015*. Abre crédito extraordinário, em favor dos Ministérios da Justiça, das Relações Exteriores, dos Transportes, da Defesa e da Integração Nacional, no valor de R\$ 950.246.149,00, para os fins que especifica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13198.htm>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS)*. Ofício Circular Conjunto nº 02/2014. Disponível em: <http://www.sst.sc.gov.br/arquivos/id_submenu/397/oficio_circular_conjunto_n_02_snas_senarc_cadastramento_estrangeiros_cadunico_e_acesso_ao_bolsa_familia.pdf>. Acesso em: 07 set. 2016.

CÂMARA NOTÍCIAS. *Seminário discute novos fluxos de trabalhadores migrantes para o Brasil*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/RELACOES-EXTERIORES/498413-SEMINARIO-DISCUTE-NOVOS-FLUXOS-DE-TRABALHADORES-MIGRANTES-PARA-O-BRASIL.html>>. Acesso em: 07 set. 2016.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

FERNANDES, Durval; MILESI, Rosita; FARIAS, Andressa. *Estudos sobre a Migração Haitiana ao Brasil e Diálogo Bilateral*. Disponível em:

<<http://acesso.mte.gov.br/data/files/8A7C816A4AC03DE1014AE84BF2956CB6/Pesquisa%20do%20Projeto%20%E2%80%9CEstudos%20sobre%20a%20Migra%C3%A7%C3%A3o%20Haitiana%20ao%20Brasil%20e%20Di%C3%A1logo%20Bilateral%E2%80%9D.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2016.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Migrantes, Apátridas e Refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil*. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/participacao/noticiasmidia/direitos-humanos/1305-refugiados-apatridas-ministeriodajustica-mj-pensando-o-direito>>. Acesso em: 07 set. 2016.

JOINVILLE. *Secretaria de Assistência Social*. Disponível em: <<https://www.joinville.sc.gov.br/departamento/sas/>>. Acesso em: 07 set. 2016.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Editora Método, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 9.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PINTO, Vitor Gomes. *Multiculturalismo renovado*. Disponível em: <<https://oestrangeiro.org/2015/04/25/multiculturalismo-renovado/>>. Acesso em: 18 de jun. de 2016.

PORTAL BRASIL. *Brasil autoriza residência permanente a 43,8 mil haitianos*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/11/brasil-autoriza-visto-de-residencia-permanente-para-43-8-mil-haitianos>>. Acesso em: 07 set. 2016.

SANTA CATARINA. *Lei nº 16.534, de 23 de dezembro de 2014*. Institui o Conselho Estadual de Direitos Humanos de Santa Catarina (CEDH-SC) e estabelece outras providências. Disponível em: <<http://leisestaduais.com.br/sc/lei-ordinaria-n-16534-2014-santa-atarina-institui-o-conselho-estadual-de-direitos-humanos-de-santa-atarina-cedh-sc-e-estabelece-outras-providencias?q=16.534>>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Lei nº 16.833, de 16 de dezembro de 2015*. Altera a Lei nº 16.534, de 2014, que institui o Conselho Estadual de Direitos Humanos de Santa Catarina (CEDH-SC) e estabelece outras providências. Disponível em: <<http://leisestaduais.com.br/sc/lei-ordinaria-n-16833-2015-santa-atarina-altera-a-lei-n-16534-de-2014-que-institui-o-conselho-estadual-de-direitos-humanos-de-santa-atarina-cedh-sc-e-estabelece-outras-providencias>>. Acesso em: 07 set. 2016.

TAKASCHIMA, Aline Viquetti Karazawa. *Travessia: História dos imigrantes haitianos em Santa Catarina*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/156901>>. Acesso em: 07 set. 2016.

ZAPELINI, Marcelo Luiz. *No Grito dos Excluídos, abraço à rodoviária de Florianópolis celebra instalação de serviço para imigrantes*. Sul 4 – Agência de Notícias. Disponível em: <<http://agenciacnbsul4.org.br/no-grito-dos-excluidos-abraco-a-rodoviaria-de-florianopolis-celebra-instalacao-de-servico-para-imigrantes/>>. Acesso em: 12 set. 2016.

Direitos humanos: os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres encarceradas em Joinville

Andriele Jeniffer Ribeiro²⁸
Fernanda Brandão Lapa²⁹

Resumo: Este trabalho faz um estudo analítico da violação dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres encarceradas em Joinville, destacando quais as suas maiores necessidades. Para realização deste trabalho, foram realizadas pesquisas através de referências bibliográficas a respeito do assunto em livros e internet. Nessa dimensão conceitual, a metodologia utilizada fundamenta-se no enfoque sistêmico aliado a técnicas de análise qualitativas, através do diálogo com as reclusas e observações realizadas *in loco*. Conhecendo o atual sistema carcerário de Joinville, verifica-se que as principais dificuldades para que a garantia constitucional passe a ser respeitada envolvem as dificuldades enfrentadas pelas reclusas com celas insalubres e escassez dos produtos de higiene pessoal. Ao final, percebe-se que este tema é de suma importância, uma vez que tudo indica que as prisões são inadequadas para as mulheres e suas necessidades diferentes das que os homens possuem, e a essencialidade de implantação de políticas públicas voltadas às mulheres encarceradas em Joinville.

Palavras-chave: *Direitos Humanos e Fundamentais. Mulheres Encarceradas. Direitos Sexuais e Reprodutivos.*

1 Introdução

O presente trabalho propõe-se demonstrar os principais desafios enfrentados pelas mulheres encarceradas em Joinville, particularmente em relação aos seus direitos sexuais e reprodutivos. Ao analisar as mulheres encarceradas é possível reconhecer que elas possuem necessidades específicas que na maioria das vezes não são efetivados.

O estudo deste trabalho é direcionado a verificar se a garantia dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher encarcerada que está previsto na legislação de âmbito nacional e internacional, vem sendo cumpridos, onde o ambiente ideal deveria compreender os requisitos legais para aguardar até a sentença e ser transferida para uma penitenciária feminina, de uma forma humana e com o mínimo de condições digna para se viver.

Conhecendo o atual sistema carcerário brasileiro, verifica-se quais são as necessidades para que a garantia constitucional passe a ser respeitada.

Compreende-se o objetivo geral desta pesquisa a finalidade demonstrar o que significa direitos humanos, conceituando a evolução das gerações, após discorrer sobre os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres encarceradas, as legislações pertinentes sobre o tema, destacar algumas políticas públicas em âmbito nacional, estadual e na cidade de Joinville, e por fim, mostrar a realidade das mulheres que estão encarceradas no Presídio Regional de Joinville, apontando as principais

²⁸ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

²⁹ Orientadora, Professora do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

violações dos seus direitos humanos (sexuais e reprodutivos).

Findando o conteúdo investigatório, nas considerações finais será apurado o que se concluiu da presente pesquisa.

2 Conceito e classificações dos direitos humanos

Direito humano é a constante busca pelo alcance da efetivação dos direitos básicos e inerentes a todas as pessoas, sem haver distinção alguma.

Assim sendo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos traz um conceito específico da temática:

Os direitos humanos são comumente compreendidos como aqueles direitos inerentes ao ser humano. O conceito de Direitos Humanos reconhece que cada ser humano pode desfrutar de seus direitos humanos sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outro tipo, origem social ou nacional ou condição de nascimento ou riqueza.³⁰

Em outras palavras Dallari afirma que os direitos humanos representam “uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida.”³¹ (DALLARI, 1998).

Direitos humanos são todos os direitos necessários para assegurar uma vida digna ao ser humano baseada na liberdade, igualdade e na dignidade, ou seja, “um conjunto mínimo de direitos necessário para assegurar uma vida ao ser humano baseada na liberdade e na dignidade”. Evidente que o maior fundamento dos direitos humanos, atualmente, é a titulada “dignidade humana”.

Para Comparato, os Direitos Humanos são inerentes ao próprio ser humano, sem estar conectado com qualquer particularidade de pessoas ou grupo. Não se pode falar em Direitos humanos sem abordar a dignidade e não se pode falar em dignidade sem abordar os Direitos Humanos³² (COMPARATO, 2003).

Na visão da autora Pâmela Ghisleni, todos os direitos devem ter a finalidade de garantir a dignidade da pessoa humana para a humanidade, assegurando assim, uma vida digna a todos:

[...] a dignidade da pessoa humana dá sustentação aos direitos humanos fundamentais, sendo a pessoa humana sujeito de direitos. Estes direitos apresentam uma espécie de hierarquia, na medida em que alguns são mais existenciais que outros. Ao passo em que a humanidade vai tendo

³⁰ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *O que são Direitos Humanos?* Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/definicao/>>.

³¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. p. 7.

³² COMPARATO, Fábio konder. *A afirmação dos Direitos Humanos*. p. 57

consciência acerca da dignidade da pessoa humana, vão surgindo novos direitos, todos com a ideia precípua de assegurar uma vida digna a todos.³³

Portanto, é possível verificar que a importância no âmbito nacional e internacional dos direitos humanos, assim passou por uma longa evolução, surgindo com a necessidade de manter a paz, a segurança e a proteção dos direitos de todos, dessa forma foram criadas leis internacionais com o intuito de padronizar estes direitos, e estabelecer limites de competência aos Estados, para não sobrepujarem e sim promoverem os direitos humanos para as pessoas sem nenhuma distinção entre elas.

As classificações dos direitos humanos são relevantes, uma vez que esses direitos passaram por transições, dessa forma a doutrina classifica essas evoluções em gerações de direitos, conhecido também pela expressão “dimensões de direitos fundamentais”, entende-se que surgiram em um dado espaço de tempo conforme a necessidade de determinada época e continuam a sua evolução, essa divisão foi feita pelo Karel Vasak³⁴, em uma palestra que ministrou com o lema da Revolução Francesa, foram divididas em três gerações, a primeira geração diz respeito à liberdade, a segunda geração compreende na igualdade e a terceira geração abrange a fraternidade.

No dizer de Marcelo Galante, o marco histórico da primeira geração “[...] foi a edição da Magna Carta de 1215, imposta pelos barões ingleses ao rei João Sem-Terra, ou mesmo antes, com a instituição do Júri de 1166 (ex.: direito à vida, à liberdade, à intimidade).” (GALANTE, 2005, p. 48).

Conforme Silveira e Rocasolano, compreendem os direitos de primeira geração em direitos exclusivamente individuais, civis e políticos, onde delimita a esfera da liberdade do indivíduo em relação ao poder estatal (SILVEIRA e ROCASOLANO, 2003).

Consoante Galante, os Direitos de “Segunda Geração surgiram no início do século XX, compreendem os direitos sociais, econômicos e culturais, como a proteção ao trabalho e o amparo à velhice (GALANTE, 2005, p. 48). São direitos coletivos com caráter positivo, onde os direitos humanos fundamentais continuam com o sujeito, mas agora na coletividade e não da específica individualidade como na primeira geração.

Ainda na visão de Galante “assim, não basta a previsão de defesa do indivíduo contra o Estado; este também tem obrigação de exercer sua atividade estatal em busca da dignidade da pessoa humana e do bem comum, pois para isso foi idealizado” (GALANTE, 2005, p. 48).

Em conformidade com Lafer, são conhecidos como direitos sociais, culturais e econômicos (LENZA, 2009), assim como o direito ao trabalho, à saúde, à educação, onde o

³³GHISLENI, Pâmela Copetti. *O Sistema Penitenciário Brasileiro E O Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana*. Disponível em: <file:///C:/Users/Andriele/Downloads/2540-17974-1-PB.pdf>. Acesso em 20 de outubro de 2016.

³⁴BARROS, Sérgio Resende de. *Noções sobre Gerações de Direitos*. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/pt/nocoos-sobre-geracoes-de-direitos.cont>. Acesso em 4 set. 2016.

Estado é o sujeito passivo, correspondendo aos direitos de igualdade, ou seja, “direito de participar do bem-estar social” (LAFER, 1991).

Os direitos fundamentais de terceira geração são marcados pela alteração da sociedade, por profundas mudanças na comunidade internacional, as relações econômico-sociais se alteram profundamente. Com o surgimento de novas preocupações mundiais, foi necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores, caracteriza Pedro Lenza (2009).

A terceira geração do ponto de vista de Ingo Wolfgang:

[...] trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. [...] Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Cuida-se na verdade do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 50-51).

Galante (2005, p. 48) utiliza-se da seguinte argumentação em relação aos direitos de terceira geração, “são direitos que transcendem a figura do indivíduo, pensando no futuro da sociedade como um todo, como o direito à paz e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, inclusive para as futuras gerações”

Nesse sentido, conclui-se que é imprescindível compreender as dimensões dos direitos, que cada geração é fruto de uma conquista de direitos da humanidade de determinada época distintas.

Assim, seguidamente ao esclarecido de conceito dos direitos humanos e suas dimensões, será objeto de discussão do tópico seguinte o estudo agora direcionado aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no cárcere, e após dando enfoque as legislações e políticas públicas sobre a temática.

3 Os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres presas

3.1 Conceito

O direito sexual e reprodutivo é um direito fundamental da pessoa humana, devem ser respeitados assim como todos os outros direitos fundamentais da pessoa humana, assim como o direito à vida, à igualdade, à liberdade e à segurança, entre outros, estão vinculados aos movimentos sociais, especialmente ao movimento de mulheres, e ao movimento

homossexual, pois tinham como objetivo a articulação crítica às políticas e ao gerenciamento da sexualidade.³⁵

Dentro dessa ótica o Ministério da Saúde implementou uma lista os principais direitos sexuais e reprodutivos da pessoa humana, que são eles:

Direitos reprodutivos: Direito das pessoas de decidirem, de forma livre e responsável, se querem ou não ter filhos, quantos filhos desejam ter e em que momento de suas vidas; Direito a informações, meios, métodos e técnicas para ter ou não ter filhos; Direito de exercer a sexualidade e a reprodução livre de discriminação, imposição e violência. Já os direitos sexuais: Direito de viver e expressar livremente a sexualidade sem violência, discriminações e imposições e com respeito pleno pelo corpo do(a) parceiro(a); Direito de escolher o(a) parceiro(a) sexual; Direito de viver plenamente a sexualidade sem medo, vergonha, culpa e falsas crenças; Direito de viver a sexualidade independentemente de estado civil, idade ou condição física; Direito de escolher se quer ou não quer ter relação sexual; Direito de expressar livremente sua orientação sexual: heterossexualidade, homossexualidade, bissexualidade, entre outras; Direito de ter relação sexual independente da reprodução; Direito ao sexo seguro para prevenção da gravidez indesejada e de DST/HIV/AIDS; Direito a serviços de saúde que garantam privacidade, sigilo e atendimento de qualidade e sem discriminação; Direito à informação e à educação sexual e reprodutiva.³⁶

Portanto é fácil notar a diferença de gênero no exercício da sexualidade nas prisões em relação às mulheres com homens, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres são restritos, pois a serem presas muitas vezes são abandonadas pelo seu(sua) companheiro(a), a dificuldade em relação a visita íntima, à reprodução dentro do estabelecimento é muitas vezes impedida, outro problema é com a criação dos filhos, estes e diversos outros problemas evidenciam a exorbitante desigualdade de gêneros dentro das unidades prisionais.

3.2 Legislação

Devido à evolução dos direitos humanos no decorrer dos anos, verifica-se que inúmeros tratados e convenções internacionais foram criados para atingir o objetivo da não violação aos direitos individuais e coletivos da pessoa humana, dentre elas podemos citar a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos³⁷, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos

³⁵ DELLOVA, Renato Souza. *Direito sexual e reprodutivo: breves considerações críticas sobre a distância do reconhecimento do multiculturalismo*. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12869> Acesso em 22 out. 2016.

³⁶ DIREITOS SEXUAIS, *Direitos Reprodutivos e métodos anticoncepcionais*. Ministério da Saúde. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direitos_sexuais_reprodutivos_metodos_anticoncepcionais.pdf> Acesso em 22 out. 2016.

³⁷ BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Publicado no Diário Oficial da União, de 07 de julho de 1992.

(o Pacto de São José da Costa Rica)³⁸ e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos, visam à proteção universal dos direitos humanos em âmbito internacional, já no âmbito nacional, temos a nossa Constituição Federal e as leis específicas.

Esse conjunto de direitos que constituem os direitos humanos, não poderiam ser violados em nenhuma ocasião, entretanto a realidade é que no momento em que o indivíduo é preso, ele é privado não só do seu direito de liberdade, mas na maioria das vezes tem outros direitos fundamentais violados, dentre eles o mais recorrente, o da dignidade da pessoa humana, onde diariamente são afetados (GRECO,2014).

Assim como a legislação internacional, a nacional também pretende atingir o escopo da igualdade entre os sexos e a não discriminação das mulheres, dessa forma, no decorrer dos anos foram criados convenções, tratados internacionais e leis para garantirem os direitos humanos da mulher, dentre eles os sexuais e reprodutivos.

Dessa forma, vale ressaltar as Regras De Mandela Regras Mínimas Das Nações Unidas Para O Tratamento De Presos³⁹ (ONU) de 1955, tem como alvo a aplicação dos direitos humanos a pessoa humana enquanto estiver presa, para que nesse período seja efetivado seu direito a dignidade, ao acesso à saúde e ao seu direito de defesa.

Posteriormente, foi realizada a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento⁴⁰, Plataforma de Cairo em 1994 no, foi a partir desta conferencia que os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres encarceradas passaram a ser considerados como direitos humanos, através do seu Princípio 8:

Toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental. Os estados devem tomar todas as devidas providências para assegurar, na base da igualdade de homens e mulheres, o acesso universal aos serviços de assistência médica, inclusive os relacionados com saúde reprodutiva, que inclui planejamento familiar e saúde sexual. Programas de assistência à saúde reprodutiva devem prestar a mais ampla variedade de serviços sem qualquer forma de coerção. Todo casal e indivíduo têm o direito básico de decidir livre e responsavelmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos e ter informação, educação e meios de o fazer.

O documento ainda traz que:

esses direitos se baseiam no reconhecido direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e

³⁸BRASIL. Decreto nº678, de 06 de novembro de 1992. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Publicado no Diário Oficial da União, de 06 de novembro de 1992.

³⁹ BRASIL, República Federativa Do. *Regras De Mandela Regras Mínimas Das Nações Unidas Para O Tratamento De Presos*. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>.

Acesso em 20 de out. de 2016.

⁴⁰ PATRIOTA, Tania. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo*. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>> Acesso em 20 de out. de 2016.

de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.

No que tange aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres encarceradas, As Regras Das Nações Unidas Para O Tratamento De Mulheres Presas E Medidas Não Privativas De Liberdade Para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok)⁴¹ traz regras voltadas à disciplina das ações referentes às mulheres presas, bem como acautelar o tratamento em questão de gênero. Por conseguinte as Regras de Bangkok asseguram diversas medidas alternativas para resolver problemas de imediato, como na sua Regra 64, aborda que as reclusas grávidas terão o direito de penas não privativas de liberdade, pois o objetivo essencial dessa regra é o direito da criança em ter todas as suas necessidades supridas de maneira digna adaptando a realidade da mãe com as necessidades da criança, e não inserindo a criança em um local extremamente insalubre como o presídio: “penas não privativas de liberdade serão preferíveis às mulheres grávidas e com filhos dependentes”. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴² traz em seu artigo 1º, III, seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, sem discriminação a qualquer indivíduo. No que concerne o seu artigo 5º do mesmo dispositivo, estão os direitos que são considerados indispensáveis a todas as pessoas sem distinção e discriminação; o inciso XLVIII resguarda que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; já o inciso XLIX diz que será assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Dessarte, o entendimento de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior em relação a nossa Constituição é que “O art. 1º da nossa Constituição Federal afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, que a soberania da Constituição e a prevalência da lei.” (ARAÚJO, 2012, p. 131). Nesse sentido, de acordo com o art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil⁴³ a dignidade da pessoa humana é considerada um dos princípios fundamentais do Estado.

CRFB/88⁴⁴ traz logo no seu preâmbulo que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia

⁴¹BRASIL. Decreto nº592, de 06 de julho de 1992. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Publicado no Diário Oficial da União, de 07 de julho de 1992.

BRASIL. *Regras De Bangkok. Regras Das Nações Unidas Para O Tratamento De Mulheres Presas E Medidas Não Privativas De Liberdade Para Mulheres Infratoras*. Brasília 2016.

⁴²BRASIL, República Federativa. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 15. ed. In: Vademecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴³BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

⁴⁴BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte.

Na Lei de Execução Penal, que disciplina o cumprimento das penas, traz nos artigos 14, §3º; 19 parágrafo único; 76, §2º; 82, §1º; 82, §2º; 89, e por fim, artigo 117, os direitos das mulheres enquanto permanecerem encarceradas.

A Resolução nº 04, 29/06/2011, do CNPCP, legisla a visita íntima das mulheres e homens presos, independentemente de suas orientações sexuais, mas o problema é o efetivo cumprimento dos estabelecimentos prisionais não é cumprido, visto que as mulheres sobrem com barreiras impostas com relação as visitas íntimas pela possibilidade de ficarem grávidas.

74

3.3 Políticas públicas

Para atingir o objetivo pretendido de efetividade dos direitos humanos sexuais e reprodutivos das mulheres encarceradas, o Ministério da Saúde criou um Documento Basilar para a Elaboração da Portaria Interministerial MJ/SPM nº 210/2014, cujo nome é Política Nacional De Atenção As Mulheres Em Situação De Privação De Liberdade E Egressas Do Sistema Prisional⁴⁵, com o intuito de promover reformulações de práticas na alçada da justiça criminal e execução penal feminina, contribuindo, efetivamente, para a garantia dos direitos, por meio da implantação e implementação de ações intersetoriais que atendam as especificidades de gênero.

Podendo destacar também, o projeto/programa Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher Princípios e Diretrizes⁴⁶ do Ministério da Saúde, criado com a finalidade de promover a melhoria das condições de qualidade de vida das mulheres enquanto estiverem encarceradas, mediante a garantia de direitos legalmente constituídos e ampliação do acesso aos meios e serviços de promoção, prevenção, assistência e recuperação da saúde em todo território brasileiro.

No Estado de Santa Catarina o Plano Estadual De Educação Em Prisões⁴⁷, conhecido como PEEP, tem o propósito de implantação dos direitos e objetivos de aprendizagem e desenvolvimento que configurarão a base nacional comum curricular do ensino fundamental, porém ele não tem como enfoque as mulheres encarceradas. Nesse mesmo sentido, o Plano Diretor Do

⁴⁵ BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. *Política Nacional De Atenção As Mulheres Em Situação De Privação De Liberdade E Egressas Do Sistema Prisional*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1/anexos-projeto-mulheres/doc-basilar-politica-nacional-versao-final.pdf>> Acesso em 22 out. 2016.

⁴⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. *Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher: princípios e diretrizes*. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nac_atencao_mulher.pdf>. Acesso em 20 de outubro de 2016.

⁴⁷ SANTA CATARINA. *Plano Estadual De Educação Em Prisões*. Disponível em: <http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/educacao-no-sistema-prisional/planos-estaduais-de-educacao-nas-prisoos/peep_sc-cd-mec.pdf> Acesso em 23 de outubro de 2016.

Sistema Penitenciário Do Estado De Santa Catarina⁴⁸, tem tópico especial voltado à mulher presa e a egressa, na sua (META 22) quando discorre sobre projetos relacionados à melhoria da condição da mulher encarcerada, melhoria na infraestrutura dos berçários e das celas, a expansão de projetos de qualificação profissional e ensino fundamental e médio, bem como, o despertar cultural e artístico, dentre outras metas direcionadas a este grupo em específico.

Já na cidade de Joinville atualmente não existem políticas públicas direcionadas exclusivamente às mulheres presas, o descaso estatal é social, o encarceramento é seletivo e assimetria de gênero. Convém ressaltar, que em entrevista realizada com candidatos à prefeitura de Joinville em 15 de setembro de 2016, evento este organizado pelo Fórum de Mulheres de Joinville, Conselho Municipal dos Direitos da Mulher e outros coletivos e movimentos sociais, os candidatos falaram sobre as propostas de implementação de políticas públicas voltadas às mulheres, no entanto assinaram um compromisso baseado em três propostas: a criação de uma secretaria municipal para as mulheres, com dotação orçamentária própria; a reivindicação ao Governo do Estado de uma delegacia única para atender as ocorrências contra a mulher; e uma vara especializada para atendimento judicial exclusivo para a mulher. Se de fato for implementada esta vara especializada no atendimento exclusivo a mulher, a finalidade dos princípios constitucionais norteadores da pena serão efetivados. Seguidamente será exposto à situação das mulheres encarceradas no presídio Regional de Joinville.

4 A situação das mulheres encarceradas no presídio de Joinville

Com base em visita realizada no Presídio Regional de Joinville junto ao Conselho Carcerário, nota-se que a situação das mulheres ali reclusas é lastimável, pois sofrem com a discriminação, desigualdade de gênero, suas necessidades especiais na maioria das vezes não são supridas, violando assim seus direitos humanos, como a falta de produtos de higiene pessoal, poucas roupas, muitas delas reclamaram durante a conversa que possuem apenas uma toalha de banho para se secarem, o atendimento de saúde ainda é precário, mesmo com a instalação de um atendimento no ambulatório no próprio presídio, ainda existe a revista vexatória em Joinville, os limites institucionais impostos para a visita íntima, que interfere assim na sua saúde sexual e reprodutiva, mas notório saber que a mulher ao ser presa ainda é tratada como homem pelo sistema prisional na maior parte do Brasil. De acordo com matéria do Jornal Primeira Pauta⁴⁹ atualmente encontram-se reclusas no Presídio

⁴⁸ SANTA CATARINA. *Plano Diretor Do Sistema Penitenciário Do Estado De Santa Catarina*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/plano-diretor/anexos-plano-diretor/pdsp_sc.pdf> Acesso em 23 de outubro de 2016.

⁴⁹ ROSA, Karolayne e TILLMANN, Graziela. *Jornal Primeira Pauta. Situação das mulheres encarceradas ainda é precária no Presídio Regional de Joinville*. Disponível em: <<http://primeirapauta.jor.br/2016/06/06/situacao-das-mulheres-encarceradas-ainda-e-precaria-no-presidio-regional-de-joinville/>>, Acesso em 23 out. 2016.

Regional de Joinville cinquenta mulheres, número este que é variável, pois altera-se constantemente.

Na visão da Dra. Cynthia Pinto da Luz, advogada e presidenta do Conselho Carcerário de Joinville, em entrevista realizada pelo Jornal Primeira Paula os problemas e as necessidades específicas das mulheres não têm a atenção necessária: “Não é feito exame preventivo e não é oferecida nenhuma opção de saúde que possa, de fato, tratar a mulher. É aquele atendimento emergencial, que nem sempre funciona”.

Ainda na mesma entrevista realizada pelo Jornal Primeira Paula, Marcelo Ribas, o Diretor do Presídio Regional de Joinville⁵⁰ afirma que as mulheres recebem o atendimento do pré-natal no ambulatório do presídio, e são encaminhadas a maternidade para darem à luz, confirma que as mulheres têm direito de ficarem com o filho dentro do presídio até o final do período de amamentação, até os oito meses.

Portanto, no VI Seminário de Gestão Prisional, Segurança Pública e Cidadania, o Dr. João Marcos Buch conta que o presídio de Joinville já passou por uma enorme evolução, quando se refere ao assunto, situação das mulheres encarceradas, relatou que ele trabalha para reduzir o encarceramento e o melhoramento da situação daqueles que estão encarcerados, para ele não existe berçário dentro do presídio, porque não se faz necessário, uma vez que ele é favor da mulher cumprir pena no seu domicílio junto com a criança, para o melhor exercício da maternidade e a melhor integração da criança na sociedade, conforme o artigo 318 do Código de Processo Penal, inciso V⁵¹, que a mulher com filho menor de 12 anos deve cumprir a pena em domicílio. Outra revolução significativa foi o fim do parto com o uso de algemas, por se tratar de algo completamente desumano, porém ainda o estabelecimento não segue as diretrizes nacionais nem internacionais, que ainda hoje na ala feminina é insalubre, e as mulheres ainda são tratadas como homem no cárcere.

É necessário que as mulheres encarceradas sejam submetidas a exames necessários como o Papanicolau, preventivo, mamografia quando estas possuem mais de 30 anos de idade, tratamento de doenças como DST e Aids, durante a visita informaram que eram realizados os exames necessários, porém uma delas me comunicou que descobriu ser portadora de AIDS e está esperando para ser atendida e começar o tratamento com medicações, eu quis ouvir delas também quais eram suas maiores necessidades, as meninas informaram que já foi pior, e que agora “está bom”, mas todos com plena consciência sabem que ainda não está bom, precisa de muitas mudanças e melhorias para alcançar o modelo previsto como digno a mulher.

Em Joinville está previsto a construção de um Presídio Feminino, com 286 vagas apenas para mulheres, que conforme o secretário de

⁵⁰ ROSA, Karolayne e TILLMANN, Graziela. Jornal Primeira Pauta. *Situação das mulheres encarceradas ainda é precária no Presídio Regional de Joinville*. Disponível em: <<http://primeirapauta.jor.br/2016/06/06/situacao-das-mulheres-encarceradas-ainda-e-precaria-no-presidio-regional-de-joinville/>>. Acesso em 23 out. 2016.

⁵¹ BRASIL. Código (1941) *Código de Processo Penal*.

Estado de Justiça e Cidadania, Sady Becker Júnior, “o complexo contará com espaço para creche, berçário, sala de aula, unidade de saúde e uma ala para tratamento de dependência química.”⁵² Diante da legislação se faz necessário um estabelecimento que tenha condições próprias para a mulher.

Durante a visita ao Conselho Carcerário realizou um relatório que deu origem a uma nota de repúdio da OAB/SC em relação ao caso mulheres do Presídio Regional de Joinville, para tomarem as possíveis medidas a serem implementadas pela OAB Joinville frente a essa situação. À nota de repúdio, por conseguinte relata que:

Durante a inspeção, a comitiva ouviu as detentas e constatou que naquele espaço há problemas graves de falta de ventilação e com o fornecimento de água, energia elétrica e principalmente com a coleta de esgoto. As informações foram confirmadas pelos agentes prisionais que acompanharam a comitiva. Além disso, verificou-se que estão no Presídio Regional de Joinville presas já condenadas, que deveriam estar cumprindo pena em uma Penitenciária ou estabelecimento similar.⁵³

77

Confesso, o que mais me comoveu durante a visita, foi quando pediram pelo menos para que na próxima visita eu levasse para emprestar para elas uma pinça e um cortador de unha, fica difícil a compreensão nesse caso, quando elas não têm o mínimo, isso para uma mulher é horrível, porque toda mulher merece sim, o respeito da sua autoestima e vaidade mesmo estando presa não podem perder sua essência de mulher.

Diante do que foi dito, é indispensável uma atenção as mulheres que estão encarceradas, para que seus direitos sexuais e reprodutivos sejam efetivados conforme dispostos em lei.

5 Considerações Finais

Dessa forma é notório as violações dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres encarceradas em Joinville, onde a diferença de gênero não é respeitada e o local onde se encontram é totalmente precário porque recentemente foram transferidas para outra ala, que apesar de reformada, mas ainda se encontra em condições insalubre.

A busca para a efetivação da igualdade entre homens e mulheres já ocorre há alguns anos com os pactos, tratados e legislações que visam à execução integral dos direitos humanos sem distinções e discriminações.

Trata-se de uma pesquisa do tipo bibliográfica, onde foi analisados livros, artigos publicados na internet, bem como utilizar-se o diálogo com as reclusas.

⁵²ALVES, Schirlei. *Joinville terá nova cadeia feminina com 286 vagas*. Disponível em: <<http://anoticia.clicrbs.com.br/sc/geral/noticia/2014/09/joinville-tera-nova-cadeia-feminina-com-286-vagas-4599193.html>>. Acesso em 23 out. 2016..

⁵³OAB Joinville. *Nota Pública da OAB Joinville sobre as condições das detentas da ala feminina do Presídio Regional*. Disponível em: <<http://www.oabjoinville.org.br/noticias/1427/nota-publica-da-oab-joinville-sobre-as-condicoes-das-detentas-da-ala-feminina-do-presidio-regional/>> Acesso em 23 out. 2016.

Este tema possui alta relevância, porque as prisões são inadequadas para as mulheres e suas necessidades são totalmente diferentes das dos homens, e se faz necessário essa atenção diferenciada as mulheres, para que as políticas públicas sejam mais ativas na questão da humanização aos direitos sexuais e reprodutivos das reclusas são fundamentais para a consolidação dos direitos humanos, assim como prevê a Constituição Federal e as demais legislações que resguardam esses direitos fundamentais.

Referências

ALVES. Schirlei. *Joinville terá nova cadeia feminina com 286 vagas*. Disponível em: <<http://anoticia.clicrbs.com.br/sc/geral/noticia/2014/09/joinville-tera-nova-cadeia-feminina-com-286-vagas-4599193.html>>. Acesso em 23 out. 2016.

ARAUJO, Luiz Alberto David E Nunes Júnior, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo. Editora Verbatim, 2012. p. 131.

BARROS, Sérgio Resende de. *Noções sobre Gerações de Direitos*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/noco-es-sobre-geracoes-de-direitos.cont>>. Acesso em 4 set. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

_____. Código (1941) *Código de Processo Penal*.

_____. Decreto nº678, de 06 de novembro de 1992. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Publicado no Diário Oficial da União, de 06 de novembro de 1992.

_____. Decreto nº592, de 06 de julho de 1992. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Publicado no Diário Oficial da União, de 07 de julho de 1992.

_____. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. *Política Nacional De Atenção As Mulheres Em Situação De Privação De Liberdade E Egressas Do Sistema Prisional*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1/anexos-projeto-mulheres/doc-basilar-politica-nacional-versao-final.pdf>> Acesso em 23 out. 2016.

_____. Ministério da Saúde. *Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher: princípios e diretrizes*. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nac_atencao_mulher.pdf>. Acesso em 20 out. 2016.

_____. República Federativa Do. *Regras De Mandela Regras Mínimas Das Nações Unidas Para O Tratamento De Presos*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em 23 out. 2016.

_____. *Regras De Bangkok*. Regras Das Nações Unidas Para O Tratamento De Mulheres Presas E Medidas Não Privativas De Liberdade Para Mulheres Infratoras. Brasília 2016.
COMPARATO, Fábio konder. *A afirmação dos Direitos Humanos*. 3ª edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 1998, p. 07.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. *O que são Direitos Humanos?*. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/definicao/>>. Acesso em 18 de outubro de 2016.

DELLOVA, Renato Souza. *Direito sexual e reprodutivo: breves considerações críticas sobre a distância do reconhecimento do multiculturalismo*. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12869> Acesso em 20 de outubro de 2016.

DIREITOS SEXUAIS, *Direitos Reprodutivos e métodos anticoncepcionais*. Ministério da Saúde. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direitos_sexuais_reprodutivos_metodos_anti_concepcionais.pdf> Acesso em 23 out. 2016.

GALANTE, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Barros, Fischer & Associados, 2005. p.48.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal*. 7. ed. Niteói- Rio de Janeiro. Editora Impetus. 2014.p. 72.

GHISLENI, Pâmela Copetti. *O Sistema Penitenciário Brasileiro E O Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana*. Disponível em: <<file:///C:/Users/Andriele/Downloads/2540-17974-1-PB.pdf>>. Acesso em 20 out. 2016.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 127.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. Editora Saraiva. 2009.p.670.

OAB Joinville. *Nota Pública da OAB Joinville sobre as condições das detentas da ala feminina do Presídio Regional*. Disponível em: <<http://www.oabjoinville.org.br/noticias/1427/nota-publica-da-oab-joinville-sobre-as-condicoes-das-detentas-da-ala-feminina-do-presidio-regional/>> Acesso em 23 out. 2016.

PATRIOTA, Tania. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo*. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>> Acesso em 20 out. 2016.

ROSA, Karolayne e TILLMANN, Graziela. *Jornal Primeira Pauta. Situação das mulheres encarceradas ainda é precária no Presídio Regional de Joinville*. Disponível em: <<http://primeirapauta.jor.br/2016/06/06/situacao-das-mulheres-encarceradas-ainda-e-precaria-no-presidio-regional-de-joinville/>>. Acesso em 23 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. pgs. 50 e 51.

SANTA CATARINA. *Plano Estadual De Educação Em Prisões*. Disponível em: <http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/educacao-no-sistema-prisional/planos-estaduais-de-educacao-nas-prisoas/peep_sc-cd-mec.pdf>. Acesso em 23 out. 2016.

_____. *Plano Diretor Do Sistema Penitenciário Do Estado De Santa Catarina*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/plano-diretor/anexos-plano-diretor/pdsp_sc.pdf>. Acesso em 23 out. 2016.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da, E ROCASOLANO, Maria Mendes. *Direitos Humanos: Conceitos, Significados e Funções*. 1 ed. São Paulo. Editora Saraiva 2010.p. 142, 214, 233.

Índice de sustentabilidade empresarial – ISE BM&fbovespaCamila de Freitas Vieira⁵⁴Jani Floriano⁵⁵Slan Santos⁵⁶Beatriz Regina Branco⁵⁷

Resumo: O presente artigo tem por objeto de estudo o Índice de Sustentabilidade Empresarial – ISE, da BM&FBovespa, criado para demonstrar o desempenho de uma carteira formada por empresas que adotam os princípios de gestão sustentável. A origem da discussão sobre a sustentabilidade surge com o Pacto Global, em 1999, sob a perspectiva das mudanças decorrentes do processo de globalização. O ISE, torna-se uma ferramenta de estímulo para desenvolver a responsabilidade ética das corporações e servir como ponto de referência para os investidores avaliarem a confiança e o potencial de perenidade das empresas. Diante disso, o objetivo é discutir a origem do ISE, destacando a base que levou a criação do índice, a sua metodologia e a relevância para as empresas e sociedade. A relevância do estudo está em trazer para o direito econômico e empresarial a discussão das práticas de negócios baseados nos princípios norteadores do Pacto Global. A metodologia utilizada foi a bibliográfica, com análise e interpretação de publicações que tratam do assunto. Como resultados, observou-se que o ISE não serve apenas para formar uma carteira de investimentos responsável, mas é também um meio de estimular a disseminação de práticas sustentáveis.

81

Palavras Chaves: *Sustentabilidade. Pacto Globa., ISE.*

1 Introdução

A construção de soluções sustentáveis é um trabalho contínuo e um dos desafios mais urgentes do mundo atual. Empresas inovadoras estão cada vez mais preocupadas com a sociedade e o meio-ambiente, portanto, estão desempenhando um papel importante em busca da construção de uma sociedade futura prospera, desenvolvida e saudável, sendo este um dos objetivos principais do Índice de Sustentabilidade Empresarial – ISE que a BM&FBovespa implantou no mercado de capitais.

O ISE é uma ferramenta de estímulo para desenvolver a responsabilidade ética das corporações e servem como ponto de referência, para que os investidores avaliem a confiança e o potencial de durabilidade das empresas, segundo BM&FBovespa (2016). É a busca por reduzir o impacto no meio-ambiente criando valores duradouros aos acionistas, pois quando se integram ao ISE, são sujeitos à transparência, ética nos negócios e justiça social, tudo isso visando valores não somente sociais, mas em muitos casos, principalmente, no lucro que essa iniciativa poderá trazer para o empreendimento, bem como sua imagem perante o mercado.

⁵⁴ Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

⁵⁵ Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

⁵⁶ Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

⁵⁷ Orientadora, professora do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille

A origem da discussão surge com o Pacto Global, quando, em janeiro de 1999, o então Secretário-Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, argumentou que a globalização se encontrava seriamente ameaçada. Dessa forma, propunha-se um pacto a nível mundial, com o objetivo de mobilizar a comunidade empresarial internacional para a adoção de valores fundamentais e internacionalmente aceitos nas áreas de direitos humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção.

No Brasil, conforme explica Marcondes (2010), desde 2005 tem-se na BM&FBOVESPA o ISE, o quarto índice de ações no mundo criado com o objetivo de mostrar o desempenho de mercado de uma carteira formada por empresas que adotam os princípios de gestão sustentável. Diante do exposto, esse artigo tem o objetivo de apresentar a origem e discutir o impacto, tanto para o investidor como para as empresas, da implementação do ISE pela BM&FBOVESPA.

Diante do exposto, no artigo propõem-se a discussão da origem do Índice de Sustentabilidade Empresarial – ISE, destacando a base que levou a criação do índice, o Pacto Global e os 10 princípios universais. Finaliza com apresentação da metodologia e o impacto para as empresas e sociedade.

2 Origem e histórico do índice de sustentabilidade empresarial – ISE

O Índice de Sustentabilidade Empresarial – ISE foi implantado no Brasil em dezembro de 2005 e é um projeto da BM&FBOVESPA. Entretanto, a necessidade de se pensar em sustentabilidade não é recente e surge quando a sociedade se vê diante do crescimento das economias, mas sem a preocupação com a contrapartida que esse crescimento econômico pode trazer como consequências. No Brasil, essa inovação no mercado de capitais foi implantada devida muitos investidores começarem a demonstrar interesse em investir nas empresas que tivessem boas práticas de sustentabilidade, contudo, não tinham uma referência que embasasse sua escolha, no que buscavam realmente investir.

Essa visão de sustentabilidade pelos acionistas vem de todo um processo de seleção, partindo da premissa onde particularmente, um número considerável de instituições e pessoas faziam suas opções de investimento, selecionando por critérios religiosos, culturais ou morais. Essas propensões deram partida para muitos movimentos sociais, quando a sociedade começou a cobrar transparência por parte das empresas em questões de responsabilidade social. Esses investimentos éticos chamaram atenção de outros grupos sociais, gerando movimentos que buscavam a proteção do meio ambiente, movimentos quem demonstravam que cada vez mais as ações humanas estavam impactando no meio ambiente.

A partir desse contexto e preocupados com o futuro do Planeta, a ONU, em 1972, convoca a primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente, onde se discutiu o desenvolvimento da sociedade e o ambiente, dando origem a outros projetos que visavam

proteger os homens de suas próprias ações (SOUZA, 1993). Em 1980, a ONU cria a Comissão sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que tinha como objetivo criar um relatório sobre a questão, relatório esse que ficou pronto anos depois, em 1987, posterior a grandes tragédias de impacto ambiental no mundo, como exemplo delas o acidente nuclear de Chernobyl. Assim, o relatório denominado “*Relatório Brundtland*”, foi uma iniciativa para o desenvolvimento sustentável, buscando viabilizar o desenvolvimento social e econômico reforçando a capacidade de produzirem-se os bens necessários para o presente, sem que isso prejudique as gerações futuras, como explica Marcondes (2010)

Porém, muito antes de entrar no mercado brasileiro, já havia três outros índices de ações que objetivavam mostrar no mercado de capitais uma carteira de empresas que adotavam uma gestão sustentável, pois investidores, de grupo exíguo, influenciados pelos acontecimentos, buscaram filtrar quem eram as empresas que estavam preocupados em promover essa sustentabilidade, fazendo com que o pioneiro dessa inovação no mercado de capitais fosse o mercado americano, em Nova Iorque. No ano de 1999, no mercado de capitais de Nova Iorque, foi criado o *Dow Jones Sustainability Indexes* (DJSI), um indicador de performance financeira das empresas consideradas líderes de sustentabilidade à nível global, uma vez que refletiam maior segurança aos acionistas. As empresas que constam nesse índice classificam-se capazes de criar valores para seus investidores, utilizando como critério avaliador para incorporar esse índice o “*best in class*”, que trata de incluir apenas os melhores de cada setor empresarial.

No Brasil, segundo Machado *et al.* (2012), desde 1999 as empresas Cemig e Itaú integravam esse índice do mercado norte-americano, utilizando como força de marketing a divulgação desse fato para captação de investidores. O segundo índice de ações foi o FTSE4Good, em Londres, em 2001, que modifica essa forma de avaliação do DJSI - *Dow Jones Sustainability Indices*, fazendo a análise financeira tradicional, considerando qualquer corporação que usa a gestão sustentável, apta a fazer parte deste grupo, não apenas selecionando as melhores dos diversos setores. E o terceiro, em 2003, o índice de ações JSE, em Joanesburgo, na África do Sul.

Daí por diante, alguns acionistas do mercado mundial, estendendo o número de interessados não somente no lucro, mas também no reflexo de seus investimentos, dão início a uma seleção de critérios que promoveriam, para fazer a melhor escolha, na hora de investir nas corporações. Essa necessidade de avaliação atinge o mercado financeiro brasileiro, forçando a implantação de uma carteira de empresas diferenciadas, que mesmo visando lucro, tinham como objetivo priorizar a sustentabilidade. Visto que algumas empresas brasileiras já vinham desenvolvendo ações e grupos de trabalho preocupados com as questões de investimentos socialmente responsáveis, cria-se então, em 2005, o quarto índice de sustentabilidade no mundo. A partir da criação do ISE possibilitou aos investidores de preocupação ética uma ferramenta com informações que acredita-se relevantemente

necessárias para avaliar as empresas, diferenciando-as das demais. Ainda, permite facilitar a averiguação para certificar que são sustentavelmente comprometidas com um desenvolvimento econômico e social na busca por menos impacto negativo ao meio ambiente e melhor desenvolvimento atual, sem reflexos danosos nas gerações futuras.

No ano de 2003, apesar de considerar que a BM&FBOVESPA tinha todo o potencial para desenvolver índices, percebeu-se que quando se tratava de sustentabilidade, seria preciso um suporte de pessoas especializadas no assunto para fazer uma divisão de tarefas, assim como fizeram as bolsas americana, inglesa e africana. Um dos fundadores do ISE, Raymundo Magliano costumava dizer que, como apresenta Marcondes (2010), o que era bom para as empresas era bom para a Bolsa, assim, juntamente com Luiz Maia, que era gestor do Banco ABN Amro Real. Para eles, “a visão era atender a um tipo emergente de investidor, preocupado com os valores socioambientais” (MARCONDES, 2010, p.18)

Designado a coordenar o projeto, segundo Marcondes (2010), Ricardo Nogueira abraçou a ideia e tomou as rédeas, formando um comitê de *stakeholders* que desenvolveria o Índice. A BM&FBOVESPA, apesar de apoiar o desenvolvimento e enxergá-lo como algo importante a ser aplicado, não o priorizava. No mesmo período, a bolsa brasileira estava no projeto Novo Mercado, onde buscava melhorias para poder competir com o mercado internacional, pois era cada vez maior o número de acionistas buscando investir no mercado externo. Estes movimentos foram impulsionados diante da urgência de transformações que a bolsa precisava para poder acompanhar o que estava acontecendo no mercado de capitais internacional. A Bovespa precisava atingir um padrão de qualidade que se enquadrasse com as concorrências para que pudesse suportar os desafios que vinham crescendo no mercado de capitais, então o ISE passou a ser visto como um degrau a mais para alcançar esse objetivo.

Uniram-se então nesse projeto algumas instituições que trouxeram mais força para a realização do ISE, dentre elas Mario Monzoni do Centro de Estudos e Sustentabilidade da Fundação Getúlio Vargas (GVces), Heloisa Bedicks, do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGE), além de representantes da Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, Associação dos Analistas e Profissionais de Investimento do Mercado de Capitais (Apimec), Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (Ibase), dentre outras, colaborando para a efetivação. (COSTA, 2007)

Para Marcondes (2010, p.14),

foi muito importante ter todas essas entidades colaborando com o projeto, sem uma liderança nítida de uma ou de outra. Houve a possibilidade de abrir bastante o espaço para o diálogo, tirar as dúvidas e democratizar o processo – e, quando nós democratizamos o processo, fica muito mais fácil para tomar uma decisão.

De início as discussões eram a respeito de quem poderia participar desse índice, a ideia principal considerava que, por exemplo, as empresas de produtos considerados nocivos à saúde, meio ambiente ou à sociedade, não estariam aptas a estarem listadas no rol. Entretanto, o Instituto Ethos juntamente com a GVces, como explica Costa (2007), tiveram a percepção de que não era de legitimidade do ISE questionar o direito das empresas que a própria sociedade permitia operar, visto que essas empresas pagavam seus impostos, e muitas vezes, estavam entre as mais avançadas nas práticas de desenvolvimento de responsabilização social, devendo ser permitidas, portanto, a participação de quaisquer empresas, seja qual for seu ramo, motivando-as a investir em ações compensatórias que reduziriam sua desvantagem.

No final do ano de 2003 já era possível ver a base do ISE estruturada. O Índice teria como um dos objetivos medir o retorno de uma carteira de empresas em operação no Brasil, em um rol das mais líquidas negociações da Bovespa, que voluntariamente iriam se submeter a uma avaliação que seria realizada a partir do preenchimento de um questionário como estrutura, inicialmente, quatro dimensões: (i) Econômico-Financeira, (ii) Governança Corporativa, (iii) Responsabilidade Social e (iv) Ambiental. Atualmente, esse questionário é mais abrangente e considera o desempenho da companhia em sete dimensões que avaliam, além das dimensões citadas, tem-se: (v) Transparência, (vi) Natureza do Produto e (vii) Mudanças Climáticas. (BM&FBOVESPA, 2015)

O ISE então tem como objeto inicial avaliar as empresas que fazem suas negociações na Bovespa, sem distinção setorial, mensurando seu desempenho em relação a sustentabilidade, que além de proporcionar aos investidores uma indicação de carteiras de ações, seria um indutor de sustentabilidade entre as empresas.

Há de se destacar que a BM&FBOVESPA foi a primeira bolsa de valores do mundo a se tornar signatária do Pacto Global da ONU, em 08 de abril de 2004, e a primeira bolsa de um país emergente a se comprometer com os Princípios para o Investimento Responsável – PRI, em 2010. É, ainda, desde 2012, signatária fundadora da Sustainable Stock Exchanges, iniciativa liderada por Pacto Global, UNCTAD, PRI e UNEP-FI, como explicam a BVSA (2016).

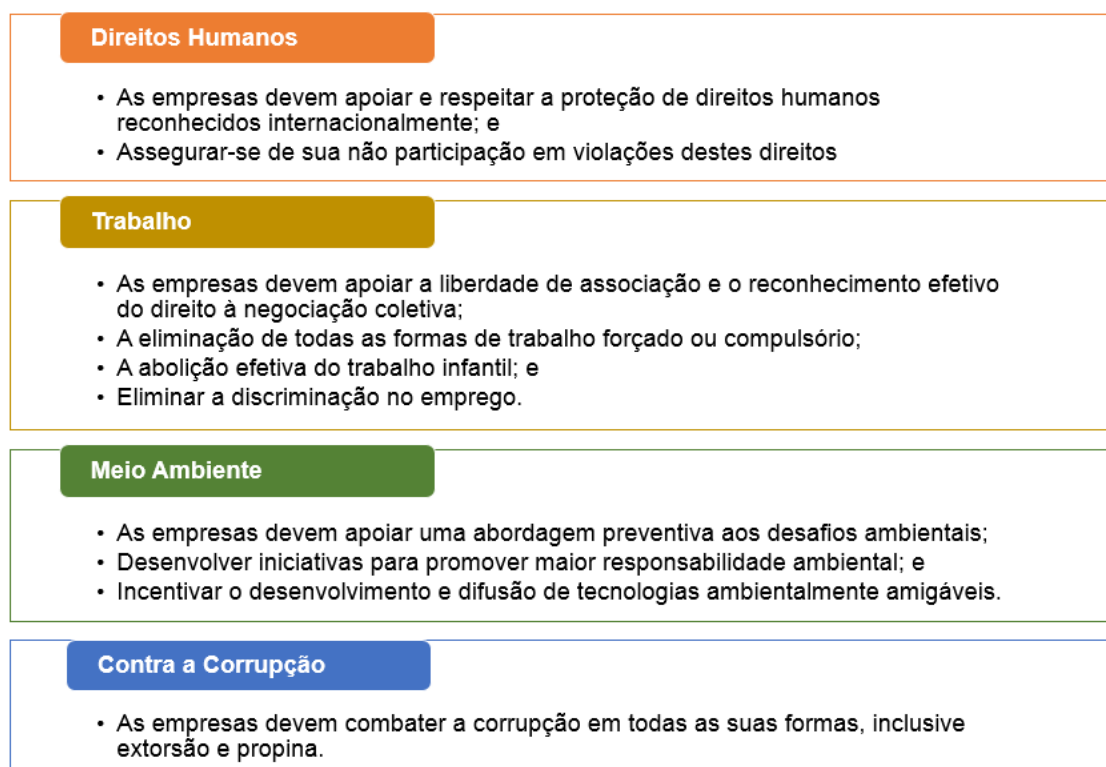
Neste sentido, como apresenta BM&FBOVESPA (2016a), o ISE promove a inserção dos ODS - Objetivos de Desenvolvimento Sustentável de duas formas: 1) pela inclusão dos ODS e da Agenda 2030 na Dimensão Geral do questionário nos itens: “Compromissos Voluntários e “Estratégia e Posicionamento e 2) pela menção, quando cabível, dos ODS em protocolos ou referências do ISE.

3 Pacto global

O Pacto Global foi anunciado globalmente pelo Secretário Geral das Nações Unidas no Fórum Econômico Mundial (Fórum de Davos) na reunião de 31 de janeiro de 1999, e foi oficialmente lançado em 26 de julho de 2000 no escritório da ONU em Nova Iorque.

O Pacto Global advoga dez princípios universais, derivados da Declaração Universal de Direitos Humanos, da Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, conforme se observa na figura 1:

Figura 1 – Os 10 Princípios do Pacto Global



Fonte: Adaptado Pacto Global (2013a, web)

Em janeiro de 1999, o então Secretário-Geral das Nações Unidas, Kofi Annan, argumentou que a globalização se encontrava seriamente ameaçada defendendo sua tese no Fórum Econômico Mundial, em Davos, Suíça. Em seu discurso, orientava que a resposta estaria na promoção dos valores sociais e refletiria em objetivos comuns de todos os segmentos da população mundial. Dessa forma, propunha-se um pacto a nível mundial, com o objetivo de mobilizar a comunidade empresarial internacional para a adoção de valores fundamentais e internacionalmente aceitos nas áreas de direitos humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção (PACTO GLOBAL, 2013b)

O Pacto Global foi constituído pelos principais líderes que apoiavam como a única verdadeira iniciativa global de cidadania empresarial, ou corporativa. Trata-se de uma forma como um fórum internacional de discussão e aprendizado sempre na busca de proporcionar o contrato moral entre empresas e sociedade, encontrando a melhora desse contexto com impacto direto na globalização. Senão a única, o Pacto Global representa minimamente a mais ampla iniciativa de cidadania corporativa no mundo.

A história do Pacto Global começou a ser escrita no Brasil a partir do primeiro semestre de 2000, quando o Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social conduziu um processo de engajamento das empresas brasileiras ao projeto proposto pelas Nações Unidas. Nesta primeira convocação, 206 empresas aderiram ao desafio. Em 26 de julho do mesmo ano, em Nova Iorque, foi entregue ao Secretário Geral das Nações Unidas o nome das empresas que se tornaram signatárias do compromisso. Nesta ocasião, foi proposta a realização em 2002 do "Diálogo Empresarial sobre os princípios do Pacto Global" na cidade de Belo Horizonte, um evento que contou com a participação de 300 representantes do Brasil, e que buscou debater a aplicação dos princípios do Pacto Global no país, conforme tem-se no histórico de Pacto Global (2013c).

Em dezembro de 2003, foi criado o Comitê Brasileiro do Pacto Global (CBPG), um grupo integrado por instituições representativas do espectro de participantes do Pacto Global: setor privado, sociedade civil organizada, academia e agências do Sistema das Nações Unidas no Brasil, que tinha por finalidade fortalecer a agenda da responsabilidade social corporativa e do Pacto Global no Brasil (PACTO GLOBAL, 2013c).

Uma importante participação do Brasil se deu em Julho de 2004, quando da realização do UN *Global Compact Leaders Summit*, na sede das Nações Unidas. Este evento histórico reuniu mais de 450 executivos de alto nível de organizações signatárias do Pacto Global, bem como um grupo seleto de representantes de governos liderados pelo Secretário Geral das Nações Unidas. A palestra magna do evento foi conduzida pelo ex-presidente do Brasil, Luís Inácio Lula da Silva, e o país fez-se representar por 27 executivos de grande relevância das seguintes organizações: Aché Laboratórios Farmacêuticos, Aracruz Celulose, Banco do Brasil, Bovespa, Caixa, Copagáz, Copel, Fundação Dom Cabral, Grupo Pão de Açúcar, Instituto Ethos, ISAE-FGV, MDD Papéis, Natura, Nutrimental, Petrobras, PNUD, Portela, Souza Cruz e Valor Econômico.

Já em 2005, as organizações participantes do Pacto Global no Brasil mobilizaram-se no sentido de promover a agenda dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), sob a liderança do escritório das Nações Unidas no Brasil. Uma grande campanha de mobilização foi criada para criar um espaço de debate público em torno dos ODM. Este movimento engrossou a voz do Movimento Nacional pela Cidadania e Solidariedade e contribuiu de forma expressiva para que o Brasil investisse no monitoramento e na avaliação dos indicadores, metas e objetivos acordados na Cúpula do Milênio das Nações Unidas em 2000.

Em meados de 2005, como expõe Pacto Global (2013c), o então chefe das redes do Pacto Global visitou o Brasil e convidou o Comitê Brasileiro para uma maior mobilização em torno de um planejamento de atividades no Brasil para a Rede Brasileira do Pacto. Como resultado, uma reestruturação institucional no âmbito do CBPG foi acordada por seus membros, sinalizando um novo momento de gestão e de aproximação com o escritório das

Nações Unidas no Brasil e com a sede do Pacto Global em Nova Iorque, que é a porta de entrada das empresas na ONU.

Em julho de 2007, houve uma expressiva participação da Rede Brasileira do Pacto Global durante a realização do segundo UN Global *Compact Leaders Summit*, em Genebra. A delegação brasileira foi composta por: Banco do Brasil, Beraca Sabará Químicos e Ingredientes, Bovespa, Copagáz, Dudalina, Fundação Dom Cabral, Instituto Ethos, ISAE-FGV, MDD Comércio e Representações de Papel, Petrobras, Promon Engenharia, Repsol, Serasa, Visão Sustentável e Dorpas Assessoria Empresarial.

Com o surgimento do Pacto Global, houve um padrão empresarial para gerir os negócios, impulsionando diversas empresas a adotar essas práticas de negócios e fundamentando-se nos princípios norteadores desse pacto. Com os 15 anos do Pacto Global, uma reflexão prática sobre os efeitos dessa iniciativa foi feita, e concluiu-se, que hoje é praticamente impossível uma empresa global, não ter problemas de ordem ambiental, social, ou governamental. Fazendo as empresas perceberem seu importante papel na sociedade, e assim criar, estimular um ambiente para os negócios de maneira sustentável.

4 ISE – Metodologia e resultados para as empresas e sociedade

Sob essa perspectiva que norteia o Pacto Global, em 2005, a BM&FBOVESPA implantou o Índice de Sustentabilidade Empresarial – ISE, o quarto índice de ações no mundo criado com o objetivo de mostrar o desempenho de mercado de uma carteira formada por empresas que adotam os princípios de gestão sustentável, sendo que a primeira carteira teórica reuniu 34 ações de 28 empresas avaliadas como as mais avançadas na implementação de práticas de sustentabilidade empresarial no país, segundo Marcondes (2010).

Em todo o mundo, como já observado, o movimento pelos *Socially Responsible Investments* (SRI) crescia rapidamente, provocando o surgimento dos mais diversos tipos de fundos e índices, especialmente nos Estados Unidos e em alguns países da Europa. Com a Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente, em Estocolmo, na Suécia, em 1972, e a criação da comissão sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, na década de 80, o termo “desenvolvimento sustentável” foi introduzido na discussão empresarial. Desenvolvimento sustentável, sob a ótica da ONU, refere-se à capacidade de produzir bens necessários para o presente sem comprometer as gerações futuras. No Brasil, desde 1999, duas empresas, a CEMIG e o Itaú, já integravam o DJSI, divulgando esse fato como um valor da marca (MARCONDES, 2010).

Neste sentido, como explica Mazon (2007, p. 58) os idealizadores do ISE entendiam que ele deveria ser mais que um indicador de retorno financeiro de uma carteira de ações. Para o grupo, o projeto deveria proporcionar alguns “efeitos colaterais” importantes, tais como

se tornar um indutor de sustentabilidade entre as empresas, ou seja, traduzir as questões de sustentabilidade para uma linguagem apropriável pela sociedade como um todo, que é o grande desafio que está na raiz de todos os indicadores de sustentabilidade.

Com essa perspectiva, e impulsionado por uma boa dose de idealismo, o grupo de pesquisadores e especialistas reunidos pelo centro de Estudos de Sustentabilidade da FGV começou, no final de 2004, uma ampla revisão de toda a literatura sobre o tema e de outros documentos essenciais, como o Balanço Social do Ibase, os questionários dos índices de sustentabilidade existentes (DJSI, FTSE4Good e JSE) e regulamentações como o Código de Defesa do Consumidor e as convenções da OIT e da ONU (MARCONDES, 2010).

Dessa discussão, surge o instrumento que iria servir de coleta de dados para identificar nas empresas o comprometimento com o “desenvolvimento sustentável”, um questionário, para avaliar o desempenho em sustentabilidade das companhias emissoras das 200 ações mais negociadas da BM&FBOVESPA.

O questionário prevê a avaliação sob a ótica das setes dimensões, a saber: “(i) Econômico-Financeira, (ii) Governança Corporativa, (iii) Responsabilidade Social, (iv) Ambiental, (v) Transparência, (vi) Natureza do Produto e (vii) Mudanças Climáticas” (BM&FBOVESPA, 2015, p.7). Todas as dimensões são subdivididas em um conjunto de critérios e estes em indicadores, os quais indicam então a pergunta a ser respondida pela empresa.

As dimensões Econômico-Financeira, Social e Ambiental, segundo BM&FBOVESPA (2015) foram compostas de quatro critérios básicos: (i) políticas da empresa (nível de comprometimento), (ii) gestão (tipos de planos, programas, metas e monitoramento), (iii) desempenho (indicadores de performance) e (iv) cumprimento legal (que avaliam a *compliance* frente à legislação de concorrência, à ambiental e ao código do consumidor, entre outros).

Em relação aos indicadores, segundo Marcondes (2010), a exemplo, na Dimensão Social, utilizaram-se indicadores como relações de trabalho, compromissos com princípios fundamentais e relações com a comunidade. Já na Dimensão Ambiental, as empresas do setor financeiro receberam um questionário ambiental diferenciado e adaptado às suas características. As demais empresas foram divididas em dois níveis de impacto, alto e moderado, mas o questionário foi o mesmo, com pesos diferentes para cada nível. A Dimensão Governança corporativa apresentou indicadores de melhores práticas, observando os seguintes critérios: propriedade, conselho de administração, gestão, auditoria e fiscalização, e conduta e conflito de interesses.

O questionário foi enviado, em 2005, a 121 empresas que atendiam ao critério de estar entre as 150 empresas mais líquidas do pregão, nos doze meses anteriores à avaliação, e ter sido negociadas, nesse período, em pelo menos 50% dos pregões. No total, 63 responderam, via sistema eletrônico, sendo que o resultado foi divulgado na II Conferência Internacional

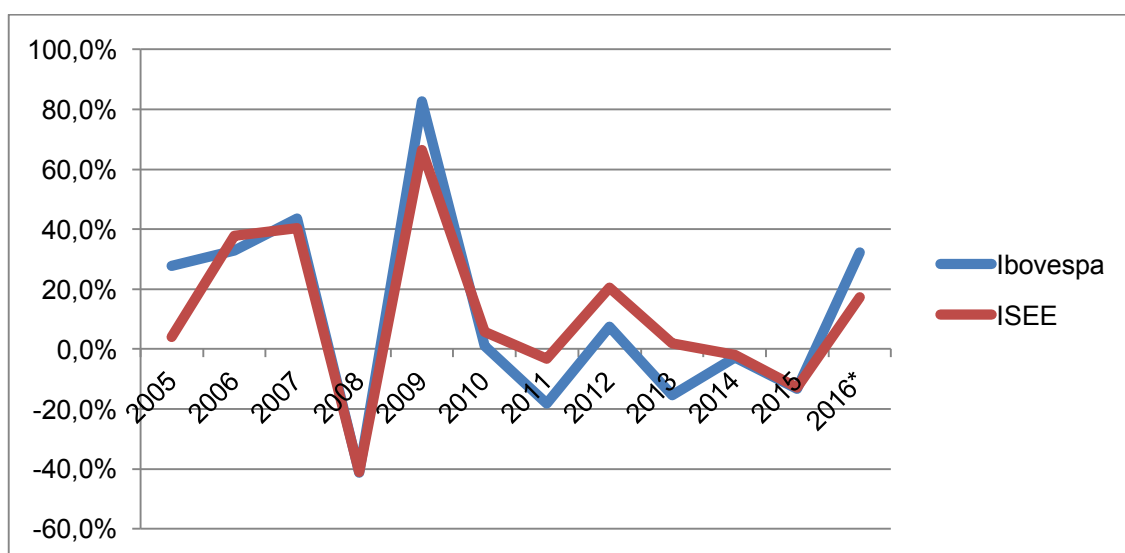
sobre Finanças Sustentáveis, como explica Marcondes (2010).

O conjunto anunciado reunia 34 ações de 28 companhias, representando 12 setores da economia. O trabalho de quase dois anos para a construção do ISE começava a dar resultado, com a escolha das seguintes empresas, consideradas detentoras das melhores práticas de sustentabilidade do mercado acionário brasileiro: “ALL, Eletrobrás, Aracruz Celulose, Eletropaulo, Belgo Mineira, Embraer, Bradesco, Gol, Banco do Brasil, Iochpe-Maxion, Braskem, Itaúbanco, CCR rodovias, Itaúsa, Celesc, Natura, Cemig, Perdigão, CESP, Suzano, Copel, Tractebel Energia, Copesul, Unibanco, CPFL, Votorantim, Dasa Diagnósticos da América e WEG”(COSTA, 2007, p.14).

A atualização do questionário é um dos requisitos mais importantes para a renovação da carteira do Índice. Afinal, a sustentabilidade empresarial não é um “estado da arte” que a organização atinge em um determinado momento e nele permanece indefinidamente, mas um processo contínuo, que exige sempre ajustes e adequações, com os objetivos de atualizar processos e ajudar a reduzir os impactos da atividade produtiva, como prevê BM&FBOVESPA (2015).

Em relação ao desempenho, observa-se que, mesmo considerando a participação de um pouco mais da metade no volume de negociações da BM&FBOVESPA, desde sua criação o ISE acompanhou o Ibovespa, o principal índice da bolsa. Neste período, destaca-se os anos de 2011, 2012 e 2013, em que o ISE teve uma rentabilidade superior ao Ibovespa, como se observa no Gráfico 1.

Gráfico 1 – Ibovespa x ISEE – 2005-jun/2016



Fonte: BM&FBOVESPA (2016b, web)

A mais recente carteira do ISE foi anunciada em 26 de novembro de 2015 e vigora entre 04 de janeiro de 2016 a 29 de dezembro de 2016. A carteira reúne 40 ações de 35 companhias, que representam 16 setores e somam R\$ 960,52 bilhões em valor de mercado,

o equivalente a 54,50% do total do valor das companhias com ações negociadas na BM&FBOVESPA (em 24/11/2015).

Fazem parte da carteira: AES Tietê, Cemig, Eletrobrás, Itausa, Cesp, B2W Digital, Cielo, Eletropaulo, Itau Unibanco, Santander, Banco do Brasil, Embraer, SulAmerica, Copel, Even, Klabin SA, Telefônica, Bradesco, CPFL, Fibria, Light SA, Tim Part SA, Braskem, Duratex, Fleury, Lojas Americanas, Tractebel, BRF SA, OI SA, Ecorodovias, Lojas Renner, CCR SA, Energias BR, Natura e Weg (BM&FBOVESPA, 2016b)

Esse tipo de comparação, no entanto, não é bem visto pelos defensores do SRI, como explica Mazon (2007), uma vez que quando se olha o ISE com a perspectiva do investidor, esse índice pode parecer estranho, questionando-se o que se pode esperar de uma carteira formada por empresas que têm um comportamento diferenciado em relação à sustentabilidade? E, ainda, como se pode exigir que aquela carteira de investimento tenha, ao mesmo tempo, baixo risco e alta rentabilidade? Quem opta por investir numa carteira formada por papéis de empresas do ISE, tanto pode querer um retorno mais seguro, embora menor, como pode querer investir na construção de um futuro em que a economia se baseie em empresas sustentáveis.

Neste sentido, olhar um índice de sustentabilidade como uma ferramenta para aumentar a rentabilidade do investimento no curto prazo é um equívoco explica Mazon (2007). O que o ISE mede, na realidade, é a perenidade das empresas, e não a maior ou menor valorização na Bolsa. Isso é um detalhe que pode acontecer ou não, mas não é o principal, porque uma empresa sustentável é aquela que tem perenidade. Entretanto, seja por idealismo ou por pragmatismo, observa-se que há um número crescente de pessoas físicas optando por um investimento socialmente responsável.

Outro motivo pelo qual a comparação entre o ISE e os outros índices existentes na BM&FBOVESPA não é bem aceita pelos especialistas está na sua própria composição. O ISE é uma carteira pequena e, portanto, sofre influência do movimento das ações das empresas específicas. Em um período muito curto, não pode defender um investimento feito em empresas mais sustentáveis exclusivamente pela rentabilidade, conforme Marcondes (2010), mas sim, deve-se considerar a avaliação da aplicação em médio e longo prazo. Nesse caso, deve-se avaliar efetivamente a sustentabilidade do negócio, que envolve a melhor administração e a redução dos riscos, dados não exclusivamente econômico-financeiros.

Além disso, o ISE não serve só para formar uma carteira de investimentos mais responsável. Ele é também um processo de educação e de “disseminação de práticas sustentáveis, por meio do diálogo entre as diversas partes, como investidores, empresas, bolsas de valores, reguladores e sociedade” (MARCONDES, 2010, p. 60).

Concomitantemente, segundo a BM&FBOVESPA (2010), o ISE tem contribuído significativamente no aspecto didático, uma vez que o questionário configura um documento de referência para qualquer empresa que queira adotar uma estratégia de responsabilidade

corporativa. Mesmo as empresas que ainda não se encontrem preparadas para integrá-lo, podem responder ao questionário para saber que projetos precisam implementar para chegar ao ponto de participar do Índice.

Um índice como o ISE agrega valor de mercado, mostra que há maturidade empresarial e muda a percepção sobre o mercado brasileiro. Aliás, internacionalmente, as empresas brasileiras têm conseguido marcar sua imagem como inovadoras e sustentáveis.

A criação do ISE foi um momento muito importante para a imagem do Brasil na questão da sustentabilidade empresarial, considerando que, atualmente, o país é visto como um grande destaque nos mercados emergentes de fundos de SRL. E as empresas já tem se atentando para isso. Um dos principais termômetros para medir a relevância do ISE para as empresas é o impacto provocado pelo anúncio anual da carteira, com a inclusão ou não de algumas delas para o ano seguinte, como observa-se em BM&FBOVESPA (2010).

O regulamento do ISE prevê que qualquer empresa deixe de integrar a carteira quando não atender, na revisão anual, aos critérios de sustentabilidade apurados no questionário, seja em indicadores que já eram parte das exigências ou em novos. Além de não conseguir renovar sua participação de um ano para outro, uma empresa pode ser excluída durante o período de vigência caso ela venha a entrar em regime de recuperação judicial ou falência.

Assim, o ISE cumpre o papel importante de ajudar a trazer o tema da sustentabilidade para dentro das organizações. Quem não sabia como começar a tratar o assunto encontrou no questionário uma forma estruturada de traçar planos nessa área. É uma ferramenta de gestão, embora esse não seja o seu papel.

Por mais que se fale em “resultados intangíveis”, em “sucesso de crítica” ou em “novos paradigmas”, o Índice deverá transformar-se também em um “sucesso de público”. Mas, deve-se observar que o que move o mercado, num “círculo virtuoso”, é a demanda do investidor, ou seja, quando o analista de mercado leva ao gestor propostas de investimento que exigem critérios de avaliação socioambientais, ele entrega a principal munição para forçar a alta direção das instituições financeiras a incorporar a sustentabilidade nas análises.

Referências

BM&FBovespa. *Apresentação – ISE*. São Paulo: BM&FBovespa, 2016a. Disponível em <http://isebvmf.com.br/?r=site/conteudo&id=1> Acesso em: 28 ago 2016.

_____. *ISE – Estatísticas históricas*. São Paulo: BM&FBovespa, 2016b. Disponível em http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/produtos/indices/indices-de-sustentabilidade/indice-de-sustentabilidade-empresarial-ise-estatisticas-historicas.htm Acesso em: 28 ago 2016.

_____. *Metodologia do índice de sustentabilidade empresarial - ISE*. São Paulo: BM&FBovespa, abr/2015.

_____. *Novo Valor – Sustentabilidade nas empresas*. São Paulo: BM&FBovespa, 2010.

BVSA – Bolsa de Valores Socioambientais. Pacto Global. 2016. Disponível em: <https://www.bvsa.org.br/noticias/38/pacto-global> Acesso em 8 set 2016.

COSTA, Tonny R. Martins. *Responsabilidade social nas empresas: estudo dos índices das bolsas de valores* (Dissertação – Mestrado em Administração). PUC-SP: São Paulo. 2007.

MACHADO, Márcio André Veras. (et alii). Análise da relação entre investimentos socioambientais e a inclusão de empresas no Índice de Sustentabilidade Empresarial - (ISE) da BM&FBovespa *Revista de Ciências da Administração*. Florianópolis (SC), v.14, n.32, p. 141-156, abril 2012.

MARCONDES, Adalberto Wodianer. *ISE: Sustentabilidade no mercado de capitais*. São Paulo: Report, 2010.

MAZON, Rubens. *Negócios sustentáveis e seus indicadores*. (In) KEINERT, Margarete Mezzomo (org). *Organizações Sustentáveis: Utopia e Inovações* São Paulo: Annablume; Belo Horizonte: Fapemig, 2007.

PACTO Global. *Histórico*. 2013c. Disponível em: <http://www.pactoglobal.org.br/artigo/63/Historico>. Acesso em: 8 set 2016.

_____. *Objetivos*. 2013b. Disponível em: <http://www.pactoglobal.org.br/artigo/57/Objetivos>. Acesso em: 8 set 2016.

_____. *Os 10 Princípios*. 2013a. Disponível em: <http://www.pactoglobal.org.br/artigo/56/Os-10-principios>. Acesso em: 8 set 2016.

SOUZA, Maria Tereza Saraiva de. Rumo à prática empresarial sustentável. *Rev. adm. empres.*, São Paulo, v.33, n.4, p. 40-52, ago. 1993.

Pacto Global e os Princípios Norteadores para empresas e direitos humanos

Aline Gomes Loureiro⁵⁸

⁵⁸ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

Moisés dos Santos Soares⁵⁹
Sabrina Rodrigues Marafigo⁶⁰
Beatriz Regina Branco⁶¹

Resumo: O objetivo desta pesquisa consiste em problematizar o Pacto Global e os Princípios Norteadores para Empresas e Direitos Humanos. Foram analisados os aspectos relacionados ao surgimento e os impactos destes Princípios no Brasil. O Pacto Global foi criado com objetivo de engajar a comunidade empresarial internacional para aplicar, em seus negócios, valores fundamentais e internacionalmente aceitos nas esferas dos Direitos Humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção. O Pacto não tem força normativa, é uma iniciativa voluntária que visa promover o crescimento sustentável e humanitário das empresas através de 10 princípios. Nesta esteira, o Conselho de Direitos Humanos, da ONU, aprovou os 31 princípios Norteadores criados por John Ruggie. Estes criados para ajudar a reduzir os riscos de violações de Direitos Humanos das pessoas pertencentes a grupos mais vulneráveis e marginalizados, em consideração aos diferentes riscos que possam ser enfrentados. Para tanto fora utilizado como base três pilares: proteger, respeitar e reparar. Destes pilares extraíram-se os objetivos de mostrar a obrigação dos Estados em proteger os direitos humanos, a responsabilidade das empresas de respeitar tais direitos e a necessidade de que existam recursos adequados e eficazes de reparação e punição em casos de descumprimento pelas empresas.

94

Palavras-chave: *Sustentável. Humanitário. Princípios Norteadores.*

1 Introdução

O presente trabalho tem por finalidade dissertar sobre o Pacto Global e os Princípios Norteadores para Empresas e Direitos Humanos, além de esclarecer a função de cada um dos projetos. Ademais, o foco principal da pesquisa é demonstrar que os projetos supramencionados apresentam um grande problema: o de não possuir poder normativo. Tal obstáculo interfere diretamente em sua efetividade perante os membros participantes, vez que estes não se sentem intimidados ao descumprirem ou afrontarem as regras e princípios estabelecidos pelos projetos, pois, se eventualmente houver alguma violação nada acontecerá aos infratores. Dessa forma, os projetos acabam perdendo sua força e credibilidade, o que é extremamente preocupante vez que estes objetivam preservar as futuras gerações através de programas humanitários e de sustentabilidade.

Formados por normas de matéria de direitos humanos já existentes, tais princípios estabelecem um conjunto onde visam aprofundar as obrigações das empresas com relação às matérias de direitos humanos, com a função de proteger, respeitar e reparar os parâmetros normativos aplicados às condutas das empresas em relação aos direitos humanos.

Para tanto, foram utilizadas, doutrinas e artigos científicos com a intenção de obter uma melhor compreensão sobre tal tema tão relevante para o estudo da disciplina.

⁵⁹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

⁶⁰ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

⁶¹ Orientadora, Professora do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille

Este estudo caracterizou-se como uma pesquisa bibliográfica, abrangendo toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses. (LAKATOS e MARCONI, 1994).

2 Pacto Global da ONU para Empresas

De acordo com o site oficial do Pacto Global, em 31 de janeiro de 1999, na reunião realizada no Fórum Econômico Mundial, foi anunciado pelo ex-secretário da Organização das Nações Unidas (ONU) Kofi Annan, o *Pacto Global*, ou *Global Compact*, assim ensejado pelas Nações Unidas, o qual foi oficialmente lançado em 26 de julho de 2000 no Escritório da ONU, em Nova Iorque.

Ainda, segundo o referido site, o Pacto Global foi criado com o objetivo de sensibilizar as empresas, em âmbito internacional, para adotar práticas sustentáveis e humanitárias de trabalho, ou seja, agir com responsabilidade perante a sociedade da qual fazem parte, vejamos:

é o Pacto Global é uma iniciativa desenvolvida pelo ex-secretário-geral da ONU, Kofi Annan, com o objetivo de mobilizar a comunidade empresarial internacional para a adoção, em suas práticas de negócios, de valores fundamentais e internacionalmente aceitos nas áreas de direitos humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção refletidos em 10 princípios. Essa iniciativa conta com a participação de agências das Nações Unidas, empresas, sindicatos, organizações não-governamentais e demais parceiros necessários para a construção de um mercado global mais inclusivo e igualitário. Hoje já são mais de 12 mil organizações signatárias articuladas por cerca de 150 redes ao redor do mundo.⁶²

Cabe ressaltar que o Pacto Global não é um instrumento normativo, mas sim uma iniciativa voluntária que visa fornecer diretrizes para o crescimento sustentável, conforme explica Fraga:

O Pacto Global não é um instrumento regulatório, um código de conduta obrigatório ou um fórum para policiar as práticas gerenciais. É uma iniciativa voluntária que procura fornecer diretrizes para a promoção do crescimento sustentável e da cidadania, através de lideranças corporativas comprometidas e inovadoras. (PACTO GLOBAL REDE BRASILEIRA, 2011, s. p.).

2.1 Os Dez Princípios

Primeiramente, as empresas devem apoiar e respeitar a proteção de direitos humanos reconhecidos internacionalmente, e, em segundo lugar, não violar esses direitos. Assim, no que tange aos Direitos Humanos Sálvio Di Girólamo explica:

⁶² Pacto Global – Rede Brasil: *O que é*. Disponível em: <<http://www.pactoglobal.org.br/artigo/70/O-que-eh>>. Acesso em: 16 out. 2016

A origem dos Princípios 1 e 2 relacionados aos direitos humanos é encontrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948. O objetivo desta declaração é estipular padrões internacionais mínimos para a proteção dos direitos e liberdades do indivíduo, hoje amplamente considerados como formadoras da base do direito internacional. Especificamente, os componentes da DUDH são considerados como lei consuetudinária internacional e não exigem assinatura ou aprovação pelo estado para serem reconhecidas como padrão legal⁶³.

Referente ao trabalho, as empresas devem apoiar a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva. Ainda, deve ocorrer a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório, bem como abolir o trabalho infantil e eliminar a discriminação no emprego. Neste íterim leciona Sálvio Di Girólamo:

96

Os quatro princípios de direitos do trabalho do Pacto Global, propugnados pela Organização Internacional de Trabalho (OIT) por meio da Declaração dos Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho, foram adotados na 86ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1998. A OIT tem uma estrutura única (tripartite) composta de governos, empregadores e trabalhadores, sendo a única agência das Nações Unidas cujos membros são compostos por governos e setor privado. O objetivo da OIT, ao participar do Pacto Global, é catalisar o apoio da comunidade empresarial. Os princípios dos Direitos do Trabalho 3, 4, 5 e 6, tratam dos princípios fundamentais no local de trabalho, e o desafio empresarial é adotar estes valores aceitos universalmente e aplicá-los na empresa.⁶⁴

No que tange ao Meio Ambiente, as empresas devem apoiar uma abordagem preventiva aos desafios ambientais. Ademais, devem desenvolver iniciativas para promover maior responsabilidade ambiental; e, ainda, incentivar o desenvolvimento e difusão de tecnologias ambientalmente amigáveis. No que diz respeito ao Meio Ambiente, ensina Sálvio Di Girólamo:

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento oferece a base para os Princípios Ambientais do Pacto Global. O negócio ganha legitimidade através do atendimento das necessidades da sociedade, e cada vez mais a sociedade está expressando a clara necessidade de mais práticas sustentáveis ambientalmente.⁶⁵

Por fim, as empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina. Sálvio Di Girólamo esclarece que o combate à corrupção está ligado ao conceito de transparência:

⁶³ GIRÓLAMO, Sálvio di. *Os 10 Princípios do Pacto Global da Organização das Nações Unidas*. 2014. Disponível em: <http://www.digirolamo.com.br/images/Global_compact.pdf>. Acesso em: 12 set. 2016

⁶⁴ GIRÓLAMO, Sálvio di. *Os 10 Princípios do Pacto Global da Organização das Nações Unidas*. 2014. Disponível em: <http://www.digirolamo.com.br/images/Global_compact.pdf>. Acesso em: 12 set. 2016

⁶⁵ GIRÓLAMO, Sálvio di. *Os 10 Princípios do Pacto Global da Organização das Nações Unidas*. 2014. Disponível em: <http://www.digirolamo.com.br/images/Global_compact.pdf>. Acesso em: 12 set. 2016

O combate à corrupção está intimamente vinculado à transparência. O conceito de transparência, também ligado aos outros nove Princípios do Pacto Global, inclui uma ampla gama de questões: no nível micro, problemas causados pelo suborno e pela corrupção, fontes e uso de recursos financeiros, impactos ambientais e sociais de operações e produtos; no nível macro, questões referentes à governança, e aos papéis e responsabilidades de atores societários, com efeito corrosivo sobre a democracia, o desenvolvimento, o estado de direito e a atividade econômica.⁶⁶

2.2. Rede Brasileira do Pacto Global

Segundo o site oficial do Pacto, a Rede Brasileira do Pacto Global foi fundada em 2003 e atualmente representa a 4ª maior rede local, possuindo mais de 700 (setecentos) signatários. A Rede Brasileira atua em parceria com o Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento (PNDU), sob a gestão de um comitê com 36 (trinta e seis) organizações de referência de sustentabilidade, além de empresas líderes em setores da economia brasileira.

De acordo com a escritora Elaine Molina, no ano de 2000, o Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social, foi o pioneiro entre o elo das empresas brasileiras e o Pacto Global, sendo que 206 (duzentos e seis) empresas aderiram ao projeto, sendo que em 26 de julho do mesmo ano, foi entregue ao secretário Geral das Nações Unidas o nome das empresas que se comprometeram com o projeto. Em razão desse ato, foi proposta a realização do “Diálogo Empresarial sobre os Princípios do Pacto Global” no ano de 2002 em Belo Horizonte. O referido evento reuniu 300 (trezentos) participantes, os quais debateram sobre a aplicação dos princípios do Pacto Global no país.

Ainda, conforme Elaine Molina, a criação do Pacto Global considerou apenas em “avaliar a Responsabilidade social das Empresas, através de um relatório com os indicadores de desempenho que devem ser encaminhado pelas empresas signatárias”. Na opinião da autora, o Pacto Global foi importante para aproximar a ONU com o setor privado, tendo em vista que essa era a maior preocupação das Nações Unidas, segundo a mesma Autora, vejamos:

Num contexto social mais amplo, o Pacto Global aproximou a ONU com o setor privado, já que esse aspecto refletia uma das maiores preocupações das Nações Unidas. Na medida em que as empresas assumem esse compromisso, contribuem para um processo de aprendizado e conscientização global na defesa dos Direitos Humanos.⁶⁷

⁶⁶ GIRÓLAMO, Sálvio di. *Os 10 Princípios do Pacto Global da Organização das Nações Unidas*. 2014. Disponível em: <http://www.digirolamo.com.br/images/Global_compact.pdf>. Acesso em: 12 set. 2016

⁶⁷ MOLINE, Elaine. *As empresas Brasileiras e o Pacto Global da ONU*. Publicação do Curso de Relações Internacionais da Faculdade Santa Marcelina. Disponível em: <<file:///D:/Downloads/73-141-1-SM.pdf>>. Acesso em 03 set. 2016.

Conforme supramencionado, na medida em que as empresas aderem ao projeto, estão contribuindo “para um processo de aprendizado e conscientização global na Defesa dos Direitos Humanos”.

Ademais, segundo o *site* do Pacto Global, o projeto visa encorajar o alinhamento das políticas e práticas empresariais com os valores e os objetivos aplicáveis internacionalmente acordados:

O objetivo do Pacto Global é encorajar o alinhamento das políticas e práticas empresariais com os valores e os objetivos aplicáveis internacionalmente e universalmente acordados. Estes valores principais foram separados em dez princípios chave, nas áreas de direitos humanos, direitos do trabalho, proteção ambiental e combate à corrupção.⁶⁸

98

Entretanto, a Rede Brasileira além de aplicar os princípios estabelecidos pelo Pacto, procurou também acrescentar princípios que viessem a suprir as necessidades e superar os obstáculos das empresas brasileiras, conforme informado pelo *site* do Pacto Global – Rede Brasileira, vejamos:

Objetivos definidos para o Comitê Brasileiro do Pacto Global:
Massificação dos seus princípios no País
Ampliação da adesão de empresas e organizações brasileiras
Apoio às empresas brasileiras para a implantação dos princípios
Promoção de troca de experiências e aprendizado dos princípios do PG
Exercício das funções de articulador internacional com as demais redes do PG e com o escritório em Nova Iorque
Promoção do vínculo entre os princípios do PG e os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio
Assessoramento ao Presidente do CBPG.⁶⁹

Assim, em consonância com os objetivos supramencionados, é notório que o projeto visa a sua ampliação para a Rede Brasileira, bem como a adesão de empresas ainda não participantes, além de apoiar aquelas que já aderiram ao Pacto Global.

3 Princípios norteadores para empresas e direitos humanos

Assim como no Pacto Global, o Brasil também é membro dos Princípios Norteadores para Empresas e Direitos Humanos, o qual fora aprovado em junho de 2011 pelo conselho de

⁶⁸Pacto Global Rede Brasil: *Objetivos*. Disponível em: <<http://www.pactoglobal.org.br/artigo/66/Objetivos>>. Acessado em: 23 out. 2016.

⁶⁹Pacto Global Rede Brasil: *Objetivos*. Disponível em: <<http://www.pactoglobal.org.br/artigo/66/Objetivos>>. Acessado em: 23 out. 2016.

Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas - ONU, elaborados pelo Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas, Professor John Ruggie⁷⁰.

Com o objetivo de mostrar a obrigação dos Estados de proteger os direitos humanos, a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos e a necessidade de que existam recursos adequados e eficazes para reparar e punir os infratores em caso de descumprimento destes direitos pelas empresas.

São 31 (trinta e um) princípios possuindo como base três pilares: proteger, respeitar e reparar. Sendo utilizados por John Ruggie como parâmetros para a criação dos princípios, os quais visam que seja uma realidade, o respeito aos direitos humanos pelas empresas.

Um grupo formado por 5 (cinco) especialistas, das Nações Unidas sobre Direitos Humanos e Empresas, dará continuidade ao trabalho iniciado por Ruggie. Esse grupo vai promover a admissão dos princípios e procurará identificar os principais desafios e as boas práticas para sua implementação, além de realizar visitas aos países que estiverem de acordo com os Princípios.

Os princípios se dividem em: o dever do estado de proteger os direitos humanos; a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos e acesso a mecanismos de reparação.⁷¹

Esses princípios atuam para ajudar a reduzir o risco de pessoas pertencentes a grupos ou populações que possam estar mais vulneráveis e marginalizadas, levando-se em consideração os diferentes riscos que possam ser enfrentados por mulheres e homens.

O relatório traz de início os princípios gerais que devem ser cumpridos tanto pelo Estado quanto pelas empresas transnacionais e de outro tipo, independentemente do seu tamanho ou ramo de atividade, sendo estes os princípios gerais: A) Obrigações assumidas pelos Estados de respeitar, proteger e implementar os direitos humanos e liberdades fundamentais; B) O papel das empresas como órgãos especializados da sociedade que desempenham funções especializadas e que devem cumprir todas as leis aplicáveis e respeitar os direitos humanos; C) A necessidade de que os direitos e obrigações sejam providos de recursos adequados e eficazes, em caso de descumprimento.⁷²

3.1 Princípios Norteadores e seus objetivos

3.1.1 O dever do Estado de proteger os Direitos Humanos

⁷⁰[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012\(1\)\(2\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1)(2).pdf)

⁷¹[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012\(1\)\(2\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1)(2).pdf)

⁷²[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012\(1\)\(2\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1)(2).pdf)

O primeiro pilar estrutural que rege os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) é exatamente o dever do Estado de realizar uma efetiva proteção aos direitos humanos. Nada de novo neste parâmetro estrutural, pois um dos princípios essenciais dos Direitos Humanos é a limitação do poder estatal, portanto nada mais apropriado do que começar a elencar os princípios com os deveres estatais de regulação das empresas no âmbito dos Direitos Humanos.

O Estado como ente provedor e mantenedor das garantias fundamentais, está obrigado, dentro um estado democrático de direito, a exercer forte controle sobre os mais variados atos que atentem contra os direitos humanos, sendo que os atos empresariais não poderiam estar fora deste arcabouço de fiscalização e controle estatal.

Segundo o Instituto Ethos, o documento elaborado é o instrumento mais consistente sobre a responsabilização das empresas nas questões de direitos humanos e direitos humanitários. Tanto que tal documento deve ter atenção não só das partes envolvidas; Estado e empresas; mas dos mais variados órgãos não governamentais, para que possam aprimorar ou adotar novas ações que visem a garantir que os Direitos Humanos não sejam deixados de lado, quando das atividades empresariais exercidas.

É salutar entender que este documento estabelece princípios internacionais de avaliação e prevenção aos riscos, quanto às atividades que cada ramo empresarial possa exercer sobre os Direitos Humanos. Não só os governos irão verificar as efetivas ocorrências de atos danosos à humanidade, mas também a sociedade civil e principalmente os investidores de novos e atuais empreendimentos. Segundo entendimento do Instituto retro mencionado, os governos têm deveres e obrigações a serem cumpridas nesta seara, vejamos:

O dever do Estado enfatiza que a conduta-padrão dos governos deve ser prevenir e solucionar os abusos, caso contrário podem ser responsabilizados por não lidar apropriadamente com a questão, inclusive em relação a abuso por parte de empresas. Por lidar apropriadamente entenda-se não apenas estabelecer marcos legais que protejam os direitos humanos e usar os instrumentos da Justiça para coibir ou punir os abusos, mas também respeitar esses direitos em seus próprios órgãos e empresas, dentro e fora do país, bem como trabalhar em conjunto para prevenir e lidar com alguns notórios abusos perpetrados por empresas.⁷³

Este pequeno trecho colacionado abrange de forma simples e eficaz todo conteúdo dos 10 princípios primeiros do Documento da ONU. Assim o estado não deve se abster de criar os devidos parâmetros legais, não só para garantir a efetivação dos Direitos Humanos, como também coibir e aplicar as devidas sanções administrativas e penais nos casos concretos de atos Atentatórios praticados pelas empresas, tanto dentro dos seus respectivos territórios como os praticados no exterior pelas empresas nacionais.

⁷³ <http://institutoethos.blogspot.com.br/2011/06/comentarios-para-ethos-na-cbn-o.html>

Este Primeiro Pilar estrutural do documento está baseado em 10 (dez) princípios, que regulam exatamente quais as formas de prevenção e atitudes que o Estado deve tomar para evitar os abusos praticados pelo empresariado, formas de punição e as possíveis sanções que ele próprio, Estado, pode sofrer se não observar tais princípios.

Seria contraproducente e maçante descrever todos os 10 (dez) princípios e argumentar sobre cada um deles em especial, pois a síntese do que se trata está bem esclarecida sobre a visão do Instituto Ethos, alhures mencionada.

Não obstante, alguns destes princípios podem aqui ser demonstrados, para termos maior compreensão da amplitude do Documento. Para tanto escolhemos os 3 (três) princípios, que em nossa opinião, sintetizam melhor as principais características de prevenção, investigação e punição que os Estados devem observar nos seus relacionamentos diretos e indiretos com Sociedades Empresariais.

101

Os Estados devem proteger contra violações dos direitos humanos cometidas em seu território e/ou sua jurisdição por terceiros, inclusive empresas. Para tanto, devem adotar as medidas apropriadas para prevenir, investigar, punir e reparar tais abusos por meio de políticas adequadas, legislação, regulação e submissão à justiça.

Os Estados devem adotar medidas adicionais de proteção contra as violações de direitos humanos cometidas por empresas de sua propriedade ou sob seu controle, ou que recebam significativos apoios e serviços de organismos estatais, tais como as agências oficiais de crédito à exportação e os organismos oficiais de seguros ou de garantia dos investimentos, exigindo, se for o caso, auditorias (*due diligence*) em matéria de direitos humanos.

Os Estados devem assegurar que os departamentos e organismos governamentais e outras instituições estatais que orientem as práticas empresariais sejam conscientes das obrigações de direitos humanos do Estado e as respeitem no desempenho de seus respectivos mandatos, especialmente oferecendo-lhes informação, capacitação e apoio pertinentes.⁷⁴

Há bons e maus exemplos brasileiros, destas situações que abrangem os Direitos Humanos e empresas. Sendo que podemos observar que o Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo é um desses bons exemplos, pois nele há meios de monitoramento das empresas, para prevenir o problema e os modos com que as autoridades irão punir os infratores.

Um mau exemplo nacional é a não ratificação do Tratado sobre Comércio de Armas. O processo de ratificação está tramitando no Congresso Nacional por 2 (dois) anos e ainda não fora votado por uma série de eventos procrastinatórios.

Tal tratado versa sobre um controle mais efetivo sobre as vendas e exportações de armas de fogo, dando mais transparência a todo esse processo. Atualmente o Brasil é o 4º maior exportador de armas de fogo do mundo e um dos menos transparentes quanto o destino

⁷⁴[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012\(1\)\(2\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1)(2).pdf)

que tais armas tomam. Segundo Sara Fernandes, em artigo publicado, o instituto Conectas elencou 3 (três) causas principais para o Brasil ratificar o mais breve possível tal Tratado, observe:

A principal delas é o aumento de mortes por armas de fogo, que aumentaram 387% entre 1980 e 2012, segundo o Mapa da Violência. Além disso, o tratado impede a comercialização de armas com países que cometem crimes contra direitos humanos e coloca o Brasil como um exportador que adere a regras de responsabilidade, já que seus principais concorrentes, como Itália e Alemanha, já ratificaram o acordo. (FERNANDES, s. p., 2016)

Esperamos que esse quadro mude logo e que tal Tratado seja aprovado e ratificado. Pois é exatamente o que os Princípios Norteadores, objeto deste trabalho tende abranger, para que efetivamente se possa cobrar, investigar e punir os infratores dos Direitos Humanos.

3.1.2 A responsabilidade das empresas de respeitar os Direitos Humanos

A questão dos Direitos Humanos, como uma questão jurídica é quase sempre, associada a uma obrigação do Estado como ente garantidor de direitos inerentes aos cidadãos.

No entanto, em debates mais recentes, surgiram questões acerca do papel e as responsabilidades das empresas na proteção e na garantia desses direitos.

A elaboração dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos direcionou o debate sobre direitos humanos no plano internacional e estabeleceu diretrizes internacionais em responsabilidade social empresarial.

Pensar no papel das empresas na proteção e garantia dos direitos humanos é essencial em um mundo onde as empresas ocupam um espaço tão importante na vida das pessoas. Muitas dessas empresas atuam globalmente, participando da vida social, econômica e política de diferentes comunidades, com diferentes hábitos, culturas, princípios e necessidades. Neste contexto, o desafio é como Estados e empresas compartilham as responsabilidades na defesa desses direitos básicos dos cidadãos.

A responsabilidade de respeitar os direitos humanos independe do tamanho da empresa ou das ações já propostas para o Estado em preservar os direitos humanos, trata-se de uma obrigação adicional, advinda da própria atividade empresarial.

A carta internacional de Direitos Humanos contém uma lista Oficial de Direitos humanos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Contudo, de acordo com circunstâncias especiais deve-se levar em conta adicionar normas especiais de preservação de direitos humanos. A título de exemplo, normas adicionais de preservação de direitos das pessoas pertencentes a grupos ou populações específicas.

Os meios que a empresa assumirá a responsabilidade de preservação dos direitos humanos depende do tamanho e capacidade contributiva, entretanto nenhuma empresa está

isenta da responsabilidade de zelar e cumprir seus deveres de preservar os direitos humanos, independentemente de tamanho ou número de funcionários.

Conforme os Princípios Norteadores, a responsabilidade de respeitar os direitos humanos exige que as empresas evitem que as suas próprias atividades gerem impactos negativos e busquem prevenir ou minimizar esses impactos. Além de evitar que as suas atividades resultem em abusos aos direitos humanos, as empresas também, precisam evitar que as suas operações, serviços e produtos contribuam para abusos cometidos por outras empresas do mesmo grupo ou setor.

As empresas ainda precisam monitorar a sua atuação, através de auditorias preventivas, as *due diligence*, que incluam uma avaliação do impacto real e potencial das atividades sobre os direitos humanos e que permitam acompanhar o enfrentamento das consequências negativas. O processo deve iniciar por aquela área que a empresa acha que apresenta maior risco de ter consequências negativas para os direitos humanos, olhando para situações e operações em concreto e visando o mundo exterior ao da empresa. Outrossim, esse processo precisa ser periódico, já que a situação dos direitos humanos no local é constante, e as conclusões precisam ser integradas aos processos internos e apresentadas ao público.

As empresas devem levar em conta todas as questões relacionadas às consequências negativas sobre o não respeito aos direitos humanos, quando não for possível fazer isso e na falta de assessoramento jurídico especializado, poderá criar uma ordem de prioridades conforme a gravidade, visto que a demora de uma resposta pode ocasionar um agravamento e uma situação irremediável.

3.1.3 Acesso a mecanismos de reparação

Os Estados devem proteger contra violações dos direitos humanos cometidas em seu território e/ou sua jurisdição por terceiros, inclusive empresas. Para tal, devem adotar as medidas adequadas para prevenir, investigar, punir e reparar tais abusos, usando políticas cabíveis, legislação, regulação e submissão à justiça.

O dever de proteger do Estado é uma norma de conduta. Por conseguinte, os Estados não são por si só responsáveis pelas violações dos direitos humanos cometidos por agentes privados. Todavia, os Estados podem descumprir suas obrigações internacionais de direitos humanos quando essas violações possam ser atribuídas a eles, ou quando não adotam as medidas adequadas para prevenir, investigar, punir e reparar os abusos cometidos por agentes privados.⁷⁵

⁷⁵[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012\(1\)\(2\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1)(2).pdf)

Os Estados, em geral, decidem discricionariamente as medidas que adotam a esse respeito. No entanto, devem considerar toda a gama de medidas de prevenção e reparação admissíveis, inclusive as medidas políticas, legislativas, regulamentares.

4 Considerações finais

O Pacto fora criado pela ONU com o objetivo de sensibilizar as empresas, em âmbito internacional, para adotar práticas sustentáveis e humanitárias de trabalho, ou seja, agir com responsabilidade perante a sociedade a qual fazem parte. Inicialmente foi aderido por um pequeno grupo de empresas que estavam dispostas a demonstrar que eram capazes de aplicar a sustentabilidade.

O marco principal do Pacto foi a elaboração e implantação dos Princípios, os quais tinham por escopo a ampliação do projeto. Importante mencionar que o Pacto Global é a maior iniciativa mundial que visa à sustentabilidade corporativa, tendo como base os princípios dos Direitos Humanos, Normas Trabalhistas, Meio Ambiente e o Combate à Corrupção.

Ressalta-se que além do Pacto Global o Brasil também aderiu aos Princípios Norteadores para Empresas e Direitos Humanos, o qual fora aprovado em junho de 2011 pelo conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas - ONU e elaborados pelo Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas, Professor John Ruggie.

O objetivo do projeto supramencionado é demonstrar a obrigação dos Estados de proteger os direitos humanos, a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos e a necessidade de que existam recursos adequados e eficazes, em caso de descumprimento destes direitos pelas empresas. São 31 (trinta e um) princípios possuindo como base três pilares: proteger, respeitar e reparar. Sendo utilizados por John Ruggie, como parâmetros para a criação dos princípios, os quais visam que seja uma realidade, o respeito aos direitos humanos pelas empresas.

Entretanto, tais projetos não possuem força normativa, o que interfere diretamente em sua efetividade, vez que os membros participantes não se sentem intimidados a descumprirem ou afrontarem as regras e princípios estabelecidos pelos projetos, pois se eventualmente houver alguma violação nada acontecerá aos infratores.

Destarte, os projetos acabam perdendo sua força e credibilidade, o que é extremamente preocupante, uma vez que tanto o Pacto como os Princípios Norteadores visam à preservação das futuras gerações através de programas humanitários e de sustentabilidade. Cabe mencionar que se fossem estabelecidas sanções para cada regra violada o comprometimento das empresas seria maior. Ademais, é importante que tais projetos deixem de ser apenas um manual de boa conduta e tomem a postura de programas normativos, pois somente dessa forma os programas teriam maior efetividade.

Referências

Brasil: Desenvolvimento econômico não deve ocorrer à custa dos direitos humanos, diz grupo de especialistas da ONU. Publicado em 16/12/2015 no site da ONU. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/brasil-desenvolvimento-economico-nao-deve-ocorrer-a-custa-dos-direitos-humanos-diz-grupo-de-especialistas-da-onu/>. Acesso em: 11 set. 2016

EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS PARÂMETROS DA ONU PARA PROTEGER, RESPEITAR E REPARAR RELATÓRIO FINAL DE JOHN RUGGIE - REPRESENTANTE ESPECIAL DO SECRETÁRIO-GERAL. Disponível em: < [http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1).pdf)>. Acesso em 27/08/2016.

FERNANDES, Sarah. *Grande exportador*, Brasil é dos menos transparentes sobre armas que fabrica. (2016). Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2016/08/armasdefogocomercioBrasiltransparenteia8647.html>. Acesso em: 10 set. 2016.

FRAGA, Marcel Lemos Gomes. *Responsabilidade e Reciprocidade. Formação ontopsicológica do administrador e os princípios do Pacto Global: considerações acerca das práticas da Faculdade Antonio Meneghett.* Disponível em: <<https://reciprocidade.emnuvens.com.br/rr/article/view/37/35>>. Acesso em: 16 out. 2016.

GIRÓLAMO, Sálvio di. *Os 10 Princípios do Pacto Global da Organização das Nações Unidas.* 2014. Disponível em: <http://www.digirolamo.com.br/images/Global_compact.pdf>. Acesso em: 12 set. 2016.

Grupo de Trabalho da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos divulga relatório sobre o Brasil. Publicado em 15/06/2016 no site da ONU. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/grupo-de-trabalho-da-onu-sobre-empresas-e-direitos-humanos-divulga-relatorio-sobre-o-brasil/>. Acesso em 12 set. 2016.

GUIDE. to corporate sustainability: Shaping a sustainable future. Shaping a sustainable future. Elaborado pelas Nações Unidas. Disponível em: <https://www.unglobalcompact.org/docs/publications/UN_Global_Compact_Guide_to_Corporate_Sustainability.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2016.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. *Fundamentos de metodologia científica.* 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 1994.

MOLINE, Elaine. *As empresas Brasileiras e o Pacto Global da ONU.* Publicação do Curso de Relações Internacionais da Faculdade Santa Marcelina. Disponível em: <<file:///D:/Downloads/73-141-1-SM.pdf>>. Acesso em 03 set. 2016.

ONU aprova Princípios de Direitos Humanos para Empresas. Instituto ETHOS de Empresas e Responsabilidade Social [Blog Internet] – citado em data 29/06/2011. Disponível em: <<http://institutoethos.blogspot.com.br/2011/06/comentarios-para-ethos-na-cbn-o.html>>. Acesso em 26 set. 2016.

PACTO GLOBAL REDE BRASIL. *Quem somos?* 2015. Disponível em: <<http://www.pactoglobal.org.br/artigo/171/Quem-somos>>. Acesso em: 03 set. 2016.

_____. *O que é.* Disponível em: <<http://www.pactoglobal.org.br/artigo/70/O-que-eh>>. Acessado em: 16 out. 2016.

_____. *Objetivos*. Disponível em: <<http://www.pactoglobal.org.br/artigo/70/Objetivos>>. Acessado em: 16 out. 2016.

Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos. Disponível em: <<https://business-humanrights.org/en/node/86613>>. Acesso em 27 ago. 2016.

Responsabilidade internacional do estado por atos de empresas transnacionais

Andreia Lubke Russi⁷⁶
Heloise Nicole Kunze⁷⁷
Jhonata Adinei Lessa⁷⁸
Jonathan Maicon Francisco⁷⁹
Priscilla Perez Delatorre Mariano⁸⁰
Beatriz Branco⁸¹

Resumo: Com a globalização e a constante expansão econômica internacional, empresas transnacionais tem ganhado cada vez mais destaque. Empresas transnacionais tem sido uma das principais fontes de violações de direitos humanos, e as regras de soft law existentes por vezes, são insuficientes para garantir um crescimento econômico que não fira direitos humanos. O Brasil exercendo seu papel de destaque especialmente na América Latina, tem várias empresas suas violando direitos humanos. Enquanto um marco regulatório não for estabelecido, as massivas violações de direitos humanos tendem a continuar.

107

Palavras-chave: *Empresas Transnacionais. Direitos Humanos. Soft Law. Brasil.*

1 Introdução

Este trabalho tem como objetivo discutir sobre o atual cenário mundial, em que, a cada dia, as fronteiras tornam-se menos impeditivas para o crescimento econômico. Contudo, dessa situação emergem diversos problemas, como é o caso da responsabilização do Estado por atos praticados por empresas transnacionais.

O Estado como sujeito de direito internacional pode ser responsabilizado, inclusive por atos de particulares, mas esse debate torna-se delicado quando se tratam de interesses econômicos por meio das atividades de empresas transnacionais.

Também abordaremos as regras de soft law, que não criam vínculo jurídico e tem sido utilizadas na tentativa de criar responsabilidade internacional para o Estado e para as suas empresas transnacionais, ainda que em outros Estados nacionais. São destaques os esforços da ONU com os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, a criação do grupo de trabalho sobre a temática, e é igualmente válido ressaltar o Pacto Global.

Cabe ainda ressaltar o papel de destaque do Brasil que, por ser um dos protagonistas da América Latina, é mais um dos exemplos de Estado cujas transnacionais violam direitos humanos em países estrangeiros. Esta é uma realidade diretamente ligada ao crescimento

⁷⁶ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

⁷⁷ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

⁷⁸ Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

⁷⁹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

⁸⁰ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

⁸¹ Orientadora, professora do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

econômico e a falta de uma norma jurídica que estabeleça parâmetros de responsabilidade e não apenas apresente boas práticas.

Com o aumento dos acordos comerciais e das atividades de empresas transnacionais, faz-se necessária a criação de um marco regulatório, exigindo-se das instâncias internas e internacionais a realização de medidas que mitiguem as violações de direitos humanos decorrentes desse cenário.

2 Responsabilidade Internacional do Estado

Os Estados são atores do Direito Internacional, e como sujeitos de direito possuem obrigações na ordem jurídica internacional. Deste modo, o Estado poderá ser responsabilizado internacionalmente pelos atos de seus agentes, conforme fundamenta Guerra, "a responsabilidade internacional é o instituto jurídico, em virtude do qual ao Estado é imputado um ato ilícito, segundo o Direito Internacional deve uma reparação ao Estado contra o qual este ato foi cometido" (GUERRA, 2013, p. 167).

A responsabilização do Estado, no entanto, exige alguns requisitos básicos, como apontam Casella, Silva e Accioly, *in verbis*, "incontestável a regra de que o estado é internacionalmente responsável por todo **ato ou omissão** que lhe seja **imputável** e do qual resulte a **violação de uma norma jurídica internacional ou de suas obrigações internacionais** (CASELLA; ACCIOLY; NASCIMENTO, 2012, p. 387) - (grifos nossos).

A possibilidade de responsabilização internacional do Estado é matéria pacificada no direito internacional. Contudo, existem alguns fatores que podem alterar este cenário, como é o caso da responsabilização estatal por atos de particulares. De acordo com Casella, Silva e Accioly (2012, p. 387):

os atos de particulares não pode, acarretar propriamente a responsabilidade internacional do estado, mas este será responsável por não os haver prevenido ou punido. Em rigor, contudo, poderia dizer-se que a responsabilidade do estado será sempre **indireta**, porque somente pode praticar atos por meio dos seus agentes, e quando responde por atos de particulares não é por tê-los praticado (grifos nossos)⁸²

A responsabilização internacional do Estado por atos de particulares é um tema de extrema complexidade, pois o Estado se vê responsável por atos praticados por todos os seus nacionais, não só seus agentes. Como a responsabilidade por atos de particulares não é regra, dois deveres básicos devem ser considerados, como aponta Rezek (2014, p. 324), "a ação hostil de particulares não compromete, por si mesma, a responsabilidade internacional

⁸²CASELLA, P. B; ACCIOLY, H; NASCIMENTO, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 387

do Estado: este incorrerá em ilícito somente quando faltar a seus deveres elementares de prevenção e repressão".

Organismos internacionais de proteção de direitos humanos, como por exemplo os Sistemas Internacionais, já se pronunciaram sobre a responsabilidade internacional do Estado por atos de particulares. Como exemplo, pode-se citar a Corte Interamericana de Direitos Humanos que determinou que um Estado só possa ser responsabilizado quando teve ou deveria ter conhecimento da situação de real e imediata ameaça a um indivíduo ou grupo de indivíduos, e diante disso, haveria razoável possibilidade de impedir a concretização da violação, e mesmo assim não o fez.⁸³

Como já apontado, a responsabilização por atos de particulares não é regra, e se torna ainda mais complicada se o ato ilícito for atribuído a uma empresa transnacional.

A Organização das Nações Unidas – ONU (1984, p. 626), em uma de suas tentativas em estabelecer um código de conduta para as transnacionais, apresentou o conceito de empresas transnacionais como:

uma sociedade de capital público, privado ou misto, compreendendo entidades em dois ou mais países, independente da estrutura legal e dos campos de atividades, a qual opera sob um sistema de tomada de decisões, em que as entidades estão tão ligadas, por propriedade acionária ou não, que uma ou mais delas (podem ser capazes de) exercem a uma influência significativa sobre as atividades das outras, em particular, dividindo conhecimento, recursos e responsabilidades

Com a globalização e o aumento dos acordos comerciais entre Estados, a atuação das empresas transnacionais se intensificou. É sabido que o principal objetivo de qualquer empresa é a obtenção de lucro, o que se enquadra no direito ao desenvolvimento, sendo este considerado um direito humano, conforme preceitua o artigo 1º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1986.⁸⁴

No entanto, o direito ao desenvolvimento e a ação das empresas transnacionais não podem violar outros direitos humanos. É comum as informações e denúncias de atos de empresas transnacionais, originárias de países desenvolvidos ou em desenvolvimento, que violam direitos humanos nos países receptores, os quais geralmente são menos desenvolvidos.

Estas empresas costumemente violam o território e o meio ambiente de onde se instalam, por vezes forçam a retirada de comunidades típicas e chegam a submeter seus trabalhadores a condições análogas a escravidão.

⁸³Corte IDH. *Defensores de direitos humanos e outros vs. Guatemala*, par. 140

⁸⁴ Art. 1º: "O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados."

Diante das violações, as vítimas acabam passando por um calvário jurídico para ter seus direitos reparados. O Estado receptor se nega ao cumprimento de seus deveres, uma vez que o responsável pelos atos foi uma empresa de país estrangeiro. E o Estado de origem, se nega ao dever de reparar, alegando-se a extraterritorialidade como um fator decisivo. Nesse jogo de jurisdições, as violações de direitos humanos continuam ocorrendo, a cada dia com mais intensidade, vez que seus violadores continuam impunes.

Na tentativa de minimizar as violações e responsabilizar os atores, organismos de proteção de direitos humanos, tais como a ONU, têm tentado criar medidas que vinculem os Estados e as empresas.

As tentativas que estão sendo feitas são todas na intenção de criar medidas de *soft law*. Nesse sentido, conceitua Abbud (2014, web):

Soft law é expressão usada para designar uma realidade bastante ampla e variada. Em um sentido mais genérico, refere-se a qualquer instrumento regulatório dotado de força normativa limitada, isto é, que em princípio não é vinculante, não cria obrigações jurídicas, mas ainda assim pode produzir certos efeitos concretos aos destinatários.

Dentro dessas regras de *soft law*, é importante destacar o Pacto Global, de iniciativa do ex-secretário geral da ONU, Kofi Annan, que determina, em 10 princípios, que os empresários assumam boas práticas para protegem diversos direitos humanos, dentre eles o meio ambiente e as relações de trabalho.

Depois de algumas tentativas que não foram aprovadas, o Conselho de Direitos Humanos da ONU, aprovou, em 2011, os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, também denominado de Princípios de Ruggie, elaborados pelo Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas, John Ruggie. Com as premissas de proteger, respeitar e reparar, os 31 princípios adotados pretendem garantir que as empresas transnacionais ou não, assim como os Estados, respeitem os direitos humanos.

Para disseminar os Princípios Orientadores, também em 2011, foi criado o grupo de trabalho sobre empresas e direitos humanos da ONU, sendo formado por 5 experts independentes que podem realizar visitas *in loco*, com o intuito de monitorar o desenvolvimento dos direitos humanos.

Ainda pode-se citar como tentativas de criar marcos regulatórios, os guias de boas práticas, os princípios de Maastricht sobre as Obrigações Extraterritoriais dos Estados na área dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que foram redigidos por 40 experts de direito internacional dos mais variados setores da sociedade civil; o o Guia Interpretativo do Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos sobre a Responsabilidade das Corporações de Respeitar os Direitos Humanos; e as Diretrizes para Empresas Transnacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

No ano de 2016, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos divulgou um relatório sobre povos indígenas, comunidades afrodescendentes e indústrias extrativistas⁸⁵ em uma tentativa de dar publicidade ao tema e instar os Estados Parte da Organização dos Estados Americanos – OEA, a criarem regras que impeçam que empresas originárias de seus Estados continuem violando direitos humanos em outro território sem qualquer responsabilização.

Pode-se notar que existem diversas tentativas de criar guias, orientações e marcos regulatórios sobre as atividades das empresas, especialmente as transnacionais e seus Estados de origem. No entanto, todas essas tentativas são regras de *soft law*, o que significa que o Estado ao aceitar aquele documento, não se vincula juridicamente e não poderá ser judicialmente responsabilizado. Tal fato permite que o Estado utilize documentos tão importantes apenas como medidas de alto promoção e como forma de boa publicidade internacional, mas sem sofrer qualquer consequência pelo descumprimento do documento.

As empresas transnacionais movimentam uma grande quantidade de dinheiro e por vezes possuem força política maior do que alguns Estados. Nesse sentido, defende Strenger (1998, p. 321-322):

está fora de dúvida que as multinacionais são mais poderosas do que muitos Estados e desse ponto de vista são entidades que podem alterar substancialmente o equilíbrio de forças e o conjunto de relações econômicas internacionais. [...] se as empresas multinacionais são atores importantes das relações econômicas, seu papel positivo para o desenvolvimento dependerá, em grande parte, da consecução de esquemas justos de relações internacionais, que favoreçam o progresso global em vez do progresso de alguns poucos a custas dos demais.

Todos os esforços já tomados são válidos, porém se a maior preocupação dos atores internacionais continuar sendo o lucro de suas empresas e seu crescimento econômico, a população continuará à mercê dessas empresas e terá seus direitos básicos violados em nome da expansão econômica e do capital.

2.1 Transnacionais do Brasil

A expansão da economia brasileira no mundo, especialmente fazendo parte dos BRICS, não só coloca o país com mais influência no cenário internacional como também o coloca na linha de frente das cobranças.

De acordo com o artigo de Ana Valéria Araújo, publicado pela Conectas (ONG de direitos humanos), o Brasil tem assumido uma posição de destaque nas relações comerciais,

⁸⁵ HUMANOS, Comissão Interamericana de Direitos. *Povos Indígenas, Comunidades Afrodescendentes e Indústrias extrativistas*. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

vez que possui parceiros importantes como a China, por exemplo. Em contrapartida a exigência de respeito aos direitos humanos também aumenta.⁸⁶

Assim, tendo em vista que, atualmente, o Brasil é tido como um grande produtor agrícola, os mercados europeus e americanos fazem vistas grossas a muitas violações de direitos humanos. E ainda, grande dificuldade seria, encontrar Estados que estivessem dispostos a denunciar tais violações.⁸⁷

Empresas brasileiras atuando em mercados como a África e a América Latina, já assinalam que o país pode ferir direitos humanos naqueles locais, invertendo assim a posição de um país que durante muito tempo foi vítima de direitos humanos violados, para então ocupar o papel de violador.⁸⁸

Um grande exemplo de ocupação de território internacional por empresas brasileiras é a plantação de soja em Moçambique, conforme expôs Carolina B. Peçanha, em artigo publicado pela Universidade Federal de Santa Catarina.⁸⁹ De acordo com o artigo, além de empresas plantadoras de soja, usando de incentivos locais, encontram-se também naquele país mais de 30 empresas brasileiras, como Mineradora Vale, construtoras como Andrade Gutierrez e Camargo Corrêa entre outras.

Um das alegações positivas para que o Brasil ocupasse essas terras, era de que o país, por ter tradição na agricultura iria contribuir para o progresso dessa atividade na região e nas demais atividades iria promover o desenvolvimento daquelas áreas exploradas por empresas brasileiras.

Com o argumento de que a língua portuguesa une os dois países, foi construída uma idéia falsa de cooperação, e um sério problema cultural pode ser instalado, pois afinidades não tornam dois povos iguais.

Usou-se ainda a oferta de mão-de-obra, de empregos, mas na realidade trata-se de neocolonialismo promovido pelo Brasil, pois a mão de obra é barata, o meio ambiente é prejudicado, há grande movimentação de comunidades inteiras, os costumes locais não são respeitados, sob a desculpa da língua, muitos acham que vão encontrar um local igual ao Brasil, sendo assim as diferenças são tratadas como algo anormal.

Outro caso de empresa brasileira atuando em território estrangeiro, citado por Alexandra Almeida na obra “Empresas Transnacionais brasileiras na América Latina – debate

⁸⁶ ARAÚJO, Ana Valéria. *Desafios de sustentabilidade da agenda de direitos humanos no Brasil*. Disponível em <http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/20/1007310-desafios-de-sustentabilidade-da-agenda-de-direitos-humanos-no-brasil> Acesso em: 21 ago. 2016.

⁸⁷ ARAÚJO, Ana Valéria. *Desafios de sustentabilidade da agenda de direitos humanos no Brasil*. Disponível em <http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/20/1007310-desafios-de-sustentabilidade-da-agenda-de-direitos-humanos-no-brasil> Acesso em: 21 ago. 2016.

⁸⁸ ARAÚJO, Ana Valéria. *Desafios de sustentabilidade da agenda de direitos humanos no Brasil*. Disponível em <http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/20/1007310-desafios-de-sustentabilidade-da-agenda-de-direitos-humanos-no-brasil> Acesso em: 21 ago. 2016.

⁸⁹ PEÇANHA, Carolina Becker. *O Debate Nos Jornais Moçambicanos Sobre A Presença Das Empresas Brasileiras Em Moçambique Entre Os Anos 2008 A 2013*, p. 31. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/121676> Acesso em: 21 ago. 2016.

necessário é o da Petrobrás no Equador que vem sendo denunciada por impactos ambientais no Parque Nacional de Yasuní, na Bolívia também a Petrobras é denunciada por movimentos sociais por impactos ambientais na exploração de gás.⁹⁰

Aponta a autora que construtoras brasileiras no Equador são apontadas como violadoras não só do meio ambiente, como também de direitos trabalhistas, a Odebrecht foi expulsa recentemente do país, na Bolívia a Queiroz Galvão foi obrigada a sair do país após executar obras com fissuras e fora das leis trabalhistas.

Com relação as obras da Petrobras no Parque Yasuní a população indígena de Chiru Isla denunciou os efeitos negativos causados pelos trabalhos de construção de um cais,⁹¹ alegando-se que a empresa contaminou os cursos de água com substâncias tóxicas e, que a empresa não considerava as questões ambientais com a devida seriedade, famílias foram afetadas, dejetos foram depositados na periferia do parque, em descordo com as leis do Equador.

E ainda, de acordo com a mesma obra, relata-se que a Petrobras explorava a população local, pagando-lhes baixos salários por trabalhos perigosos e adquiria bananas e mandioca sem pagar quase nada em troca.

A Vale corresponsável pela famosa tragédia de Mariana no Brasil é também acusada por impactos ambientais, sociais e trabalhistas de atividades da mineração sofridos por populações e trabalhadores no Peru, Indonésia, Canadá, e outros países onde ela opera.

A Vale é a umas das maiores transnacionais brasileiras, tem um grupo empresarial com mais de 27 empresas, distribuídas em 30 países, suas atividades causam graves impactos, como desmatamentos, deslocamento de populações, destruição de modelos agrícolas familiares, poluição do ar e da água, conforme apontam os autores Dario Bossi, Gustavo Gazenelli, Karina Kato e Bruno Milanez, na obra “Empresas Transnacionais Brasileiras na América Latina – um debate necessário.”⁹²

Discutem os autores supramencionados que as práticas da Vale só acentuam a desigualdade, pois a empresa conta com vários benefícios econômicos e dificilmente é responsabilizada por problemas sociais e ambientais provocados por sua atividade.

Nesse sentido, argumenta-se que a Vale possui aproximadamente 14 processos abertos contra a empresa por descumprimento de legislação ambiental, tais como incêndio em mata nativa para obtenção de carvão, destruição de nascentes, depositar toneladas de dejetos de minério de ferro tudo isso sem a mínima preocupação ambiental.

⁹⁰ALMEIDA, Alexandra. *Empresas transnacionais brasileiras na América Latina - um debate necessário: Petrobrás no Equador*. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 27 - 42

⁹¹ALMEIDA, Alexandra. *Empresas transnacionais brasileiras na América Latina - um debate necessário: Petrobrás no Equador*. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 27 - 42

⁹²BOSSI, Dario; GAZZENELLI, Gustavo; KATO, Karina; MILANEZ, Bruno. *Empresas transnacionais brasileiras na América Latina - um debate necessário: a face agressiva da vale*. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 157 – 174.

Sabe-se que a empresa já foi multada em milhões dos quais só pagou uma pequena parte, afetando uma grande camada da população não só do Brasil, mas também do mundo, afeta índios, trabalhadores, ribeirinhos.

Outra empresa que também causa graves impactos no meio ambiente é o Grupo Votorantin, por ser uma empresa muito importante para a economia local ela dificilmente é denunciada e punida, visto ser uma empresa muito influente política e economicamente. Um exemplo de desrespeito ao meio ambiente foi a construção de uma mina subterrânea, após terem sido esgotados os recursos da superfície, essa mina poluiu rios e destruiu nas casas do seu entorno, como aponta a autora Maria Luisa Mendonça, na obra “Empresas Transnacionais Brasileiras na América Latina – um debate necessário”.⁹³

Esses são alguns exemplos de práticas de empresas transnacionais, que afetam o ambiente como um todo e desrespeitam direitos humanos, na ânsia de maior faturamento econômico e de um pretoso desenvolvimento de países emergentes, que outrora foram colonizados e explorados e que agora ocupam o mesmo papel, com as mesmas desculpas.

3 Considerações finais

É nítido que a globalização produz grande impacto nas relações internacionais, e também que as barreiras territoriais estão cada vez mais transponíveis, sendo inegável o crescimento das empresas transnacionais.

Diante desse novo cenário é cada vez mais comum a publicação de notícias sobre empresas transnacionais que violam direitos humanos em países estrangeiros. Essa situação encontra um limbo jurídico quando se trata de responsabilização do Estado, uma vez que o conflito de jurisdição permite, muitas vezes, que a tanto a empresa como o Estado de origem permaneçam impunes em relação às violações de direitos humanos.

Várias tentativas foram feitas no sentido de responsabilizar os Estados de origem e suas empresas. no entanto, devido ao grande poder de influência das empresas e ao interesse dos Estados no desenvolvimento econômico em detrimento de outros direitos, as medidas que foram tomadas constituem regras de *soft law*, em que os Estados não são vinculados, servindo apenas como política de boa publicidade sem consequências efetivas.

O Estado brasileiro, como potência econômica e sendo um dos principais atores do MERCOSUL, integrando o BRICS e exercendo papel de destaque no sul global, acaba sendo partícipe nas constantes denúncias de empresas transnacionais de origem brasileira que violam direitos humanos em outros territórios.

Cabe tanto aos Estados quanto às empresas a consciência coletiva de que o bem-estar da população não pode ser relativizado em prol do crescimento econômico, sendo

⁹³MENDONÇA, Maria Luísa. *Empresas transnacionais brasileiras na América Latina - um debate necessário: o verdadeiro perfil do grupo Votorantin*. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 176 - 185

fundamental que a sociedade civil organizada pressione tanto no âmbito interno quanto no cenário internacional, por mudanças significativas que permitam a criação de um tratado vinculante sobre empresas e direitos humanos.

Referências

ABBUD. *Regras de soft law*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/soft-law/13960>> Acesso em: 20 ago. 2016.

ALMEIDA, Alexandra. *Empresas transnacionais brasileiras na América Latina - um debate necessário: Petrobrás no Equador*. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 27-42.

ARAÚJO, Ana Valéria. *Desafios de sustentabilidade da agenda de direitos humanos no Brasil*. Disponível em <<http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/20/1007310-desafios-de-sustentabilidade-da-agenda-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 21 de agosto de 2016.

BOSSI, Dario *et al.*. *Empresas transnacionais brasileiras na América Latina - um debate necessário: a face agressiva da vale*. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 157 – 174.

CAMPANHA JUSTIÇA NOS TRILHOS INSTITUTO POLÍTICAS ALTERNATIVAS PARA O CONE SUL (PACS). *Empresas Transnacionais brasileiras na América latina – Um debate necessário*. Disponível em:<<http://www.rls.org.br/sites> > Acesso em 26 de agosto de 2016.

CASELLA, P. B; ACCIOLY, H; NASCIMENTO, G. E. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUERRA, Sidney. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HUMANOS, Comissão Interamericana de Direitos. *Povos Indígenas, Comunidades Afrodescendentes e Indústrias extrativistas*. 2015. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

MENDONÇA, Maria Luísa. *Empresas transnacionais brasileiras na América Latina - um debate necessário: O verdadeiro perfil do grupo Votorantin*. São Paulo: Expressão Popular, 2009, p. 176 – 185.

PACTO GLOBAL. Disponível em: <<http://www.pactoglobal.org.br/artigo/56/Os-10-principios>> Acesso em: 24 de agosto de 2016.

PEÇANHA, Carolina Becker. *O Debate Nos Jornais Moçambicanos Sobre A Presença Das Empresas Brasileiras Em Moçambique Entre Os Anos 2008 a 2013*, p. 31.

PRINCÍPIOS DE MAASTRICHT. Disponível em: <https://www.fidh.org/IMG/pdf/maastricht-eto-principles-es_web.pdf> Acesso em: 24 ago. 2016.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 324.

STRENGER, Irineu. *Relações Internacionais*. São Paulo: LTr, 1998.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *International Standards on Bussisness and Human Rights*. Disponível em:

<<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/InternationalStandards.asp>>. UN.Report of the Secretariat on the Outstanding Issues in the Draft Code of Conduct on Transnational Corporations. International Legal Materials, 23, 602-639, 1984.

Saúde no cárcere: mulheres presas sob a ótica dos direitos humanos

Bianca Elisa Machado Berretta⁹⁴
Débora Scheunemann Paul⁹⁵
Isabel Cristina Vicenzi Dziedzic⁹⁶
Juliana Mendes P. de Paula⁹⁷
Laila Siewert⁹⁸
Beatriz Regina Branco⁹⁹
Fernanda Brandão Lapa¹⁰⁰

Resumo: Trata-se de pesquisa oriunda de trabalho realizado na Clínica de Direitos Humanos da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE, que abordou questões acerca dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres encarceradas. À vista disso, o tipo de pesquisa adotado foi o qualitativo, sendo que, fez-se uma análise sobre as legislações de modo geral, tanto nacional, quanto a internacional, além das políticas públicas, para, então, posteriormente, analisar o que há de legislação e políticas públicas específicas para as mulheres que estão privadas de liberdade.

Palavras-chave: Saúde. Cárcere. Direitos Humanos. Joinville. Mulheres. Dignidade Da Pessoa Humana. Bangkok.

1 Introdução

Esta pesquisa é fruto de um projeto realizado pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade da Região de Joinville no segundo semestre de 2016. A escolha para trabalhar com os Direitos Sexuais e Reprodutivos das Mulheres Encarceradas em Joinville foi feita com o objetivo primordial de estudar o direito à saúde das mulheres presas, bem como algumas das seguintes situações: mulheres gestantes, amamentação, visita da família, revista vexatória e as condições adequadas para um presídio específico para as mulheres.

O tipo de pesquisa adotado foi o qualitativo, sendo que as etapas da pesquisa consistem num estudo do marco legislativo, geral e específico existente para as mulheres encarceradas, tanto no âmbito nacional como internacional, assim como acerca das políticas públicas para essa população na cidade de Joinville, em Santa Catarina e no Brasil.

⁹⁴ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

⁹⁵ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

⁹⁶ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

⁹⁷ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

⁹⁸ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

⁹⁹ Orientadora, professora do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

¹⁰⁰ Orientadora, professora do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

2. Legislação

2.1 legislação geral internacional

2.1.1 Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos

O objetivo das regras mínimas para tratamento de reclusos não é descrever detalhadamente um sistema penitenciário modelo, mas apenas estabelecer - inspirando-se em conceitos geralmente admitidos em nossos tempos e nos elementos essenciais dos sistemas contemporâneos mais adequados – os princípios e as regras de uma boa organização penitenciária e da prática relativa ao tratamento de prisioneiros.

2.1.2 Regras de Mandela

As Regras de Mandela concedem limites para a estruturação dos sistemas penais nos diferentes países, revendo, inclusive, as "Regras Mínimas para o Tratamento de Presos" aprovadas em 1955. As presentes regras servem principalmente para fornecer bons princípios e sugerir boas práticas no tratamento de presos e para a gestão prisional, assegurando a dignidade e respeito aos encarcerados, bem como aos seus familiares.

2.1.3 Regras de Tóquio

Esse tratado internacional adotou medidas alternativas para as pessoas submetidas à pena de restrição de liberdade, assegurando-lhes o direito a recurso a fim de que possam cumprir medidas substitutivas da prisão, promover uma maior participação da comunidade no processo de justiça penal, em especial no tratamento dos delinquentes, bem como a desenvolver nestes últimos um sentido de responsabilidade para com a sociedade, garantir um justo equilíbrio entre os direitos de cada delinquente, os direitos das vítimas e as preocupações da sociedade quanto à segurança pública e à prevenção do crime.

2.2 Legislação específica internacional

2.2.1 Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas e liberdade para mulheres infratoras

Verifica-se que nem todas as regras podem ser aplicadas igualmente em todos os lugares e a todo o momento; no entanto, devem servir para estimular o empenho para superar dificuldades práticas em sua aplicação, sabendo que representam, de modo geral, aspirações globais em sintonia com o objetivo comum de melhorar a situação de mulheres prisioneiras, seus filhos e suas comunidades. Incentiva os Estados-membros a adotar legislação para estabelecer alternativas à prisão e a priorizar o financiamento de tais sistemas, assim como o desenvolvimento dos mecanismos necessários para sua implementação.

2.2.2 Regras de Bangkok

As Regras de Bangkok são normas das “nações unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras” e tem como base para diversos tratados internacionais, dentre eles, as Regras das Nações Unidas Para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas e Liberdade para Mulheres Infratoras; Regras Mínimas para Tratamento de Reclusos; Princípios para Proteção de Todas as Pessoas Submetidas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão; Regras De Tokio e o Manual para Administradores de Prisões e Formuladores de Políticas Públicas sobre Mulheres Encarceradas.

De forma geral, esse ordenamento determina que, no âmbito da saúde, o Estado deverá fornecer ambiente adequado as necessidades específicas das mulheres, além de fornecer materiais de higiene e absorventes as reclusas gratuitamente. Outro ponto abordado é a instalação especial para as grávidas e as detentas que estão amamentando ou cuidando dos seus filhos dentro do sistema carcerário, bem como o fornecimento de atendimento de pediatria e atendimento específico para as mulheres, como Papanicolau, exame de câncer de mama e ginecológico, dentre outros que se fizerem necessários. Outras questões são levantadas pelas Regras de Bangkok, como a obrigatoriedade da presença de agentes carcerárias femininas nas alas femininas, a importância da realização da revista íntima somente por mulheres, a proibição de instrumentos de contenção no momento do parto, a regularização das visitas íntimas e o acompanhamento psiquiátrico das reclusas.

2.3 Legislação geral nacional

No que concerne a legislação geral nacional, sabe-se que a Constituição Federal é a principal fonte garantidora de direitos humanos e, dentre estes, podemos enunciar a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Não obstante, a Lei nº 7.210, de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), também prevê direitos aos encarcerados, tendo como objetivo principal efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

2.4 Legislação específica nacional

Quanto à legislação específica para as mulheres encarceradas em âmbito brasileiro, tem-se a Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009. Tal lei, concede nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência.

3 Políticas públicas

As Políticas Públicas, conforme Höfling (2001, p.31), são como o “Estado em ação; é o Estado implantando um projeto de governo, através de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade.

Robert Alexy, citado por Bucci (2006, p. 241), entende sobre estas ações positivas do Estado como sendo:

[...] políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são metas coletivas conscientes e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato.

120

Estas ações que o Poder Público estabelece para a aquisição de interesses públicos que lhe incumbe tutelar também cabem à população encarcerada de modo geral e, especificamente, às mulheres encarceradas, como podemos ver a seguir.

3.1 Políticas públicas em âmbito nacional

De modo geral, O Departamento Penitenciário nacional – DEPEN, órgão executivo do Ministério da Justiça, encarregado pela gestão e fiscalização das penitenciárias no Brasil, vem articulando políticas públicas na esfera educacional, da saúde e da profissionalização, bem como elaborou o Programa Nacional de Segurança Pública com a Cidadania - PRONASCI, em que o objetivo primordial é “a redução da criminalidade por meio de integração de políticas de combate ao crime, políticas sociais e mecanismos rígidos de controle e apoio às forças policiais”.¹⁰¹

Na esfera educacional, há a Resolução nº 3, de 11 de março de 2009, do Conselho Nacional De Política Criminal E Penitenciária - CNPCP, que originou o projeto “Educando para a Liberdade”¹⁰² que é:

[...] fruto de parceria entre os ministérios da Educação e da Justiça e da Representação da UNESCO no Brasil, com apoio do governo do Japão, ousa transpor os muros das prisões brasileiras desde uma perspectiva de afirmação dos direitos fundamentais de todos os cidadãos e de inclusão das pessoas privadas de liberdade na realização cotidiana daquele ideal de democracia.

¹⁰¹ CARTILHA. *Ações PRONASCI / DEPEN* – Universidade Federal do Alagoas. Disponível em: <http://www.ufal.edu.br/aedhesp/gepsojur/anexos/ANDRE_LUIZ_DE_ALMEIDA_E_CUNHA_-_ACOES_PRONASCI_-_DEPEN.pdf>. Acesso em 07 set. 2016.

¹⁰² BRASIL. *Educando para a liberdade: trajetória, debates e proposições de um projeto para a educação nas prisões brasileiras*. Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/eja_prisao/educando_liberdade_unesco.pdf. Acesso em: 07 set. 2016.

Já na parte da saúde, foi elaborado o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário que abrange as pessoas encarceradas nas penitenciárias, presídios, colônias agrícolas e/ou agroindustriais e hospitais de custódia e tratamento. Tal plano foi instituído pela Portaria Interministerial n.º 1.777, de 9 de setembro de 2003, que instituiu o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, é resultado da participação de diversas áreas técnicas dos Ministérios da Saúde e da Justiça e com a participação do Conselho Nacional de Secretários de Saúde, do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde e do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária¹⁰³.

Quanto a profissionalização, tem-se o trabalho que é realizado dentro e fora do estabelecimento prisional, em que o Estado realiza, por exemplo, a Parceria Público Privada (PPP) com as empresas para captação de trabalhadores encarcerados. Tais empresas têm os seguintes benefícios: contratação da mão de obra do preso fora do regime da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT); isenção de pagamento de férias, 13º salário, FGTS, multa rescisória, entre outros tributos; facilidade de reposição ou substituição de mão de obra; pagamento de no mínimo um salário mínimo vigente; supervisão e fiscalização do trabalho dos presos realizada periodicamente por um fiscal da Sejus; isenção de despesas com locação de imóvel, água e luz, caso a empresa decida implantar a oficina de trabalho dentro da unidade prisional¹⁰⁴.

Ademais, a cada quatro anos o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP promove o Plano Nacional de Política Criminal, com o objetivo de estabelecer as diretrizes para essa política, recepcionando a previsão do artigo 64, incisos I e II da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/94). Dividi-se em duas partes, sendo que a primeira aponta as medidas relacionadas à porta de entrada do sistema penal, com a finalidade de revelar o que tem levado ao quadro atual da política criminal, em que ocorre crescimento contínuo da população carcerária, sem impacto na melhoria dos indicadores de segurança pública; já a segunda, fixam diretrizes para o funcionamento do sistema prisional, do cumprimento de medida de segurança, do monitoramento eletrônico e das alternativas penais¹⁰⁵.

Não obstante, existe o Plano Diretor de Melhorias para o Sistema Prisional com a finalidade de integração dos âmbitos estadual e federal, fortalecimento institucional e

¹⁰³ BRASIL. *Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas.* Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_nacional_saude_sistema_penitenciario_2ed.pdf>. Acesso em: 07 set. 2016.

¹⁰⁴ SEJUS. *Empresa de Viana absorve mão de obra de internos de sistema prisional capixaba.* Disponível em: <http://sejus.es.gov.br/Not%C3%ADcia/empresa-de-viana-absorve-mao-de-obra-de-internos-de-sistema-prisional-capixaba>. Acesso em: 07 set. 2016.

¹⁰⁵ BRASIL. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária.* Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>. Acesso em 07 set. 2016.

administrativo dos órgãos de execução penal, visando a uniformização e o melhoramento do atual modelo prisional brasileiro, através do planejamento de ações, pelos vários setores finalísticos dos órgãos estaduais de administração prisional. Nesse sentido, foi elaborado no Plano 16 (dezesseis) objetivos estratégicos, que foram pré-definidos pela União, nos quais cada unidade federativa elaborará seu plano de ação, com o intuito de adequar a realidade de cada estado e DF às bases legais constantes na Constituição Federal, Lei de Execução Penal, Resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e outros diplomas legais¹⁰⁶.

Considerando as problemáticas sobre o encarceramento feminino nos estabelecimentos prisionais brasileiros, bem como as diversas formas de discriminação que envolvem as mulheres nesses ambientes; o DEPEN, em parceria com diversos órgãos ligados à execução da pena, ministérios e sociedade civil, elaborou a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade Egressas do Sistema Prisional - PNAME através da Portaria Interministerial nº 210, de 16 de janeiro de 2014¹⁰⁷.

A PNAME aborda os princípios, as diretrizes, os objetivos e as propostas consensuadas, de corresponsabilidade de gestão entre diversos órgãos, que versam sobre o aprimoramento da situação do sistema criminal e penitenciário feminino, com respaldo, inclusive, nos normativos afetos às mulheres presas, egressas e seus filhos, em âmbito nacional e internacional.¹⁰⁸

Insta frisar, ainda, que não se vislumbram políticas públicas específicas para as mulheres encarceradas no Estado de Santa Catarina.

3.2 A falta de políticas públicas específicas para mulheres encarceradas no âmbito do Estado de Santa Catarina

No âmbito do Estado de Santa Catarina existem políticas públicas de caráter geral nas esferas da educação e saúde. Todavia, não há ações específicas do Poder Público para as mulheres encarceradas.

Na esfera da educação, o Estado de Santa Catarina firmou o Plano Estadual de Educação em Prisões - PEEP entre a Secretaria de Estado da Educação e a Secretaria de

¹⁰⁶ BRASIL. *Plano Diretor de Melhorias para o Sistema Prisional*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/plano-diretor/anexos-plano-diretor/plano-diretor-de-melhorias-para-o-sistema-prisional.pdf>. Acesso em 7 set. 2016.

¹⁰⁷ BRASIL. *Portaria Interministerial Nº 210, De 16 de janeiro de 2014*. Disponível em: http://www.justica.sp.gov.br/StaticFiles/SJDC/ArquivosComuns/ProgramasProjetos/PPM/U_PT-INTERM-MJ-MSPM-210_160114.pdf. Acesso 7 set. 2016.

5. ¹⁰⁸ BRASIL. *Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1/anexos-projeto-mulheres/doc-basilar-politica-nacional-versao-final.pdf>. Acesso em 7 set. 2016.

Estado da Justiça e Cidadania, que tinha por objetivo oferecer educação para as pessoas encarceradas e elaborar um plano político pedagógico a ser aplicado nos presídios, a fim de que as metas previstas fossem alcançadas no período dos anos de 2012 a 2014.¹⁰⁹

O referido Plano previu o modo de operacionalização e diretrizes a ser observada, a forma de gestão e financiamento, além de que, previa seis metas atingidas: ampliação da matrícula na educação formal, ampliação de oferta na educação formal, ampliação de oferta de qualificação profissional, ampliação no número de inscritos nos exames de certificação, ampliação no número de bibliotecas e de espaços de leitura e melhoria na qualidade de oferta de educação.

Já na esfera da saúde, o Plano Operativo Estadual de Saúde no Sistema Penitenciário - PNSSP foi firmado entre o Governo de Estado de Santa Catarina, a Secretaria de Estado da Saúde e a Secretaria de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão no mês de maio de 2004.

Tal Plano veio a partir de diretrizes do Plano Nacional de Saúde, especificamente pela Portaria Ministerial n.º 177/GM, de 9 de setembro de 2004, aprovado pelo Ministério da Saúde e o Ministério da Justiça. O seu intuito é “o de contribuir para o controle e ou redução dos agravos mais frequentes à saúde das pessoas presas, através do estabelecimento de metas gerais e específicas no Estado de Santa Catarina, com vistas a promover, proteger e recuperar a saúde da população prisional.”¹¹⁰ Ainda prevê metas gerais e específicas, infraestrutura, financiamento, organização do sistema, dentre outras diretrizes.

A seguir, finalmente, cabe tecer considerações a respeito do atendimento a saúde para as mulheres reclusas.

4 Direito à saúde das mulheres encarceradas

Segundo dispõe o artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, a saúde é um direito inerente a todos os cidadãos brasileiros, homens e mulheres, e, se enquadra como um direito social. Logo, se não assegurado pelo Estado, tem-se, de plano, uma violação constitucional. Oportuno frisar, que a saúde compreende muito mais do que o plano físico, ou seja, só estará de fato estabelecida quando o corpo e a mente estiverem bem. Assim, pode-se dizer que a saúde também se respalda no princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto, é evidente

¹⁰⁹ BRASIL. *Plano Estadual de Educação em Prisões (PEEP) do Estado de Santa Catarina*. Disponível em: http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/educacao-no-sistema-prisional/planos-estaduais-de-educacao-nas-prisoas/peep_sc-cd-mec.pdf Acesso em 01 set. 2016.

¹¹⁰ BRASIL. *Plano Operativo Estadual De Saúde No Sistema Penitenciário (PNSSP) do Estado de Santa Catarina*. Disponível em: http://fcja.com.br/saocristovoadosul/biblioteca_virtual/717633b8d1a3ffd483cd9c6c3831470b.pdf. Acesso em 01 set. 2016.

que não há como viver de modo digno se existem problemas que atingem a integridade física e moral.

A Organização Mundial da Saúde conceituou a saúde como bem-estar social e do indivíduo, onde a saúde de um indivíduo pode ser determinada pela própria biologia humana, pelo ambiente físico, social e econômico a que se está exposta, ou até mesmo pelo seu estilo de vida, ou seja, pelos hábitos de alimentação e outros comportamentos que podem ser benéficos ou prejudiciais.

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados¹¹¹.

124

Quando se aborda a questão da saúde das mulheres, não se pode deixar de salientar a observância deste direito em relação as que estão encarceradas, pois, esta condição jamais poderia privá-las disto. A Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece a saúde como fundamental a todos. Portanto, afastar este direito das mulheres encarceradas é a mesma coisa que afirmar que não são cidadãs, haja vista que, como exposto acima, a saúde deve ser assegurada a todos, independentemente da sua condição.

De análise à legislação nacional, em especial à Lei de Execuções Penais, infere-se que há previsão do direito à saúde. O artigo 14 estabelece sobre a assistência à saúde e do preso e do internado, enquanto o artigo 41, inciso VII dispõe que é direito do preso a assistência material à saúde.

Corroborando, os artigos 82, § 1º, e 83, § 2º, preconizam que a mulher deverá ser recolhida em estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal, bem como, deverá possuir berçários, onde as presas possam amamentar seus filhos até os seis meses de idade.

Já no âmbito internacional, no ano de 2010, a Assembleia Geral da ONU aprovou as regras mínimas para o tratamento das mulheres presas, chamadas de Regras de Bangkok, as quais o Estado deverá respeitar, mas não poderá sofrer sanção se não o fizer.

As regras 6 a 18 tratam as questões da saúde física e mental, levando-se em conta a alta taxa de mulheres presas portadoras de HIV, usuárias de drogas ilícitas, e a possibilidade de terem sido vitimizadas em algum momento da vida. Ainda, em geral, as mulheres fazem mais uso de remédios controlados, e, quando encarceradas, frequentemente apresentam distúrbios de saúde mental.

¹¹¹ *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em 27 out 2016.

Salienta-se que aqui no Brasil, o sistema de saúde pública é o denominado SUS (Sistema Único de Saúde). Criado em 1988, sendo este responsável a prestar atendimento aos mais de 180 milhões de brasileiros, inclusive da população carcerária.

Nesse contexto, o atendimento à saúde para a mulher encarcerada, constitui um dever do Estado de proporcionar o seu processo de integração a sociedade, através da efetivação dos direitos da pessoa humana.

5 Considerações finais

A presente pesquisa foi elaborada com objetivo primordial de estudar o direito saúde das mulheres presas, bem como algumas das seguintes situações: mulheres gestantes, amamentação, visita da família, revista vexatória e as condições adequadas para um presídio específico para as mulheres.

Constatou-se que a legislação internacional abarca diversos pontos importantes no que tange os direitos das mulheres encarceradas trazidas pelas “Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas e liberdade para mulheres infratoras” e as “Regras de Bangkok”. Já em âmbito nacional, tem-se a Lei 7.210 (Lei de Execução Penal), em seus artigos 82, § 1º, e 83, § 2º, bem como a Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009, que concedeu nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei nº 7.210 (Lei de Execução Penal), para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência.

Ademais, verificou-se que as políticas públicas sobre os presidiários em geral carecem de medidas protetivas e garantias respaldadas na dignidade da pessoa humana, destacando-se que as direcionadas para as mulheres encarceradas é mais precária, pois no âmbito estadual inexistem políticas neste sentido.

No que concerne o direito à saúde, além de ser previsto constitucionalmente, tem respaldo em âmbito internacional. Tal tutela compreende mais que o plano físico e psicológico do ser humano, abarcando, inclusive, o direito da dignidade da pessoa humana. Ocorre que, em relação as mulheres encarceradas, o atendimento à saúde é ínfimo.

Conforme se extrai dos ergástulos locais, as reclusas vivem em um ambiente insalubre, sem saneamento básico, inexistindo produtos higiênicos que possam suprir as suas necessidades como mulher, razão pela qual, têm que se adaptar a uma vivência um tanto quanto masculina, que até os homens possuem dificuldade de tolerar.

Evidente que não há como aceitar que seres humanos sejam tratados deste modo, privados de uma das condições salutaras para a vivência digna, que é a saúde. Estas mulheres nunca deixaram de serem cidadãs em decorrência dos delitos que cometeram, e não é a privação da saúde que irá ensiná-las o que é certo ou errado.

Cita-se uma frase da Pastoral Carcerária, “penitenciárias são feitas por homens para homens”¹¹². Tal frase demonstra o descaso em atender os direitos das mulheres encarceradas, uma vez que os sistemas prisionais foram moldados para a população masculina.

O cárcere, em si, maltrata a condição psicológica destas mulheres, já mutilando uma parte da saúde que deveriam ter assegurada a qualquer custo, pois, ao invés de oferecer ressocialização, apenas reforça o fato de que a segregação é um castigo, assemelhando-se muito à época das torturas públicas como forma de demonstrar ao povo o que lhe aconteceria caso deduzissem que houve violação à norma estabelecida.

Ante o exposto, não há como tratar a mulher como um presidiário qualquer, porque esta apresenta condições físicas e mentais diversas, devendo-se priorizar a máxima de que “deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”, e a manutenção da saúde física e mental é uma forma de concretizar isto.

Referências

BRASIL. *Educando para a liberdade: trajetória, debates e proposições de um projeto para a educação nas prisões brasileiras*. Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/eja_prisao/educando_liberdade_unesco.pdf. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. *Plano Diretor de Melhorias para o Sistema Prisional*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/plano-diretor/anexos-plano-diretor/plano-diretor-de-melhorias-para-o-sistema-prisional.pdf>. Acesso em 7 set. 2016.

_____. *Plano Estadual de Educação em Prisões (PEEP) do Estado de Santa Catarina*. Disponível em: http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/educacao-no-sistema-prisional/planos-estaduais-de-educacao-nas-prisoas/peep_sc-cd-mec.pdf. Acesso em 01 set. 2016.

_____. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>. Acesso em 07 set. 2016.

_____. *Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional*. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1/anexos-projeto-mulheres/doc-basilar-politica-nacional-versao-final.pdf>. Acesso em 7 set. 2016.

_____. *Portaria Interministerial Nº 210, De 16 de janeiro de 2014*. Disponível em: http://www.justica.sp.gov.br/StaticFiles/SJDC/ArquivosComuns/ProgramasProjetos/PM/U_PT-INTERM-MJ-MSPM-210_160114.pdf. Acesso 7 set. 2016

_____. *Plano Operativo Estadual De Saúde No Sistema Penitenciário (PNSSP) do*

¹¹² Penitenciárias são feitas por homens e para homens. Relatório disponível em: http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/relatorio-mulherese-presas_versaofinal1.pdf. Acesso em: 29 out 2016.

Estado de Santa Catarina. Disponível em:
http://fcja.com.br/saocristovaodosul/biblioteca_virtual/717633b8d1a3ffd483cd9c6c3831470b.pdf. Acesso em 01 set. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARTILHA. *Ações PRONASCI / DEPEN – Universidade Federal do Alagoas*. Disponível em:
<http://www.ufal.edu.br/aedhesp/gepsojur/anexos/ANDRE_LUIZ_DE_ALMEIDA_E_CUNHA_-_ACOES_PRONASCI_-_DEPEN.pdf>. Acesso em 07 set. 2016.

CONSTITUIÇÃO. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em 27 out 2016.

Estratégicas. *Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas*. Disponível em:
http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_nacional_saude_sistema_penitenciario_2ed.pdf. Acesso em 07 set. 2016.

HÖFLING, Eloisa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. Em: *Cadernos Cedes*, ano XXI, nº 55, novembro/2001. Disponível em:
<http://scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5539>. Acesso em: 07 set 2016.

Penitenciárias são feitas por homens e para homens. Relatório disponível em:
http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/relatorio-mulherese-presas_versaofinal1.pdf. Acesso em: 29 out. 2016.

SEJUS. *Empresa de Viana absorve mão de obra de internos de sistema prisional capixaba*. Disponível em: <http://sejus.es.gov.br/Not%C3%ADcia/empresa-de-viana-absorve-mao-de-obra-de-internos-de-sistema-prisional-capixaba>. Acesso em: 07 set. 2016.

**GRUPO DE TRABALHO: OS NOVOS DESAFIOS DO CONSTITUCIONALISMO E A
ERA DA TRANSNACIONALIDADE**

As garantias do direito à infância e a perspectiva do acolhimento no âmbito transnacional

Gleidse de Oliveira Gonçalves¹¹³

Resumo: Ao longo do tempo as lutas pelos direitos das crianças e dos adolescentes foram crescendo e tornando-se cada vez mais presente no meio social. Durante um período significativo da nossa história, a infância abandonada foi vista como problema a ser solucionado, algo que ia contra a imagem que a sociedade desejava construir. Aos poucos, o olhar dedicado a essa faixa etária foi transformando-se junto com a prática de atendimento oferecida a estes sujeitos e os ditos 'abandonados' passaram a ser acolhidos. No lugar dos orfanatos surgiram os Centros de Acolhimento e a infância passou a ganhar um novo olhar da sociedade. Frente a esta realidade construímos um estudo acerca das ações desenvolvidas voltadas para as garantias de direito das crianças e adolescentes ao acolhimento, destacando os resquícios da exclusão existentes no âmbito no qual estão inseridos. Infelizmente ainda é grande o número de crianças e adolescentes que necessitam do acolhimento, e além de terem seus direitos negados, muitas vezes ainda se deparam com um ambiente excludente. Ao ampliar esta realidade para o âmbito internacional, deparamo-nos constantemente com uma realidade amarga que viola fortemente estas garantias e apesar de tantas conquistas, notamos que ainda há muito a ser feito.

Palavras-chave: *Direito. Infância. Acolhimento.*

1 Introdução

A questão do abandono sempre se fez presente no meio social e práticas excludentes constituíram boa parte de nossa história. O abandono de crianças e adolescentes perpassou a caminhada da humanidade, porém em diversos momentos não alcançou a atenção que necessitava. Atualmente ainda é notória esta problemática em nosso contexto social, sendo assim, é fundamental a compreensão primeiramente do conceito deste fator que influencia a vida de muitas crianças e adolescentes do mundo todo.

O conceito de abandono é apresentado em diversas obras e muitos estudos apontam para civilização grega sua origem. Na mitologia grega encontramos muitos personagens que vivenciaram situações de exposição na infância, como por exemplo, Zeus, Édipo e Páris. Há também mitos que objetivavam a exclusão de nascituros que representavam perigo as suas comunidades, retratam histórias de exposição porque a aparência física após o nascimento não

¹¹³ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

correspondeu às expectativas, como por exemplo, Hefesto¹¹⁴ e Minotauro¹¹⁵. Durante muito tempo, o abandono foi considerado algo “normal”, estando presente em vários momentos da história.

Somente após muitas lutas, a infância passou a receber a atenção que merece. Após garantir os seus direitos na teoria e na prática, conquistou seu espaço no meio social; possibilitando assim, transformações significativas em sua realidade. Frente a este contexto, o presente trabalho visa apresentar um estudo acerca das ações desenvolvidas voltadas para as garantias de direito das crianças e adolescentes ao acolhimento, destacando os resquícios da exclusão existentes no âmbito no qual estão inseridos. Ao ampliar esta realidade para o âmbito internacional, deparamo-nos constantemente com uma realidade amarga que viola fortemente estas garantias e apesar de tantas conquistas, notamos que ainda há muito a ser feito.

Quando refletimos sobre práticas de acolhimento, precisamos ressaltar as formas de abandono existente na vida de crianças e adolescentes, e nesse momento, nos deparamos com: o “abandono temporário”, como os pais que deixam os filhos enquanto tentam se reestruturar, em casas de parentes, amigos; o “abandono permanente”, muitos que largam em qualquer lugar, com qualquer pessoa sem se importar; ou até mesmo o “abandono presente”, aquele que apresenta o desprezo e a omissão frente à vida do outro.

Apesar das lutas e conquistas ainda é frequente em nossa realidade a prática do abandono e notamos, que esta questão relaciona-se com diferentes problemáticas sociais, ressaltamos também que resquícios desta história na infância ainda são facilmente encontrados nos dias atuais.

¹¹⁴Na Mitologia Grega, Hefesto era o deus do trabalho, do fogo, dos artesãos, dos escultores e da metalurgia. Era filho de Hera (deusa do nascimento e do casamento) com Zeus (de acordo com Homero, na Ilíada, Zeus era o pai de Hefesto). Hefesto era feio, coxo e manco. Ele andava carregando vasos pintados e um bastão. Em algumas imagens, ele aparece com os pés na posição contrária. Aparece também quase sempre trabalhando em uma bigorna, suado e com a barba por fazer. Dizem os mitos gregos, que sua aparência era tão horrível que sua mãe o atirou do Monte Olímpo quando viu seu rosto. Foi neste momento que ficou com o problema físico na perna. Disponível em <http://www.suapesquisa.com/mitologiagrega/hefesto.htm>

¹¹⁵O Minotauro (touro de Minos) é uma figura mitológica criada na Grécia Antiga. Com cabeça e cauda de touro num corpo de homem, este personagem povoou o imaginário dos gregos, levando medo e terror. De acordo com o mito, a criatura habitava um labirinto na Ilha de Creta que era governada pelo rei Minos. Conta o mito que ele nasceu em função de um desrespeito de seu pai ao deus dos mares, Poseidon. O rei Minos, antes de tornar-se rei de Creta, havia feito um pedido ao deus para que ele se tornasse o rei. Poseidon aceita o pedido, porém pede em troca que Minos sacrificasse, em sua homenagem, um lindo touro branco que sairia do mar. Ao receber o animal, o rei ficou tão impressionado com sua beleza que resolveu sacrificar outro touro em seu lugar, esperando que o deus não percebesse. Muito bravo com a atitude do rei, Poseidon resolve castigar o mortal. Faz com que a esposa de Minos, Pasífae, se apaixonasse pelo touro. Isso não só aconteceu como também ela acabou ficando grávida do animal. Nasceu desta união o Minotauro. Desesperado e com muito medo, Minos solicitou a Dédalos que este construísse um labirinto gigante para prender a criatura. O labirinto foi construído no subsolo do palácio de Minos, na cidade de Cnossos, em Creta. Disponível em <http://www.suapesquisa.com/>

2 O histórico do abandono de crianças e adolescentes.

O abandono de bebês era uma prática vista como “normal”; como nos coloca Marcílio (1998), “abandonar bebês é prática presente desde as grandes civilizações da Antiguidade”. E não só o abandono, mas também o infanticídio e o aborto. Tanto na Grécia quanto em Roma, atos como expor, vender, rejeitar e até matar os filhos era totalmente aceito, principalmente aqueles que nasciam com alguma deformidade, visto que trariam “má sorte” ou um grande “azar” para suas comunidades.

De acordo com os estudos de Santos (2010, p. 65):

Somente a partir do ano 318 de nossa era, quando o infanticídio passou a ser condenado pela legislação da Roma Imperial, é que um vasto e variado conjunto de leis foi se formando, de tal modo que algumas medidas em favor das crianças expostas passaram a ser tomadas, como a regulamentação do direito de adoção. No entanto, tais mudanças não perduraram por muito tempo, uma vez que, no ano 331, as leis de Constantino, primeiro imperador cristão, alteraram profundamente os princípios jurídicos até então consolidados.

As leis de Constantino permaneceram por mais de um milênio e davam direitos definitivos¹¹⁶ aos que acolhiam os enjeitados, mesmo que os colocassem como escravos. Diante da expansão do Cristianismo no Império Romano, não houve nenhuma mudança significativa nestas leis. Somente com as transformações do mundo romano, com as invasões bárbaras e a emergência da Idade Média, a Igreja assumiu com mais intensidade a frente da situação, enfatizando novas leis sobre a exposição, a venda e a criação de crianças. Sendo assim, apesar de o infanticídio ainda ser considerado uma das questões sociais mais graves, a Igreja possuía uma tradicional política de “amenizar” as punições para os casos de extrema pobreza.

Por meados do século XII, houve um crescimento significativo das problemáticas sociais e frente a este cenário as responsabilidades pelos desvalidos, principalmente, começam a sair das mãos dos religiosos passando a ser dívida com os governantes, inserindo as questões sociais nas políticas da época. Muitas mudanças foram surgindo e finalmente às crianças e adolescentes começaram a ganhar um pouco de atenção, como nos coloca os estudos de Santos (2010, p. 65):

Com o passar do tempo, foram sendo criadas as instituições de abrigo e proteção aos enjeitados, seguindo o modelo do Hospital, da Roda de Expostos e das Casas de Recolhimentos. Transplantados para o Novo Mundo, esses sistemas desenvolvidos em Roma serviram de modelo para todo o resto da Europa Católica e, por intermédio de Portugal, consolidaram-se no Brasil depois do século XVIII.

¹¹⁶ A pessoa que acolhia passava a ter total direito sobre a vida dos enjeitados, podendo colocar estes para qualquer serviço durante o tempo em que quisessem.

Notamos que aos poucos a sociedade passa a voltar mais sua atenção para a questão do abandono, e isso se deu de acordo com as transformações que foram ocorrendo na sociedade como o desenvolvimento industrial, o êxodo rural, o crescimento populacional, o surgimento da filosofia Iluminista¹¹⁷, o Liberalismo¹¹⁸, o agravamento da pobreza e frente a esta realidade o crescimento assustador do “fenômeno do abandono”. Tais acontecimentos ganharam uma significativa amplitude na Europa, o que resultou em uma maior pressão sobre os governos e a sociedade, para estabelecerem normas, instituições e políticas públicas que pudessem enfrentar as problemáticas.

Segundo Marcílio (1998), “buscava-se adequar essas políticas ao ideário do progresso, da ciência, da medicina higiênica, do interesse da nação e do liberalismo triunfante”, ou seja, o ideário da Igreja passa a ser criticado e houve crescente tendência em substituir a caridade religiosa por uma assistência pública.

Com o passar do tempo, por volta do século XVIII, houve um crescente e significativo aumento nas taxas de mortalidade infantil e as taxas de abandono persistiam e as práticas assistencialistas e sociais, pautavam-se em teorias fundamentadas no utilitarismo¹¹⁹ e no higienismo¹²⁰. A visão sobre os expostos mudava nesse contexto, eles passaram a ser vistos como sujeitos importantes que a sociedade não poderia perder, pois “serviam” para trabalhos pesados, ajudar a povoar as colônias que a Europa havia conquistado na América, na África e na Ásia; poderiam tornar-se soldados; e poderiam, ainda, ser utilizados como cobaias de novos experimentos médicos (por exemplo, como ocorreu com as pesquisas referentes a testes para a varíola).

Observamos que o olhar voltado para a infância nesse momento ainda é intimamente ligado à exclusão, ainda não é dada a devida importância e por mais que este ‘cuidado’ seja oferecido aos expostos eles continuavam à margem da sociedade.

No contexto Europeu, no século XIX, a filantropia passa a compartilhar os objetivos da assistência caritativa. Essa fase, dura até meados do século XX, quando o Estado assumiu a responsabilidade pela assistência e pela proteção da infância desvalida, iniciando-se à fase denominada Estado do Bem-Estar Social.

A sociedade começa a se movimentar e buscar melhores condições de vida para todos. Com a Declaração dos direitos das crianças, no ano de 1924, em Genebra; houve a primeira

¹¹⁷ Corrente filosófica que pregava a confiança na razão e nas ciências como motores para o progresso.

¹¹⁸ Doutrina que enfatiza a iniciativa individual, a concorrência entre agentes econômicos e a ausência da intervenção do Estado.

¹¹⁹ Trata-se de uma doutrina ética que estabelece a prática das ações de acordo com a sua utilidade. Assim, uma atitude só deverá ser de fato, concretizada se for para a tranquilidade de um grande número de pessoas.

¹²⁰ Doutrina que nasce com o liberalismo; buscava dar mais atenção a saúde dos habitantes da cidade.

manifestação a favor da infância. E em 1959, a Organização das Nações Unidas (ONU, 2006), declarou que “a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada antes e depois do nascimento”.

Finalmente houve reconhecimento dos direitos das crianças e dos adolescentes e a proteção desses direitos passa a ser garantida. Dessa forma, pouco a pouco, a infância foi conquistando lugar de grande importância, causando preocupações reais para a sociedade, não para servir, mas para se incluir; e o ‘fenômeno do abandono’ deixou de ser aceito e tolerado!

3 O “abandono” e o “abandonar”: práticas excludentes desenvolvidas no Brasil

O abandono de crianças e adolescentes perpassa a história do desenvolvimento do nosso país. Durante muito tempo, esta prática foi considerada como “controle social”, isto era visto com algo que beneficiaria a população. No entanto, ao pararmos para analisar o contexto da época e o atual, nos questionamos: era para controlar ou negar uma falha, uma deficiência social de aceitar o indivíduo e incluí-lo na sociedade? Pensar a criança e o adolescente como um ser social¹²¹ não é uma tarefa simples, mas antes de dar esse passo é necessário enfatizarmos que relações estão se estabelecendo com o meio no qual este sujeito esta inserido?

A história do Brasil pode ser dividida em alguns períodos, e cada período traz um paradigma social e nesse contexto encontramos diversas práticas carregadas de ideais impostos por uma classe dominante¹²², que mesmo sendo a minoria influenciava a vida de toda a sociedade.

No Brasil, desde o período colonial, as ordens de tratamento para crianças e adolescentes vinham da metrópole, segundo Faleiros (2004) as instituições jesuíticas eram responsáveis pelos cuidados com as crianças índias; Marcílio (1998) enfatiza que as ações da Companhia de Jesus só eram aplicadas aos órfãos portugueses e as crianças indígenas por serem consideradas “puras”, o autor afirma que “[...] durante todo o tempo em que estiveram no país e tiveram a hegemonia educacional da infância brasileira, os Jesuítas nunca criaram uma instituição destinada à educação da infância desvalida e desamparada [...]”. Isto só ressalta o pensamento da época que focava apenas em valores e esquecia as principais questões sociais do contexto no qual estavam inseridos.

¹²¹ Aristóteles afirmava que “o homem é um animal social”, portanto, a união entre estes é natural.

¹²² O termo “Classe dominante” é utilizado por Karl Marx, para se referir à classe social que detém o controle econômico e político na sociedade.

4 Sujeitos com direito a ter direitos

Desde o começo da história do nosso país, até o final do Império e início da República; não temos registro do desenvolvimento de políticas sociais desenvolvidas pelo Estado brasileiro para a infância. As populações economicamente mais carentes eram entregues aos cuidados da Igreja Católica através de algumas instituições, entre elas as Santas Casas de Misericórdia que tinham o objetivo de amparar as crianças abandonadas e de recolher doativos. Mais tarde em 1927, o Código de Menores proibiu o sistema das Rodas, a partir desse momento os bebês teriam que ser entregues diretamente as entidades, mesmo que o anonimato dos pais fosse garantido. Exigia-se também o registro da criança, que era outra obrigatoriedade deste novo procedimento.

Em 1854 o ensino obrigatório foi regulamentado, no entanto, a lei não se aplicava universalmente, pois os escravos não eram contemplados nesta garantia. O acesso era negado também àqueles que possuíam doenças contagiosas e aos que não tivessem sido vacinados; resultando em uma exclusão aos direitos sociais, pois afetava apenas as crianças mais carentes. Com relação ao trabalho, à regulamentação contou com um decreto em 1891 - Decreto nº 1.313 – o qual, estipulava em 12 anos a idade mínima para se trabalhar, no entanto, esta determinação não condizia com a prática, pois muitas indústrias contavam com a mão de obra infantil.

Notamos que no Brasil as principais lutas sociais passaram a ser mais notadas a partir do século XX, lideradas pelo proletariado, o qual cria em 1917 um Comitê de Defesa Proletária. Uma das lutas do Comitê, entre tantas outras coisas, era a proibição do trabalho para menores de 14 anos e a abolição do trabalho noturno de mulheres e de menores de 18 anos.

Em 1923, foi criado o Juizado de Menores, sendo Mello Mattos o primeiro Juiz de Menores da América Latina. No ano de 1927, surgiu o primeiro documento legal voltado para a população com menos de 18 anos: o Código de Menores, popularmente conhecido como Código Mello Mattos, era voltado apenas para as crianças tidas como estando em "situação irregular". Em seu Artigo 1º, o código já definia a quem a lei se aplicava:

O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submettido pela autoridade competente ás medidas de assistencia e protecção contidas neste Código. (grafia original) Código de Menores - Decreto N. 17.943 A – de 12 de outubro de 1927

O Código de Menores tinha por objetivo estabelecer diretrizes eficazes para o tratamento oferecido para infância e juventude excluídas do meio social, regulamentando questões como trabalho infantil, tutela e pátrio poder, delinquência e liberdade vigiada.

Em 1942, período marcado pelo autoritarismo do Estado Novo, foi criado o Serviço de Assistência ao Menor - SAM. Voltado à correção-repressiva, este sistema atendia de forma

diferente o adolescente autor de ato infracional e para o menor carente abandonado. E além deste, algumas outras entidades federais voltadas para a atenção à criança e ao adolescente surgiram atreladas à figura da primeira dama. Alguns destes programas tinham enfoque no âmbito do trabalho, sendo todos eles perpassavam pela prática assistencialista, como por exemplo, LBA - Legião Brasileira de Assistência - agência nacional de assistência social; Casa do Pequeno Lavrador; Casa do Pequeno Jornaleiro; Casa do Pequeno Trabalhador, entre outros.

No ano de 1945, Getúlio Vargas é deposto e frente a este fato, uma nova Carta Constitucional é promulgada em 1946, sendo, a quarta Constituição do nosso país. No ano de 1950, surge o primeiro escritório do UNICEF no Brasil, localizado em João Pessoa, Paraíba; e o primeiro projeto aplicado no Brasil visava a proteção à saúde da criança e da gestante em alguns estados do nordeste do país.

Em 1967, surge uma nova Constituição, a qual definiu novas diretrizes para a vida civil. A presença autoritária do estado agora era parte da realidade. No governo militar, podemos citar dois documentos significativos para a área da infância, como a Lei 4.513 de 1/12/64, que criou a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor e O Código de Menores de 79 (Lei 6697 de 10/10/79).

A década de 1980 possibilitou uma abertura que a sociedade tanto esperava e isto se materializou com a publicação, em 1988, da Constituição Federal do Brasil, conhecida a Constituição Cidadã. Para os movimentos sociais com lutas atreladas à infância no Brasil, a década de 80 representou todo o cenário de lutas com importantes e decisivas conquistas, quanto a organização dos grupos em torno do tema da infância destacamos basicamente dois tipos: os *menoristas* e os *estatutistas*.

Os primeiros defendiam a manutenção do Código de Menores, que se dedicavam a regulamentar a situação das crianças e adolescentes que estivessem em situação irregular. Já os estatutistas defendiam uma grande mudança no código, instituindo novos e amplos direitos às crianças e aos adolescentes, que passariam a ser sujeito de direitos e a contar com uma Política de Proteção Integral. O grupo dos estatutistas era bem articulado, tendo representação e capacidade de atuação importante, conquistando mais destaque. A Política de Proteção Integral foi estabelecida no artigo 227 da Constituição da República e findou substituindo a doutrina da situação irregular, oficializada pelo Código de Menores de 1979, mas de fato já implícita no Código Mello Matos, de 1927.

É importante ressaltar que não foi só uma substituição de nomes, mas sim de paradigmas, a sociedade como um todo já começava a apresentar uma visão diferenciada sobre a infância. Em 5 de outubro de 1988, foi então divulgada a Constituição Brasileira que continha marcas de

avanços na área social, e assim introduz um novo modelo de gestão das políticas sociais, contando com a participação direta e ativa das comunidades através dos conselhos.

Frente a este cenário estavam lançadas, portanto, as bases do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). É importante ressaltar que a Comissão de Redação do ECA teve representação de três principais grupos: o dos movimentos da sociedade civil, o dos juristas e o de técnicos de órgãos governamentais (funcionários da própria Funabem).

Muitas das organizações vindas dos movimentos da sociedade civil surgiram por volta da década de 80 e tiveram uma participação significativa na construção da legislação atual. Como exemplos, podemos destacar o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua (MNMNR), que surgiu em 1985, em São Bernardo do Campo, centro sindical do país, e a Pastoral da Criança, criada em 1983, em nome da CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil.

Segundo a fundação Pró-menino¹²³:

A promulgação do ECA (Lei 8.069/90) ocorreu em 13 de Julho de 1990, consolidando uma grande conquista da sociedade brasileira: a produção de um documento de direitos humanos que contempla o que há de mais avançado na normativa internacional em respeito aos direitos da população infanto-juvenil. Este novo documento altera significativamente as possibilidades de uma intervenção arbitrária do Estado na vida de crianças e jovens. Como exemplo disto pode-se citar a restrição que o ECA impõe à medida de internação, aplicando-a como último recurso, restrito aos casos de cometimento de ato infracional.

O ECA tem uma grande representação neste cenário de lutas, garante e reforça os direitos da infância em nossa sociedade. Devemos destacar também que, desde a promulgação do ECA, um esforço contínuo vem sendo feito para a sua implementação nos espaços governamentais e não governamentais. A crescente e significativa participação do terceiro setor nas políticas sociais, presente desde 1990, é particularmente forte na área da infância e da juventude. Contudo, a implementação integral do ECA ainda representa um desafio para todos aqueles envolvidos e comprometidos com a garantia dos direitos da infância.

5 As garantias no âmbito transnacional

No âmbito internacional, notamos significativos avanços voltados para a infância, e é possível também identificar, como os direitos e garantias das crianças e adolescentes foram se

¹²³ Disponível em <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/Conteudo/tabid/77/ConteudoId/70d9fa8f-1d6c-4d8d-bb69-37d17278024b/Default.aspx>

consolidando no cenário transnacional. A Convenção dos Direitos da Criança é o mais abrangente tratado internacional de direitos humanos já visto na história; é constituída por um Preâmbulo e 54 artigos divididos em três partes: a Parte I, define e regulamenta sobre os direitos da criança; a Parte II identifica o órgão e o modo de monitoramento de sua implementação; a Parte III traz os posicionamentos e orientações regulamentares do próprio instrumento.

É importante ressaltar que, o Preâmbulo expressa os fundamentos jurídicos da Convenção, elucidando também sua filosofia, ao assegurar que a criança deve "crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão". Ressalta-se também, que o artigo 1º define juridicamente a criança como "todo ser humano com menos de dezoito anos de idade".

É importante observar que a Convenção permeia todos os direitos das crianças, sejam eles, civis, culturais, políticos, econômicos e sociais; sendo constituída por quatro princípios fundamentais: não discriminação; direito à vida, à sobrevivência (o desenvolvimento) e o respeito pelas opiniões da criança, considerando a idade e maturidade. Esses princípios norteiam as ações de todos os sujeitos interessados, inclusive das próprias crianças, na aplicação de seus direitos. Ou seja, foi constituída considerando os seguintes pontos: 1. A proteção da criança contra toda e qualquer forma de discriminação; 2. A provisão de assistência para suas necessidades básicas e 3. A participação de modo ativo da criança, na construção de sua história pessoal.

Desde o ano de 1990, mais de 70 países já absorveram na sua legislação nacional estatutos sobre a temática, e elaboraram reformas jurídicas fundamentadas nos dispositivos da Convenção. Na busca para atender os objetivos apresentados na Convenção, a Assembleia Geral da ONU adotou em 25 de Maio de 2000 dois Protocolos Facultativos: Um relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis (ratificado por Portugal a 16 de Maio de 2003) e outro sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados (ratificado por Portugal a 19 de agosto de 2003).

No âmbito internacional, notamos uma evolução significativa dos Direitos da Criança, vejamos alguns¹²⁴:

- a) **1924** – A Liga das Nações adota a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, estabelecendo os direitos da criança aos meios para seu desenvolvimento material, moral e espiritual; ajuda especial em situações de doença, incapacitação ou orfandade; prioridade no atendimento em situações difíceis; imunidade contra exploração econômica; e educação em um ambiente que inspire um sentido de responsabilidade social. Porém, tal declaração, não teve o impacto necessário ao pleno reconhecimento

¹²⁴ Disponível em: www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/convenção-dos-direitos-da-criança-direito-de-todos

internacional dos direitos da criança, talvez até como decorrência do próprio panorama histórico que já se desenhava e do previsível insucesso da Liga das Nações.

- b) **1948** – Somente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, contudo, reconheceu-se, pela primeira vez, universalmente, que a criança deve ser objeto de cuidados e atenções especiais. Tal reconhecimento deu-se por força do item 2 do artigo XXV, onde se dispôs claramente que *"a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especial. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social"*.
- c) **1959** – A Assembleia Geral da ONU adota a Declaração dos Direitos da Criança, que reconhece direitos, tais como: imunidade à discriminação e a ter um nome e uma nacionalidade. Estabelece especificamente os direitos da criança a educação, cuidados de saúde e proteção especial. Essa Declaração tornou-se um guia para a atuação, tanto privada como pública, em favor da criança. Ao afirmar que **"a Humanidade deve dar à criança o melhor de seus esforços"** a Declaração passou a constituir-se, no mínimo, num marco moral para os direitos da criança.
- d) **1966** – São adotados o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os pactos advogam em favor da proteção da criança contra exploração e promovem o direito à educação.
- e) **1973** – A Organização Internacional do Trabalho adota a Convenção No 138, que trata da Idade Mínima para Admissão no Emprego, determinando em 18 anos a idade mínima para o trabalho que pode comprometer a saúde, a segurança ou a moral do indivíduo.
- f) **1979** – A necessidade de se dar força de tratado, legalmente vinculante, aos direitos da criança, tornou-se cada vez mais urgente, tanto que, por ocasião do Ano Internacional da Criança e das comemorações pelos 20 anos da Declaração dos Direitos da Criança, em 1979, por iniciativa da delegação da Polônia, a Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas começou a elaborar um projeto de convenção.
- g) **1989** – A Assembleia Geral da ONU aprova por unanimidade a Convenção sobre os Direitos da Criança, que entra em vigor no ano seguinte.
- h) **1990** – O Encontro Mundial de Cúpula pela Criança adota a Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança, assim como um plano de ação para implementá-la na década de 1990.
- i) **1999** – A Organização Mundial do Trabalho adota a Convenção nº 182 referente à Proibição e Ação Imediata para a Eliminação das Piores Formas de Trabalho Infantil.
- j) **2000** – A Assembleia Geral da ONU adota dois Protocolos Facultativos em complementação à Convenção sobre os Direitos da Criança: um sobre o envolvimento

de crianças em conflitos armados, o outro sobre venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil.

- k) **2002** – A Assembleia Geral da ONU realiza uma Sessão Especial sobre a Criança, em uma reunião que, pela primeira vez, discute especificamente questões relacionadas à criança. Centenas de crianças participam como membros de delegações oficiais, e líderes mundiais comprometem-se com a defesa dos direitos da criança, por meio de um pacto denominado "Um mundo para as crianças".
- l) **2007** – Cinco anos após a Sessão Especial sobre a Criança, realizada na Assembleia Geral da ONU, o acompanhamento dos desdobramentos resulta em uma Declaração sobre a Criança, adotada por mais de 140 governos. A Declaração reconhece os progressos alcançados e os desafios que se mantêm, e reafirma o compromisso com o pacto Um mundo para as crianças, a Convenção e seus Protocolos Facultativos.

Voltando nosso olhar para os 30 anos decorridos entre a Declaração e a Convenção, notamos que houve um grande e significativo desenvolvimento dos instrumentos internacionais, o que gerou maior amplitude ao conceito de Direitos da Criança. Ressaltamos também, que foi preciso que a sociedade como um todo, reconhecesse a importância da temática como uma questão prioritária.

Deste modo, teóricos do Direito, e também aqueles envolvidos nas questões voltadas para a infância, instituíram a Doutrina da Proteção Integral, a qual determina a questão da infância com prioridade absoluta; esta doutrina tem sido relevante para documentos internacionais, como foi consagrada a nível mundial, tal doutrina aparece incorporada na Constituição de 1988 e no ECA (em seu artigo 1º, ressalta este princípio como sendo a orientação para todo o restante de seu conteúdo). É importante enfatizar que o surgimento desta doutrina, apenas consolidou todo um discurso que já estava sendo permeado ao longo da história, pois a proteção integral não é recente, já sendo encontrada em 1924 na Declaração de Genebra que instituía a "necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial", e em tantos documentos que versaram sobre esse tema.

Com base em todo este debate que ao longo do tempo foi constituindo o cenário atual, várias medidas foram surgindo visando a implementação dos direitos da criança, através de ações do Estado, como por exemplo, o acesso à escola, a sua saúde, habitação, segurança e um acompanhamento direto do Estado, da sociedade, de modo geral, e apoio do judiciário.

6 Considerações finais

Voltando o nosso olhar para as principais questões históricas que perpassam o caminho do homem em sociedade, notamos que os direitos nem sempre fizeram parte do cotidiano dos sujeitos, pelo menos na prática, e isto se torna ainda mais visível quando falamos em crianças

e adolescentes, principalmente os “abandonados”. Frente a nossa realidade, onde escutamos que “lugar de criança é na escola”, “toda criança tem que brincar”, entre outras colocações, e não percebemos as lutas que foram necessárias para se construir este contexto, mas não podemos esquecer que muito ainda há para ser feito. Assim como a institucionalização de crianças e adolescentes precisou de décadas para compreender seu papel, os direitos destes sujeitos precisam de lutas constantes e significativas, de uma visão global e atual sobre as diferentes realidades e os diferentes sujeitos que formam a sociedade atual.

Há ainda um longo caminho a ser percorrido antes que se alcance um estado de garantia plena de direitos com instituições sólidas e práticas eficazes. No entanto, podemos dizer com tranquilidade que avanços importantes vêm acontecendo nos últimos anos, e que isto tem um valor ainda mais significativo se contextualizado a partir da própria história brasileira, uma história marcada mais pelo autoritarismo que pelo fortalecimento de instituições democráticas. Sendo assim, a luta pelos direitos humanos no Brasil é ainda uma luta em curso, contínua e merecedora da perseverança e dedicação de todos aqueles que acreditam que um mundo melhor para todos é possível e está ao nosso alcance. E isso; notamos claramente nos profissionais que se dedicam nos centros de acolhimento pessoas que acreditam naqueles que a sociedade exclui, que buscam resgatar valores que a sociedade muitas vezes tenta desprezar, acreditam em direitos devem sair do papel e ir para o cotidiano de nossas crianças e adolescentes.

Foi um longo caminho até se compreender de fato que um sujeito tem que construir sua história, e que este mesmo sujeito possui direitos, pode transformar sua realidade e mesmo frente a triste desigualdade social que afligem ainda nossa sociedade muito se tem articulado nesse âmbito e a ideia de acolher um menor abandonado e se garantir os direitos sociais deste indivíduo.

Referências

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

BRANDÃO, J. S. *Mitologia grega*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

COUTO, Berenice Rojas. *O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira*. Uma equação possível? São Paulo: Cortez, 2004.

FALEIROS, V. P. *Infância e Adolescência: trabalhar, educar, assistir, proteger*. Revista *Ágora*, ano 1, n.1 outubro de 2004 - ISSN -1807-698X

FRAGA F. Walter. (1996) *Mendigos, moleques e vadios na Bahia do século XIX*. São Paulo: Hucitec/Salvador: EDUFBA.

LIMA, L. G.; VENÂNCIO, R. P. *O Abandono de Crianças negras no Rio de Janeiro*. In: DEL PRIORI, Mary (org). (1996). *História da Criança no Brasil*. 4ed. São Paulo: Contexto.

MARCÍLIO, M. L. *História social da criança abandonada*. São Paulo: Hucitec, 1998.

PILOTTI. F; RIZZINI. I. (1995). *A arte de governar Crianças*. Rio de Janeiro: Amais.

RIZZINI, I. (2004). *A Institucionalização de Crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente*. São Paulo: Loyola: EDPUC.

SANTOS, Sheila Daniela Medeiros dos. *Um novo olhar sobre o conceito do abandono de crianças*. Disponível em C:\Users\Sonia\AppData\Local\Microsoft\Windows\Temporary Internet Files\Content.IE5\S89J3VMR\7210-33846-1-PB.pdf

Crime de responsabilidade: uma discussão constitucional

Gabriel dos Passos Pichau¹²⁵
Matheus Cristhian Kunze¹²⁶
Pedro Odainai¹²⁷

Resumo: O presente estudo tem como objeto o crime de responsabilidade. Diante da grande discussão que tem ocorrido nos últimos tempos sobre o assunto, decidiu-se fazer uma análise frente os seguintes problemas: que é um crime de responsabilidade? Trata-se de crime, de fato, constituído como fato típico, antijurídico e culpável, ou infração político-administrativa? Qual a origem do crime de responsabilidade, normativamente falando, no Brasil, e como este instituto é tratado, tanto pela lei, quanto pela doutrina? Numa conjuntura atual de Estado democrático de direito, por que é o Congresso Nacional que julga tanto a admissibilidade (pela Câmara de Deputados), quanto o mérito da causa (pelo Senado Federal)? As fontes usadas para tentar responder estas e mais outras perguntas, as quais poderão surgir durante o trabalho de pesquisa, serão principalmente a Constituição Federal, a Lei 1079/50 (assim como a legislação que a alterou), que disciplina os crimes de responsabilidade, doutrinas de Direito Constitucional e de Direito Penal, além de fontes que possam fornecer subsídios para a compreensão dos momentos político-econômico-sociais de quando a Lei 1079/50 foi promulgada e alterada para tentar compreender o instituto a partir de elementos extrajurídicos. O trabalho tem como fim, portanto, entender como é disciplinado legalmente e entendido doutrinariamente o crime de responsabilidade em nosso Ordenamento Jurídico, além de fornecer ao leitor subsídios para a compreensão da natureza jurídica e a gênese histórico-política do crime de responsabilidade.

142

Palavras-chave: *Crime de Responsabilidade. Direito Constitucional. Lei 1079/50.*

1 Introdução

O presente estudo propõe-se a fazer uma análise jurídica do instituto do crime de responsabilidade. Para tal, faz-se mister uma análise histórica do período em que foi redigida a atual lei definidora dos crimes de responsabilidade, tentando responder como e porque o instituto era tratado de tal maneira (tanto pela Constituição à época vigente, quanto pela legislação infraconstitucional), assunto que será abordado na primeira parte do artigo. A segunda parte examinará a atual discussão doutrinária sobre o instituto, dos pontos de vista do Direito Penal e do Direito Constitucional. Segundo a doutrina, qual é, afinal, a natureza jurídica do instituto? Crime ou infração político-administrativa? Por fim, a última parte do artigo se destinará a descrever o trâmite processual dos processos de responsabilização do presidente da república.

2 O crime de responsabilidade no ordenamento jurídico brasileiro: origens para uma compreensão do presente

¹²⁵ Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

¹²⁶ Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

¹²⁷ Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

2.1 Abordagem metodológica

O estudo da história dos institutos jurídicos é de fundamental importância para sua compreensão. Muitas vezes, porém, temos nos deparado com metodologias que se mostram, um tanto quanto, ao que nos parece, inadequadas.

A proposta metodológica que se apresenta aqui é avaliar não a gênese da palavra *Impeachment*, ou quando a responsabilização do governante surgiu, tanto no plano teórico, quanto no plano prático, pela primeira vez, remetendo-nos a tempos e espaços longínquos em relação a de quando e de onde se escreve. Neste diapasão, vale lembrar o alerta do professor António Manuel Hespanha, quando este disserta sobre o atual ensino do Direito Romano nas faculdades de Direito:

É certo que o direito atual é o herdeiro, nas suas palavras, nos seus conceitos, nas suas instituições, de uma longa tradição na qual os textos de direito romano tiveram um lugar central. Mas a primeira coisa que é preciso dizer é que, ao longo dessa tradição, os textos romanos sofreram reinterpretações contínuas, ao mesmo tempo que, da imensa mole de textos disponíveis, os que protagonizavam o discurso jurídico iam sucessivamente mudando. (HESPANHA, 2015, p. 126)

Por isto, não querendo deturpar como era tratado o instituto em outros ordenamentos, incorrendo em anacronismos, nem querendo compreender o presente a partir (e apenas por) um passado remoto, a investigação se dará por vias de como foi concebida a Lei 1.079/50 e a Constituição de 1946, analisando qual foi o contexto histórico de sua formação.

2.2 Uma breve análise histórica

A responsabilização do Presidente da República é preocupação brasileira desde quando se instituiu a própria República. Segundo Gilmar Mendes, “as Constituições brasileiras a partir da de 1891 têm dedicado atenção especial ao estatuto de responsabilidade do Presidente da República” (MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G., 2014, p. 860).

Os textos constitucionais, além de positivarem o instituto no mais alto grau de importância do ordenamento jurídico, dispõem que a matéria deveria ser disciplinada em legislação infraconstitucional. A legislação vigente que trata sobre a matéria é a Lei 1.079/50, datada de 10 de abril de 1950, concebida, portanto, no regime jurídico da Constituição de 1946.

Os crimes de responsabilidade definidos na época em que concebida a lei, eram taxados tanto por esta, quanto pelo Artigo 89 da Constituição de 1946, como os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente, contra: i) a existência da União; ii) o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Poderes constitucionais dos Estados; iii) o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; iv) a

segurança interna do país; v) a probidade na administração; vi) a lei orçamentária; vii) a guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos; viii) o cumprimento das decisões judiciais.

Os órgãos que tinham competência para julgar o Presidente da República na época eram os mesmos de hoje: primeiro, recebida a denúncia, era feito um juízo de admissibilidade pela Câmara dos Deputados, com base em parecer formulado por comissão composta por membros de todos os partidos, sendo aprovado este parecer, por maioria simples dos votos, em votação nominal, ou não, para se constituir a acusação e então, se encaminhar o julgamento. Este, realizado pelo Senado Federal, condenaria ou não o Presidente da República, por 2/3 dos votos, à inabilitação para o exercício de qualquer função pública pelo período de 5 anos, com a imediata destituição do cargo.

Do analisado, algumas questões mostram-se abertas. Como a um crime é imputada uma pena de inabilitação para o exercício de qualquer função pública e destituição do cargo? Por qual razão um crime teria um julgamento que é, aparentemente, meramente político, levando em conta a necessidade de um devido processo legal?

Para o primeiro questionamento, pode ser levantado o argumento de que o Art. 47 do Código Penal firma que uma das penas de interdição temporária de direitos é a proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo. Tratando-se de uma análise histórica, não devemos, em primeiro lugar, analisar a Parte Geral vigente, afinal, a Lei 1.079, como anteriormente dito, foi redigida em 1950, época em que a antiga Parte Geral, de 1940, estava em vigor.

Themistocles Brandão Cavalcanti, ao analisar a natureza jurídica do processo do *Impeachment*, afirma que

Trata-se, entretanto, de processo político, que importa em redução da capacidade para o exercício de função política, e não de pena especificamente criminal, embora a perda do cargo esteja compreendida entre as penas acessórias na categoria das penas criminais (CAVALCANTI, 1956, p. 267).

O nobre doutrinador é enfático ainda, ao afirmar que “Nenhuma pena corporal pode ser infligida. Somente a Justiça comum poderá impor tal penalidade” (CAVALCANTI, T. B., 1956, p. 265).

De fato, analisando a antiga Parte Geral do Código Penal, uma das penas acessórias, segundo o Art. 67, é a perda de função pública, eletiva ou de nomeação. Esta pena seria imputada, porém, segundo o Art. 68 do mesmo diploma legal, ao condenado a pena privativa de liberdade **por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente a função pública**, segundo o inciso I do referido artigo, ou ainda, de acordo com o inciso II, o condenado por outro crime à pena de reclusão por mais de dois anos, ou de detenção por mais de quatro. Edgard Magalhães Noronha afirma claramente que “**tal pena não é imposta em processo**

administrativo (grifo nosso); basta a sentença condenatória, que, aliás, se for omissa, no segundo caso, não impedirá a aplicação, uma vez que esta decorre *exclusivamente do tempo* da pena principal". (MAGALHÃES NORONHA, 1965, p. 278-279)

Cabe lembrar que, quando se trata de Direito Penal, nada pode incriminar ou imputar pena a alguém, senão a lei. Esta lição, que também pode ser sintetizada na expressão *nullum crimen, nulla poena sine lege*, exprime o significado do **Princípio da Legalidade** que, no âmbito do Direito Penal, proíbe a analogia como fonte em malefício do réu¹²⁸, não podendo, portanto, usar por analogia o Art. 68 da antiga Parte Geral para abarcar o instituto em análise.

A segunda questão levantada, referente ao julgamento do crime de responsabilidade cometido pelo Presidente da República, merece, em nossa visão, uma abordagem histórica, analisando o tratamento que a Constituição anterior à de 1946 dava ao julgamento do crime de responsabilidade pelo Presidente da República.

A década de 1930, no Brasil, não pode ser analisada sem levar em consideração a ascensão de ideologias autoritárias pelo mundo inteiro, a partir dos anos 20. Segundo Bóris Fausto,

A partir do fim da Primeira Guerra Mundial, os movimentos e ideias totalitários e autoritários começaram a ganhar força na Europa. Em 1922, Mussolini assumiu o poder na Itália; Stálin foi construindo seu poder absoluto na União Soviética; o nazismo se tornou vitorioso na Alemanha, em 1933. A crise mundial concorreu também para o **desprestígio da democracia liberal (grifo nosso)** (FAUSTO, 1994, p. 353)

Este desprestígio pela democracia atingiu o Brasil, principalmente, em 1937, com um golpe de Estado e a imposição de uma política autoritária, comandada por Getúlio Vargas, com uma Constituição outorgada. Isto tudo concorreu ao advento do chamado Estado Novo.

Não temos a pretensão aqui de fazer um aprofundamento histórico sobre o assunto. O que nos importa é o tratamento que era dado ao julgamento do Impeachment, principalmente quanto aos seus atores.

Analisando a Constituição de 1937, na parte em que trata sobre a responsabilidade do Presidente da República, ou seja, do Artigo 85 ao Artigo 87, fica clara a pequena limitação ao seu poder discricionário. Comparada à Constituição de 1934, que classificava os crimes de responsabilidade como os atos do Presidente da República que atentassem contra: i) a existência da União; ii) a Constituição e a forma de Governo federal; iii) o livre exercício dos Poderes políticos; iv) o gozo ou exercício legal dos direitos políticos, sociais ou individuais; v) a segurança interna do País; vi) a probidade da administração; vii) a guarda ou emprego legal dos dinheiros públicos; viii) as leis orçamentárias e ix) o cumprimento das decisões judiciais,

¹²⁸ Sobre o assunto: CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: Parte Geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014. p. 21-22.

a Constituição de 1937 limitava o rol em apenas 5 atos: i) a existência da União; ii) a Constituição; iii) o livre exercício dos poderes políticos¹²⁹; iv) a proibição administrativa e a guarda e emprego dos dinheiros públicos e v) a execução das decisões judiciais. Não obstante, o Art. 87 da mesma Carta Magna dispunha que **o Presidente da República, no exercício de suas funções, não poderia ser responsabilizado por atos estranhos às mesmas**. Trocando em miúdos, não existia, de fato, uma limitação ao poder do Estado (ou, neste caso, ao do Presidente da República, **autoridade suprema**, segundo o Art. 73 da Constituição). Não existia um Estado legal, quiçá um Estado Constitucional¹³⁰.

Outro ponto que merece análise é o de como a Constituição ora analisada disciplinava o processo do *Impeachment*. Segundo seu artigo 86, após um juízo de admissibilidade feito pela Câmara dos Deputados (que, não custa lembrar, poderia ser dissolvida pelo Presidente da República), com 2/3 dos votos, o Presidente seria submetido a processo e julgamento perante o Conselho Federal. Este, que junto à Câmara constituía o Poder Legislativo Federal, era composto por um representante de cada Estado, eleitos pelas respectivas Assembleias Legislativas, tendo o Governador direito a veto (de acordo com o Art. 50, caput e § único) e dez membros nomeados pelo Presidente da República. Em suma, o Presidente da República seria julgado por parlamentares nomeados por ele próprio e por outros eleitos indiretamente pelos membros do Poder Legislativo dos Estados, tendo o governador (**ou um interventor nomeado também pelo Presidente da República, como consagrado pelo artigo 9º**) o direito a vetar.

Do exposto, parece-nos claro que um dos motivos principais¹³¹ para o advento do controle por um órgão político dos atos praticados pelo Presidente da República era sua ampla liberdade garantida pela ordem jurídica anterior.

3 Crime de responsabilidade: natureza jurídica

O presente tópico procura avaliar qual a natureza jurídica do crime de responsabilidade. Por uma decorrência lógica, pode-se, sem investigação prévia, supor que se trata de um crime. Porém, poderiam os atos previstos nos incisos do Artigo 85 de nossa Constituição Federal serem tidos como **fatos típicos, antijurídicos e culpáveis**? Para tentar responder tal questionamento, faz-se mister uma avaliação de como a doutrina do Direito Penal brasileiro define o que é crime

¹²⁹ Cabe lembrar que, mesmo sendo definido como crime de responsabilidade o Presidente interferir no livre exercício dos Poderes Políticos, a mesma Constituição de 1937 concedia a ele a prerrogativa de dissolver a Câmara dos Deputados, se esta, **em análise posterior ao ocorrido**, não aprovasse as medidas tomadas por ele durante o estado de emergência ou estado de guerra (Segundo Art. 75, alínea "b" e Art. 167, caput e § único)

¹³⁰ Sobre o assunto: DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. pp. 87-88.

¹³¹ Mas é claro, não o único.

e, em análise posterior, a avaliação da doutrina constitucional contemporânea sobre o instituto em questão.

3.1 O conceito de crime: uma análise formal

Antes de se tentar chegar a um conceito de crime, é necessário ter-se em mente que não se trata de termo com apenas um significado ou definição. Pelo contrário: muitas vezes, mesmo que aparentemente opostos, continuam ambos sendo válidos. O professor Juarez Cirino dos Santos, em explicação meticulosa ao abordar o conceito de fato punível, afirma que a definição deste pode ser de natureza “*real, material, formal ou operacional*, conforme mostrem a origem, os efeitos, a natureza ou os caracteres constitutivos da realidade conceituada” (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 71).

O objetivo do presente trabalho não é compreender o porquê de certa conduta ser ou não considerada um crime, levando em conta suas características sociológicas. Não nos atreveríamos a limitar discussão deveras importante em espaço tão limitado. Nosso propósito é chegar a um possível ponto de partida: **que é um crime?**

Como bem nos alerta o professor Cezar Roberto Bitencourt (2010), o Art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal não nos dá uma resposta satisfatória para a questão, apontando apenas a diferença entre crime e contravenção¹³². Foi incumbido à doutrina, portanto, tratar sobre o tema.

A dogmática penal atual trata o crime a partir de um modelo tripartido do fato punível, levando em conta ser constituídos por três caracteres: o tipo legal, a antijuridicidade e a culpabilidade.

O tipo legal, que junto a antijuridicidade formam o tipo de injusto, é a descrição de uma proibição abstrata, e pode ser tido por duas dimensões, como assim descreve o professor Cirino: “(1) *tipo objetivo*, constituído pela *causação do resultado* e pela *imputação do resultado*, e de (2) *tipo subjetivo*, formado pelas categorias de *dolo* – e outros elementos subjetivos especiais – e da *imprudência*” (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 79).

A antijuridicidade, segundo componente do crime, pode ser caracterizada como a contrariedade entre uma ação humana e uma norma legal. A antijuridicidade, porém, não pode ser levada em conta apenas por seu aspecto objetivo; deve ser considerada, também, sua faceta subjetiva. Não se pode analisar a antijuridicidade sem suas justificações. Estas podem ser definidas como permissões, previstas ou não pela lei, para a realização da ação tida como

¹³² “Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

antijurídica. O Código Penal **exemplifica** um rol de justificações em seu Art. 23¹³³, porém, a doutrina contemporânea elege causas supralegais como justificativas para a antijuridicidade. Juarez Cirino dos Santos, a título de exemplificação, define como justificação supralegal o consentimento do titular do bem jurídico (CIRINO DOS SANTOS, 2014, p. 260-272).

Por fim, a culpabilidade pode ser definida como a vontade do agente em agir em contrariedade em relação à lei. Não deve ser confundida com a expressão crime culposo. Esta se refere ao ato que culmina com resultado em decorrência de imprudência, negligência ou imperícia. Segundo Leandro Gornicki Nunes (2012, p. 105),

[...] ações proibidas não podem ser imputadas a ninguém quando não há a possibilidade de prever o resultado de sua conduta, nem quando não lhe tiver sido possível conhecer a ilicitude dessa conduta e adequá-la ao direito nas circunstâncias concretas, sendo irracional apenas alguém por um resultado desejado ou previsto, quando o agente não pode conhecer a proibição ou não pode evitar a conduta.

O princípio da culpabilidade é um dos princípios mais importantes de uma democracia, afinal, para este regime se constituir como tal, é necessário haver um limite ao *jus puniendi* estatal. O mesmo autor, quando analisa o conceito de culpabilidade em nosso ordenamento jurídico, afirma que “(...) nenhum ente estatal está autorizado a descarregar a sua violência punitiva sobre uma pessoa que não atuou com um determinado grau de *liberdade* que lhe tenha permitido optar pela ação ilícita” (GORNICKI NUNES, 2012, p. 107).

Outro ponto que merece ser abordado é o de que “não há crime sem lei anterior que o defina”, como bem estabelece o Art. 1º do Código Penal. Disso, devemos ter em mente o seguinte: **nada**, a não ser a lei, pode estabelecer um crime. **Nada** que não esteja contido na lei, pode ser tratado como crime. Disso decorre o princípio da taxatividade da lei penal: o rol enumerado em um artigo de lei penal nunca pode ser meramente exemplificativo; ele sempre deverá ser taxativo.

Definido de forma sucinta o conceito de crime, passamos a uma análise da posição da doutrina do Direito Constitucional contemporâneo quanto à natureza jurídica do impeachment.

3.2 A questão em debate: crime ou infração política?

¹³³ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

O *Impeachment*, assunto que recentemente tem muito se debatido, é, sem sombra de dúvidas, instituto necessário em um ordenamento democrático. Se do povo emana todo o poder, como bem preceitua o parágrafo único do primeiro artigo de nossa Constituição Federal, é necessário haver um controle sobre o poder discricionário do governante. É preciso, porém, que este controle seja delimitado por parâmetros bem definidos em lei, afinal, o Estado é, além de democrático, também de Direito.

A doutrina constitucional há muito tem se preocupado com a questão da natureza jurídica do crime de responsabilidade. O professor Luiz Alberto David Araújo é enfático ao afirmar que “os crimes de responsabilidade não são crimes, em sentido próprio, mas, na verdade, constituem infrações político-administrativas, cuja incidência enseja o chamado processo de impeachment” (ARAÚJO, L.A.D.; NUNES JUNIOR, V. S., 2001, p. 216). O autor comenta que, apesar de se constituírem em infrações de cunho político,

Somente os atos que caracterizam crimes de responsabilidade - que, como se disse, não são crimes propriamente ditos, mas infrações político-administrativas - podem provocar o impeachment. Para perfeita compreensão do tema, é importante reconhecer que o crime de responsabilidade não é um delito propriamente dito, mas uma infração de caráter político-administrativo (ARAÚJO, L.A.D.; NUNES JUNIOR, V. S., 2001, p. 217)

O que nos importa aqui é destacar o seguinte: o impeachment deverá se dar, **apenas** no caso de o Presidente da República cometer um crime de responsabilidade. Frise-se: mau governo nunca foi desculpa para impedimento.

Problema ocorre quando o julgamento do crime de responsabilidade não acontece de acordo com o princípio do devido processo legal, afinal, o referido doutrinador destaca que o juízo é congressional, de oportunidade e conveniência (ARAÚJO, L.A.D.; NUNES JUNIOR, V. S., 2001, p. 217). Só disto, não é difícil concluir que o princípio de imparcialidade do juiz, um dos principais componentes de um sistema processual democrático, é flagrantemente negado, afinal, como pode ser imparcial um juízo que ocorra apenas em momentos oportunos e convenientes?

Ainda sobre a natureza jurídica dos crimes de responsabilidade, Bernardo Gonçalves Fernandes (2011, p. 751) já começa descrevendo-os como “as infrações político-administrativas praticadas pelo Presidente, definidas em legislação federal”.

O nobre doutrinador esclarece que o rol definido pelo Artigo 85 de nossa Constituição constitui-se em meramente exemplificativo (FERNANDES, 2011, p. 752). Considerando-se o princípio da taxatividade da lei penal, anteriormente esclarecido, parece-nos estranho um crime continuar sendo tratado como tal, uma vez que sua definição em lei é indeterminada.

A título de curiosidade, ao contrário da grande maioria dos doutrinadores, o estimado professor José Afonso da Silva (2005) aponta para uma peculiaridade quanto à natureza jurídica

dos crimes de responsabilidade. Eles podem se constituir em infrações políticas, quando se tratar de atos que atentem contra a existência da União, o livre exercício dos poderes, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais, ou a segurança interna do país¹³⁴, ou crimes comuns, quando se tratar de atos que lesem a probidade na administração pública, a lei orçamentária, ou o cumprimento das leis e das decisões judiciais¹³⁵. Com o máximo respeito e a devida vênua, tendemos a não endossar esta posição, uma vez que, caso se tratasse de crime, não deveria o juízo ser parlamentar, dado o fato de não dever ser imputado pena a alguém sem o agente ter sido julgado nos ditames do devido processo legal, sendo a máxima *nulla poena, sine iudicio* um dogma de qualquer processo penal que, pelo menos, se pretenda democrático.

4 O processo: um confronto entre o legal e o político

O Artigo 86 de nossa Constituição Federal traz em seu *caput* que será feito o processo do crime de responsabilidade em duas fases:

a) Haverá um *juízo de admissibilidade* pela Câmara dos Deputados (e por ela apenas) da acusação, a partir de uma denúncia, sendo esta podendo ser feita por qualquer cidadão, mediante aprovação por 2/3 da Casa em votação nominal;

b) O julgamento dos crimes de responsabilidade cabe ao Senado Federal, sendo este, no dia, presidido pelo Presidente do STF. A sentença condenatória se dará mediante a aprovação também de, no mínimo, 2/3 do total, sendo a sanção (não a pena) a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de funções públicas pelo prazo de 8 anos.

Na primeira fase do processo, recebida a denúncia, é eleita uma comissão especial, na qual tenha a participação de membros de todos os partidos, como preceitua o Artigo 19 da Lei 1079/50. Essa comissão emitirá um parecer afirmando se a denúncia deve ou não ser julgado objeto de deliberação. Haverá o debate, tendo 5 membros de cada partido o direito de falar por uma hora, ressalvado o direito de resposta do relator do parecer. Encerrada a discussão, será o parecer submetido a votação nominal. Se da aprovação do parecer resultar a procedência da denúncia, a acusação será considerada decretada pela Câmara dos Deputados.

Quanto ao processo de julgamento, o Art. 24, *caput*, enuncia o seguinte:

Recebido no Senado o decreto de acusação com o processo enviado pela Câmara dos Deputados e apresentado o libelo pela comissão acusadora, remeterá o Presidente cópia de tudo ao acusado, que, na mesma ocasião e nos termos dos parágrafos 2º e 3º do art. 23, será notificado para comparecer em dia prefixado perante o Senado.

¹³⁴ Como aponta os incisos I, II, III e IV do Artigo 85 da Constituição Federal.

¹³⁵ De acordo com os incisos V, VI e VII do Artigo 85 da Constituição Federal.

No dia do julgamento, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, abrindo a sessão, mandará ler o processo preparatório o libelo e os artigos de defesa, tendo em seguida que inquirir as testemunhas, devendo estas depor publicamente, sem nenhuma estar na presença da outra. Depois, realiza-se o debate entre a comissão acusadora e o acusado, pelo prazo que o Presidente fixar, não podendo ser superior a duas horas. Terminada a discussão, fará o Presidente do STF relatório resumido da denúncia e das provas de acusação e defesa, submetendo, logo em seguida, o julgamento por votação nominal, desta vez pelos Senadores. Se a sentença for absolutória, os efeitos serão produzidos desde já a favor do acusado. Em caso de condenação, o réu estará automaticamente destituído do cargo.

A Lei 1.079/50, se deve dizer, tenta manter uma imparcialidade em relação aos parlamentares, que, no caso, exercem uma de suas funções atípicas. O Artigo 36 do referido diploma legal afirma que não devem interferir no processo, o parlamentar (seja deputado, ou senador): “a) que tiver parentesco consangüíneo ou afim, com o acusado, em linha reta; em linha colateral, os irmãos cunhados, enquanto durar, o cunhado, e os primos coirmãos; b) que, como testemunha do processo tiver deposto de ciência própria”. Essa imparcialidade, porém, é algo que é impossível chegar no plano fático, em parâmetros aceitáveis, em decorrência da história política de nosso país¹³⁶. Como anteriormente dito, o juízo é de conveniência e dá-se em momentos de oportunidade: não há racionalidade. Não é, de fato, um juízo com base na lei. Não é essa a preocupação do órgão julgador em questão. Isso pode ser observado em recente entrevista do Senador Acir Gurgacz sobre o recente processo de Impeachment. O parlamentar declara que não houve crime de responsabilidade, porém, faltaria governabilidade para a então presidenta voltar a governar¹³⁷.

Como anteriormente dito, mau governo nunca foi desculpa para procedência de denúncia de crime de responsabilidade. Parece, porém, que é necessário um juiz racional para compreender e aplicar o que é descrito em lei.

5 Considerações finais

Crime de responsabilidade, ao que tudo indica, não é, afinal, crime. Constitui-se, segundo a corrente majoritária da doutrina contemporânea, como infração político-administrativa.

¹³⁶ Para mais esclarecimentos, conferir: MOSQUÉRA, Julio. **E eu com isso?** São Paulo: Globo, 2006.

¹³⁷ "Foi uma decisão muito difícil, mas importante para o nosso país. Eu entendo que não há crime de responsabilidade, mas falta governabilidade para a presidente voltar a governar o nosso país. A volta da presidente talvez causasse um problema ainda maior para a economia brasileira, que já não está bem". Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/08/senador-vota-pelo-impeachment-mas-diz-que-nao-ha-crime-de-dilma.html>. Acesso em: 29 out. 2016.

O ponto que deve ser levantado, por último, é que, mesmo não se constituindo como crime, se faz necessário, ainda, um devido processo legal, com as garantias de um réu como qualquer outro.

Não nos atreveríamos, aqui, a apresentar uma alternativa, porém, alertar, como por outros já foi feito o mesmo: respeitados os parâmetros constitucionais, se faz necessária uma reformulação do processo de *Impeachment*, que, reafirmamos, é essencial para uma democracia. Essencial também para esta se concretizar, é um processo que se constitua segundo os parâmetros da Lei, não que fique à mercê de meras vontades políticas.

Referências

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

_____. *Constituição (1934)*. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em: 29 out. 2016.

_____. *Constituição (1937)*. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em: 29 out. 2016.

_____. *Constituição (1946)*. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

_____. *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/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

_____. Casa Civil. *Lei nº. 1.079, de 10 de abril de 1950*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1956.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FAUSTO, Bóris. *História do Brasil*. São Paulo: Edusp, 1994.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2011.

GORNICKI NUNES, Leandro. *Culpabilidade e exculpação: o conflito de deveres como causa (supra)legal de exculpação no Brasil*. 2012. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado)- Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2015.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Implicações do Stare Decisis no Brasil

Rubia Carolina Goulart¹³⁸

Resumo: Trata-se de breves apontamentos acerca da adoção da doutrina do stare decisis no Brasil, por intermédio das reformas processuais, em especial o novo Código de Processo Civil. Demonstra-se como esta doutrina foi bem recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro por se tratar de uma forma de tornar o processo mais célere e eficiente. Imperioso ressaltar que este sistema brasileiro de precedentes, tem reflexos pungentes no acesso à justiça, posto que este direito não se resume ao mero acesso ao judiciário, importando estabelecer que a resposta do Poder Judiciário ao jurisdicionado deva ser pautada nos parâmetros constitucionais.

Palavras-chave: *Stare Decisis. Acesso à Justiça. Processo Civil.*

154

1 Introdução

Primeiramente se faz necessário demonstrar a construção histórica da busca pela eficiência processual no Brasil, por meio de influências neoliberalistas e de órgãos financeiros mundiais.

A partir deste pressuposto, a previsibilidade e celeridade processual garantida pelo sistema de precedentes, adotado no *common law*, com a adoção da doutrina do stare decisis, se torna interessante para o ordenamento jurídico brasileiro, por trazer maior eficiência ao processo que há muito tem sido visto como um atraso para o desenvolvimento econômico.

O objetivo é verificar que a importação de aplicação do direito norte americano precisa de uma adaptação ao nosso ordenamento jurídico, e a indagação é justamente se o judiciário brasileiro está preparado para realizar essas moldagens de forma a não permitir tornar-se um estado de precedentes, esquecendo-se de garantir o acesso à justiça no sentido de uma prestação jurisdicional efetiva, não um mero acesso ao judiciário.

Por fim, cumpre ressaltar que o precedente a ser aplicado deve ser aplicado por sua qualidade e adequação ao caso fático e não pelo simples fato de ser um precedente.

2 A Busca pela Eficiência no Processo Judicial Brasileiro

A inefetividade da jurisdição brasileira é um tema que a muito tem sido explorado, motivo pelo qual se observam tantas reformas dentro de nosso processo civil nos últimos anos. Na década de 90 no século XX, o cenário político econômico no Brasil foi fortemente influenciado pelos ideais neoliberalistas, que buscavam tornar a máquina administrativa mais produtiva e eficiente (MARCELINO JÚNIOR, 2014).

¹³⁸ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

A Lei 9756/98 é um exemplo de reforma gerencial do Estado, perpetrada pela Emenda Constitucional nº 019/98, que estabeleceu a eficiência como meta princípio da Administração Pública. A Emenda Constitucional 045/2004, além de impor celeridade (Art. 5, LXXVIII) como pressuposto do processo, impingiu várias mudanças no Judiciário as quais serão brevemente tratadas em seguida. A partir destas, diversas outras leis de cunho reformista processualista foram sancionadas no Brasil.

Segundo Moraes da Rosa e Marcelino Junior (2015), estas reformas foram motivadas principalmente pelo Banco Mundial e demais instituições financeiras que vêm no Judiciário brasileiro, um dos principais problemas para o desenvolvimento nacional. Muito embora, algumas mudanças procedimentais fossem necessárias para substituição de medidas obsoletas, fica evidente que muitas alterações tem o intuito de aumentar o controle sobre o Judiciário para torná-lo mais previsível.

Tais afirmações, não são meros apontamentos de indicações das instituições financeiras mundiais, na verdade, se fala do Documento Técnico de número 319, emitido pelo Banco Mundial (1998), onde se encontra uma espécie de receituário para a América Latina desenvolver-se economicamente, evidenciando que as instituições públicas precisavam ser mais eficientes para incentivar o desenvolvimento do mercado e setor privado.

Não há pudor ou eufemismo no recado dado pelo Banco Mundial através de seu receituário. O Documento Técnico, de forma clara, bem enaltece que o Judiciário deve estar a serviço do mercado, viabilizando a eficiência na alocação de riquezas. O Judiciário, segundo o documento, não deve desestimular os investimentos, na verdade, pelo contrário, simboliza a mola propulsora dos investimentos (MORAIS DA ROSA; MARCELINO JUNIOR 2015).

Esse fenômeno de inserção do pensamento efficientista acaba por despolitizar o Direito e consolidar a ascensão do pensamento econômico sobre a política e o próprio Direito, via aparato estatal. A Economia acaba se tornando uma seara do saber que pretende exercer papel vinculador em relação ao pensar, sem que se possa fazer barreira pelo e no Direito (NUNES 2003).

A Emenda Constitucional n.º 45/2004, por sua vez, foi fundamental para a viabilização da chamada “Reforma do Poder Judiciário”. Em realidade, a referida reforma foi deflagrada, segundo explica Oliveira, para enfrentar a crise que atravessava aquele Poder. Esta Emenda Constitucional é decorrente de parcela do Projeto de Emenda Constitucional n.º 29, que tramitou por mais de doze anos no Congresso Nacional (OLIVEIRA 2013).

Oliveira (2013) explica, ademais, que a reforma do Judiciário, encetada por meio da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que teve o propósito de criar algum elemento de contenção do fluxo de processos na Corte Constitucional, inovou ao apresentar institutos, tais como a súmula vinculante e a repercussão geral da questão constitucional. O autor esclarece, ainda,

que esses dois instrumentos foram criados com o objetivo impor barreiras ao manejo excessivo do recurso extraordinário, combatendo, assim, a morosidade dos julgamentos e a insegurança jurídica.

A reforma econômica requer um bom funcionamento do Judiciário, tanto na interpretação bem como na aplicação das leis e normas de forma previsível e eficiente, neste diapasão se encontra a busca incessante pela celeridade processual, tendo a complexidade e morosidade do processo como um inimigo da sociedade. Apesar desta ser a proposta midiática, Morais da Rosa e Marcelino Junior (2015) tecem uma crítica e os riscos desta busca pela aceleração no sentido de que esta proposta reformista do Banco Mundial apresenta o processo como um monstro burocrático e inefetivo, que por meio da mídia torna-se um discurso bem recepcionado pelo senso comum, criando o mito da velocidade ser meio de confirmar as promessas constitucionais, ledor engano. O neoliberalismo, precursor destes interesses, tem como objetivo a prevalência do econômico sobre o jurídico, então as garantias sociais na lógica de custos, estão incompatíveis com seus interesses.

3 Reformas do Processo Civil para um Sistema de Precedentes

Partindo do pressuposto de influências internacionais de instituições financeiras e ideologia neoliberal no Poder Judiciário brasileiro, as alterações no Código de Processo Civil não constituem mera coincidência. O novo Código de Processo Civil traz novos artigos e institutos, que também visam diminuir o tempo do processo, a partir da ampliação do caráter vinculante das decisões judiciais.

O novo CPC estabelece de forma expressa que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926). Ou seja, os tribunais não devem permitir divergências internas sobre questões jurídicas idênticas, como se cada juiz, desembargador ou turma julgadora não fizesse parte de um sistema.

Com a reforma do CPC, outro ponto importante a ser ressaltado, é a força vinculante dos precedentes (art. 927). Para Neves a constitucionalidade deste dispositivo é questionável. Afirma-se que a vinculação obrigatória às súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, bem como aos precedentes criados no julgamento de casos repetitivos e no incidente de assunção de competência invade a seara legislativa, por outorgar ao Poder Judiciário o estabelecimento de normas, criando uma vinculação inconstitucional a preceitos abstratos e gerais fixados pelo Poder Judiciário, ou seja, com características de lei.

Com o advento do efeito vinculante das decisões exaradas nos Tribunais superiores, observamos que o Brasil tem caminhado a passos largos para o stare decisis, que trata-se de uma teoria típica dos sistemas judiciais que valorizam sobremaneira a força dos precedentes –

por exemplo o *common law*. Assim, pelo *stare decisis*, uma decisão da Corte Suprema tem capacidade de vincular todos os demais juízes e tribunais. Essa é a regra geral, mas que não impede a existência de exceções dentro do próprio sistema de precedentes.

Observa-se uma transferência de poderes excessivos às Cortes Superiores, as quais produzem precedentes a serem reproduzidos pelos tribunais e juízes de primeiro grau.

No Brasil, o art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, comprova a existência do sistema legal adotado ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Do referido dispositivo advém o princípio da legalidade, que, além de proteger o indivíduo em face do Estado, legitimando somente as imposições que respeitem as leis previamente estabelecidas no ordenamento, também serve como de instrumento norteador da atividade jurisdicional.

Acontece que estamos diante de uma nova perspectiva, onde as decisões exaradas pelas Cortes Superiores passarão a ter efeito de lei. Streck (2016) a respeito disto, tece uma forte crítica evidenciando que o direito não é o que os tribunais dizem que ele o é.

Agora, em razão da adoção do sistema do *stare decisis*, há que se repensar a compreensão do termo “lei”, empregado na Constituição de 1988. Se até recentemente “lei” significava apenas as espécies legislativas, agora, em razão da força obrigatória dos precedentes, há que se contemplar também o precedente judicial, mormente aquele que, em razão do status da Corte que o firmou, tem cogência prevista no próprio ordenamento jurídico (DONIZETTI, 2015).

Meu objetivo neste momento, não está em detalhar a doutrina do *stare decisis*, suas formas de distinção e superação do precedente, bastando ressaltar que os juízes e tribunais podem optar por aplicar, distinguir ou revogar, mas nunca ignorar um precedente.

Os precedentes vinculantes não devem ser aplicados de qualquer maneira pelos magistrados. Há necessidade de que seja realizada uma comparação entre o caso concreto e a *ratio decidendi* da decisão paradigmática. É, preciso, em poucas palavras, considerar as particularidades de cada situação submetida à apreciação judicial e, assim, verificar se o caso paradigma possui alguma semelhança com aquele que será analisado. Essa comparação, na teoria dos precedentes, recebe o nome de *distinguishing* – distinção –, que, segundo Cruz e Tucci (2004), é o método de confronto “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma” (DONIZETTI, 2015).

Encontramos no Brasil, neste primeiro momento, a dificuldade de encontrar a *ratio decidendi* das Cortes Superiores devido às decisões colegiadas serem decididas por votação sem que haja a redação de uma decisão oficial da corte. Salieta Rodriguez que por essa razão, denomina a jurisdição brasileira de justiça opinativa e afirma que sua legitimidade está mais ligada ao funcionamento institucional do Poder Judiciário como um todo

do que à racionalidade de sua argumentação ou ao carisma individual dos juízes (RODRIGUEZ, 2013).

Observamos que se sobressai à exigência por maior eficiência e a celeridade processual, com um rápido estabelecimento soluções para os conflitos sociais e jurídicos. Segundo Taruffo (2008), podemos buscar pelo menos dois tipos de eficiência no sistema processual e judicial. Uma primeira perspectiva de eficiência se definiria em termos de velocidade dos procedimentos e redução de custos, na qual quanto mais barata e rápida a resolução dos conflitos, maior eficiência seria obtida, sendo a qualidade do sistema processual e de suas decisões um fator de menor importância. Uma segunda perspectiva de eficiência seria aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação e que conduziria a necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equânimes e democráticas para a aplicação do direito.

Podemos verificar, ante as explicações de Taruffo, que o sistema processual brasileiro continua trabalhando com a eficiência quantitativa, impondo uma visão de alta produtividade de decisões e de uniformização superficial dos entendimentos pelos tribunais com a finalidade de aumentar a estatística dos casos resolvidos.

4 Reflexos do Stare Decisis no Acesso à Justiça

Cappelletti (1988) salientou a importância do acesso à justiça, especificando que ele é inerente ao indivíduo, uma vez que consiste na base para que os cidadãos possam ter conhecimento dos demais direitos existentes. Diante disso, afirma-se que o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua reivindicação (CAPPELLETI, 1988).

O objetivo tem sido analisar o acesso à justiça para além dos conceitos que demonstram ser este princípio, a mera apreciação do judiciário. A partir deste pressuposto, tanto Rodrigues, Grinover e Watanabe, seguem esta mesma trilha do pensar, demonstrando que este direito não se resume em simples ingresso aos órgãos estatais, sendo uma garantia de que os órgãos estatais serão apenas os meios para se obter uma medida justa e específica.

Para melhor esclarecer estes pontos de vista, inicia-se com o entendimento de Rodrigues, que afirma ser o acesso à justiça um direito que não se esgota no acesso ao Judiciário, não devendo ser reduzido à criação de mecanismos processuais e seus problemas aos existentes nesse âmbito. O acesso à justiça representa mais do que o ingresso no processo e o acesso aos meios que ele oferece.

Pelo exposto, é importante salientar alguns pontos do que Rodrigues evidenciava por serem de capital relevância para desvendá-lo da presente pesquisa. Primeiramente ele demonstra que o processo judicial oferece meios ao jurisdicionado para que ele alcance o almejado acesso à justiça, sendo o órgão estatal de importância crucial em casos específicos, os quais de forma alguma poderiam ser analisados por meios extrajudiciais. Outro ponto é que ele deixa claro que não é o processo em si que garante o acesso à justiça, sendo a resposta, ou o resultado das construções que o processo proporciona, então, a justiça em sentido lato que o jurisdicionado busca.

Grinover (1996) lança a ideia da “popularização do Judiciário.” Para a autora, o acesso à justiça não pode se limitar apenas ao mero acesso aos tribunais. O acesso à justiça deve ser mais rápido, pois a mora seria cúmplice da impunidade. Além do mais, o acesso deve ser mais barato e mais eficiente para garantir maior acesso à justiça, lembrando que justiça não é a mera admissão a um processo, mas sim ter uma resposta do mesmo. A justiça deve ser menos formal, para garantir o acesso das pessoas menos instruídas e, ainda, garantir o direito da autodefesa.

Este pensamento quanto a resposta do Judiciário é um ponto central desta pesquisa, ela demonstra que ao provocar a jurisdição se espera evidentemente a resposta para o caso fático demonstrado. A busca pela eficiência desta resposta não pode roubar-lhe a necessidade de individualização e análise do conjunto probatório. Aquele que busca o acesso à justiça, busca a justiça e não uma decisão “fast food”.

Cuida-se de uma perspectiva de acesso à ordem jurídica justa, sobre a qual Watanabe se posiciona no seguinte sentido: a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de tudo, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento, como com acerto acentua Mauro Cappelletti.

Hoje, lamentavelmente, a perspectiva que prevalece é a do Estado, quando não do ocupante temporário do poder, pois, como bem ressaltam os cientistas políticos, o direito vem sendo utilizado como instrumento de governo para a realização de metas e projetos econômicos. A ética que predomina é da eficiência técnica, e não da equidade e do bem-estar da coletividade. Há que se preocupar, igualmente, com o direito substancial, que, sobre ser ajustado à realidade social, deve ser interpretado e aplicado de modo correto. Já se disse alhures que, para a aplicação de um direito substancial discriminatório e injusto, melhor seria dificultar o acesso à Justiça, pois assim se evitaria o cometimento de uma dupla injustiça (WATANABE, 2004).

Esse paradigma consiste em uma renovação de postura mental para se pensar nas instituições sob a perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, o povo. Verifica-se aí, uma necessidade de observar que algumas iniciativas de cunho procedimental calcadas no discurso de tornar a justiça mais célere e eficiente requerem a seguinte indagação: Eficiente para quem? Sim, para quem se destina a eficiência almejada, sendo que em alguns casos realmente se verifica a necessidade de um processo moroso que se construa verdades ao longo do tempo devendo ser analisado com cautela.

Referências

BANCO MUNDIAL. *Documento Técnico n. 319/1996*. Acesso em: <<http://www.anamatra.org.br/uploads/document/00003439.pdf>>.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, 1988.

DONIZETTI, Elpidio. *A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil*. Acesso em: <<http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D0/66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf>>.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*, 1996.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; MARCELINO JUNIOR, Julio Cesar. *O processo eficiente na lógica econômica*, 2015.

NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *O papel do STF no novo sistema processual brasileiro*. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, n. 118, 2013.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. *Teoria geral do processo*, 2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes*, 2013.

TARUFFO, Michele. *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation*. CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e sociedade Moderna*, in Participação e processo. São Paulo: Ed. RT, 1988.

O estado da Interpretação Constitucional: análise do Habeas Corpus 126.292

Guilherme Vinicius Benevenuto¹³⁹
Nayara Ribeiro Silva¹⁴⁰

Resumo: O objetivo deste trabalho é analisar a interpretação constitucional que se desenrolou no caso do Habeas Corpus 126.292. Vamos analisar a fundamentação jurídica usando como base a obra de Friedrich Müller para por fim, responder a pergunta: a decisão jurídica em questão encontra fundamento jurídico? Para isso, usamos os votos dos ministros Luis Roberto Barroso, bem como do ministro Gilmar Mendes, a fim de que possamos, com os argumentos jurídicos usados, responder a questão proposta. A escolha deste foi limitada a estes apenas, pois, nos seus votos, encontramos subsídios suficientes à conclusão deste artigo. Este trabalho se faz necessário, para identificação e crítica de eventuais desvios do Direito vigente, pelos órgãos de decisão.

Palavras-chave: *Metódica. Dezision. Habeas corpus. Decisão jurídica.*

1 Introdução

O acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 192.262 foi bastante impactante. O caso alterou consolidada jurisprudência do tribunal sobre a presunção e inocência, modificando o entendimento acerca do Art. 5, inciso LVII da Constituição Federal, e passou a permitir (novamente) a execução provisória de condenações penais.

O texto da norma em questão: “Ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória” foi interpretado de forma a permitir que seja executada a sentença daqueles cuja a sentença ainda não transitou em julgado.

Dentre os vários argumentos empregados em favor da revisão da jurisprudência, encontramos uma abundância de apelos pragmáticos e políticos, que ressaltam desde a impunidade que por vezes gozam aqueles que incorreram em atos ilícitos, até o percentual de recursos especiais que não são providos.

Fornece-nos perfeito exemplo, o Ministro Luiz Fux, ao argumentar pelo novo entendimento da seguinte maneira:

O cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo de apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência. (FUX, 2016)

Os argumentos que levam em consideração o aspecto normativo-jurídico da questão,

¹³⁹ Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

¹⁴⁰ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

que perquirem acerca da legalidade da execução provisória da pena são a franca minoria. Mesmo assim, entre estes temos em maioria ponderações e interpretação teleológicas-sistemáticas que desconsideram o teor literal da norma. Podemos dizer que se fundamentou a decisão, como comemorou em seu voto o Ministro Edson Fachin: “sem apego a literalidade”.

Diante deste cenário nos propomos a realizar neste breve artigo uma análise do julgado em questão, nos apoiando principalmente na obra de Friedrich Müller: *Metódica Jurídica e Sistema Político*.

A primeira parte do trabalho se dedicará a estabelecer alguns dos conceitos desenvolvidos pelo Autor que serão pertinentes para a análise da decisão em mãos. Exploraremos em especial a tipificação *Dezision*, uma das maneiras nas quais a política se faz sentir na práxis jurídica, definindo o que caracteriza uma *Dezision* e suas implicações. Analisaremos também questões pertinentes a validade, ou invalidade, de uma decisão jurídica.

Deste ponto partiremos para a segunda parte do trabalho, onde relacionaremos os tópicos teóricos com o caso concreto. Tentaremos identificar alguns dos fatores políticos que influenciaram ou motivarão a virada que ocorreu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Bem como estudaremos os argumentos empregados pelos ministros para fundamentarem seus votos.

Por fim, buscaremos responder a pergunta: Sustenta-se juridicamente esta decisão? Trata-se de um desvio do direito vigente ou de uma decisão válida?

1.1 O conceito de Friedrich Müller de *Dezision*

Muller (2014) tipifica varias situações em que a política influencia no trabalho da metódica jurídica, na concretização de normas. Posto de maneiras mais genérica, quando a interpretação de uma norma é guiada também por fatores políticos. Neste sentido, “a política irrompe no trabalho jurídico *pontualmente* quando a decisão em causa é tomada contra a situação jurídico normativa (*Dezision*)” (MULLER, 2014, p.72).

O autor nos diz que *Dezision* consiste em uma decisão onde: “1 num caso não altamente político mas politicamente delicado; 2 a partir do resultado desejado; 3 decide-se sob influência de um desvio insustentável do direito vigente, ou seja, da prática jurídica dominante, referente aos padrões dogmáticos, comuns ao Estado de Direito”. (MULLER, 2014, p. 37)

São decisões que não podem ser juridicamente justificadas, pelo menos não de maneira coerente com as praticas da metódica jurídica. Como fundamentação contam apenas com apelos pragmáticos e “formulas vazias” que tentam captar alguma sentido de legalidade para a *Dezision* em mãos. (MULLER, 2014)

Nas palavras de Friedrich Müller (2014, P. 37), “Esse tipo de decisão não é apoiado normativamente; mais precisamente: a norma de decisão formulada não pode ser reconduzida

à norma jurídica reclamada conforme as regras universalmente reconhecidas e praticadas da metódica jurídica”.

Temos dois tipos de Decisão: Por distorção jurídica e por suposição jurídica. Esta primeira ocorre quando a situação discutida já é regulamentada pelo ordenamento jurídico, mas a decisão afirma que a situação não é regulamentada, ou insiste em uma regulamentação diversa, não compatível com o texto normativo. O segundo tipo, Decisão por suposição jurídica, ocorre quando a situação concreta não é regulamentada, mas a decisão afirma que há norma que a defina. Decisão é, no fim, uma maneira de atingir um objetivo que é politicamente desejado, mas que é impossibilitado pelo direito vigente, o direito positivo.

Decisões do tipo acima estabelecidas costumam sustentar-se como “válidas”, no cenário jurídico, ou seja, serem aceitas apesar de seus vícios, até onde alcança a influência dos interesses que lhes enseja inicialmente. Mas nesta seção não vamos questionar até que ponto a comunidade jurídica aceita ser conivente com distorções do direito vigente, mas o que constitui uma decisão inválida, ilegal.

Desta maneira, para que uma decisão jurídica seja considerada válida, é necessário que ela seja metodicamente reconduzível ao texto normativo, de acordo com nosso autor: “No estado constitucional civil, os atos de instâncias jurídicas de decisão somente valem como legítimos, porque legais - “de acordo com o direito” -, quando emergem conforme as regras de metódica, como normas de decisão legitimáveis perante normas jurídicas” (MULLER, 2014, p. 80).

Outrossim, também é requisito necessário para a validade de uma decisão que não transgrida a literalidade do texto. Que mantenha-se assim “compatível com as variantes de compreensão do texto-normativo”. (MULLER, p 120, 2014)

Ainda diz Müller (p.121, 2014): “A função-limite do texto normativo marca a última linha de controle para o postulado, central no Estado Democrático de Direito, da vinculação constitucional e legal”.

Ou seja, é aqui, nos limites traçados pela metódica e a literalidade do texto normativo, que deve encerrar-se a atuação do judiciário, quaisquer outras alterações ao direito vigente que se deseje, por mais que politicamente desejáveis, devem ser conduzidas através do processo legislativo, não através de decisões judiciais.

Ainda neste sentido:

O resultado da decisão judicial tem de ser atribuído ao “conteúdo” da lei em geral e não ao exercício pessoal do poder do juiz, enquanto uma pessoa singular. Caso isso ocorresse, portanto, se o juiz tivesse faltado ou até mesmo nem buscado a vinculação à norma jurídica, então ele teria decidido desvinculada e, assim, ilegal e ilegitimamente. (MULLER, 2014, p. 125)

1.2 Estado Democrático de Direito e Dezision

Portanto quando o juiz transgredir os limites legalmente impostos para sua atuação está agindo de maneira autoritária, sem respaldo legal, fora do âmbito do Estado Democrático de Direito. De fato, cada Dezision trabalho no sentido de erodir a força vinculante das normas que afeta, já que muitas vezes o próprio teor literal da norma em questão é deixado de lado, esquecido, em favor de ponderações e abstrações cada vez menos verificáveis e racionalizáveis.

A situação se assevera quando a norma em questão é uma de direito constitucional, aqui é atingido o ordenamento jurídico em seu cerne. Nesta seara as Dezision desproveem a Constituição de força normativa, e põem em risco garantias e direitos fundamentais.

Acontece que em favor da “atuação política do judiciário” (MENDES, p.119, 2009), ou seja, da perseguição de certos objetivos políticos por aqueles responsáveis por concretizar o direito (fenômeno que repercute especialmente no STF), perde-se, fazendo aqui referência a Konrad Hesse (p.19, 1991) “a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme” - força normativa da constituição -, perde-se, ainda em referência ao supracitado autor, à *vontade de constituição*.

Sendo a Constituição a maior ferramenta de concretização do Estado Democrático de Direito, na medida em que esta perde autoridade, força normativa, este último ao qual aspiramos, que ousar dizer, cultivamos arduamente, fica cada vez mais fragilizado.

2 Análise do caso concreto

Para analisar o HC 126.292, optamos por melhor dogmática, analisar os votos dos ministros, Gilmar Mendes, bem como do ministro Luis Roberto Barroso, a fim de que se possa chegar a melhores contribuições ao nosso estudo.

Trata-se de um Habeas Corpus (nº 126.292/2016), impetrado em favor de um homem condenado por roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas (vide Código Penal, art. 157, § 2º, I e II). Em primeiro grau o réu foi condenado a pena de 5 anos e 4 meses de reclusão. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apelou e foi expedido mandado de prisão. Desta feita, o paciente impetrou HC, para o Superior Tribunal de Justiça e logo após, para o Supremo Tribunal Federal que abriu para a discussão se a Constituição/88 admite ou não a prisão do condenado antes do trânsito em julgado.

Antes de expor uma análise simplista dos votos dos ministros Barroso e Gilmar Mendes, é importante deixar claro o cenário do qual o relator Teori deixou em seu relatório, qual seja:

[...] O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal." (ZAVASCKI, p. 04).

Entendemos a importância que desde já, para o Ministro Teori se evidencia: Sociedade em favor da eficácia do sistema criminal brasileiro. E é com essa narrativa que o ministro Luis Roberto Barroso, dá ensejo ao seu extenso voto.

É analisando os seus fundamentos, que vemos o que de fato se espera alcançar o judiciário brasileiro. Ambos, contrários a concessão do Habeas Corpus, apresentam desde argumentos jurídicos como pragmáticos que atentam ao ânimo da sociedade.

Não esperamos reduzir os seus argumentos e ainda mais torná-los sem qualidade, o que se deseja é tentar interpretar os seus posicionamentos na ótica da metódica normativa de Müller, tecendo sobre a percepção do autor a interpretação dos ministros. Sobre isso, disserta o ministro Barroso:

A norma jurídica deve ser percebida como o produto da fusão entre o programa normativo e o âmbito normativo. O programa normativo corresponde ao sentido extraído do texto do dispositivo constitucional pela utilização dos critérios tradicionais de interpretação, que incluem o gramatical, o sistemático, o histórico e o teleológico. O âmbito normativo, por sua vez, identifica-se com a porção da realidade social sobre a qual incide o programa normativo, que tanto condiciona a capacidade de a norma produzir efeitos como é o alvo de sua pretensão de efetividade" (BARROSO, HC 126.292, p. 31 a respeito do livro de Friedrich Müller, Métodos de trabalho do direito constitucional, 2005).

Desse modo, iniciamos as análises com o voto do Excelentíssimo Ministro Luis Roberto Barroso, a qual tece em seu fundamento, em maior respeito, argumentos pertinentes à obra de Müller, quando, em sua preocupação maior, evidencia o âmbito normativo, não deixando de elencar o programa normativo utilizado, para argumentação do voto apresentado.

2.1 Implicações políticas

A questão da do Artigo LVII da CF, da presunção de inocência e da execução provisória da pena, é uma sem dúvida politicamente delicada, sobre a qual há escasso consenso.

Inclusive tramitam projetos, atualmente no senado, que buscam pela via legislativa instituir a prisão em segunda instância como regra.

Ou seja, manifestações sobre o assunto são abundantes e isto sem dúvida exerce certa influência sobre os órgãos encarregados de decidir acerca do assunto. Nominalmente o STF na decisão do HC. 126.292.

Encaixa-se aqui o pronunciamento do procurador geral da República, Rodrigo Janot, que disse acerca da decisão supra: "Trata-se de um passo decisivo contra a impunidade no Brasil". Bem como a nota expedida pela Associação dos Juizes Federais do Brasil, declarando: "Esse é um dos principais pontos da nossa agenda. A mudança na interpretação da lei emanada pelo plenário da Suprema Corte reforça a adequação e pertinência da nossa proposta".

Ainda agrava as implicações políticas a correlação que ocorre entre presunção de inocência e corrupção. É fato bem conhecido que a corrupção é um problema sério para o Estado brasileiro, e o seu combate, em especial, a responsabilização daqueles que incorrem na corrupção, vem sendo associado à presunção de inocência.

Nesta seara a presunção de inocência era tida, no seu formato anterior ao HC. 126.292, como um empecilho, um obstáculo a ser superado, já que permitiria àqueles condenados por corrupção interpor intermináveis recursos na esperança de obter a prescrição de seus crimes. Evidência deste entendimento são as manifestações do Juiz Sérgio Moro, responsável por julgar os casos da operação Lava Jato.

Declarou Moro ao site de notícias "O Antagonista": "A decisão do Supremo, fazendo depender a prisão de uma condenação por um órgão colegiado de Apelação, é um grande avanço em relação à sistemática anterior, quando se exigia o trânsito em julgado".

Ainda neste sentido, temos referências expressas em votos de Ministros no HC acima referido, em especial o voto do ministro Luis Roberto Barroso, que declara a utilidade que servirá a reforma do entendimento no combate a corrupção, ao quebrar "o paradigma da impunidade".

Pois bem, o que se intenciona com esta seção é somente deixar claro a forte influência política que incidiu sobre o caso analisado (naturalmente até, por tratar-se de um caso de ampla repercussão e fortes implicações fáticas), e não fazer quaisquer julgamos de mérito, esperamos termos alcançado o objetivo.

2.2 Voto do ministro Luis Roberto Barroso

Em seu voto, inicialmente, esclarece, argumentos jurídicos dos quais baseia este, em seu todo. São eles: leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988; consideração da presunção de inocência ser um princípio constitucional, e não uma regra – vide CF/1988, arts. 5º, *caput* e LXXVIII e 144; por fim, nesse primeiro momento, julga que o acórdão penal condenatório, proferido em grau de apelação, coloca enfim a execução da pena a preencher uma exigência de ordem pública que assegura a credibilidade do Judiciário e

sistema penal.

Porém, o Ministro Barroso, não deixa por menos, e elenca os fundamentos pragmáticos dos quais ratifica. Sendo eles: (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.

Os argumentos pragmáticos, de ambos os ministros, serão discutidos por nós de forma sucinta, em um mesmo momento, já que para este artigo, a importância dos argumentos é infundavelmente jurídica.

Com sua linha de raciocínio definida, o ministro apresenta o cenário que as decisões do STF se encontram, chamando-as de mutações constitucionais. Isso porque, em 2009, o Supremo teve que pronunciar-se a respeito de um Habeas Corpus (HC 84.078-7, 5 de janeiro de 2009), cujo assunto era muito similar ao exposto neste. Importante ressaltar, que neste Acórdão, a corte decidiu, que a execução provisória, não pode ocorrer quando ainda houver recursos pendentes, seguindo o voto do ministro Eros Grau.

Ele elenca três tipos de mutação constitucional, são elas: interpretativas; nova percepção do Direito e impactos na alteração da realidade sobre o sentido. A primeira ocorre quando, por exemplo, o STF vier a considerar uma interpretação da norma, diverso daquilo que anteriormente entendia. A segunda, quando se alteram os valores de uma sociedade. E finalmente a terceira, quando algo era legítimo podendo deixar de ser e vice e versa. Unindo seus argumentos sobre as consequências da decisão proferida em 2009, o ministro chega à seguinte conclusão:

Trata-se, assim, de típico caso de mutação constitucional, em que a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito. Ainda que o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou (BARROSO, p.35)

Ou seja, para ele, há no momento, a necessidade de rever a decisão do Supremo sobre o assunto, pois estamos diante de uma mutação constitucional que está precisando ocorrer, pois a realidade social e seus valores estão diferentes do antes refletido. O Direito assim muda, pois é o que a sociedade precisa. Partindo dessas concepções, vamos então, aos argumentos jurídicos usados em seu voto.

Para construir o seu argumento jurídico, o ministro os apresenta, esclarecendo por partes, o que cada um tende a contribuir para o seu direcionamento. Por isso, inicia a explicação jurídica, pelo conceito: *“O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente”* (BARROSO, p.35). Deste modo, traça uma análise sistemática da constituição, dizendo expressamente, que a esta não é algo solto, mas sim, um conjunto orgânico, com unidade que por isso, temos que analisar o art. 5, inciso LVII e LXI para entendermos que na verdade, poderá haver prisão antes do trânsito em julgado, pelo simples fato de não ser esse o preceito para a prisão, mas sim, ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente - que nada mais é do que a transcrição da parte final do inciso LXI. Sobre isso, aduz o ministro:

Ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do art. 5º, LVII da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente conforme se extrai do art. 5ª, LXI, da Carta de 1988. (BARROSO, p. 37 HC. 126.292)

Ante o exposto, percebemos até o momento, que foi usado um método sistemático de análise constitucional, para uma interpretação em sua unidade, e não, gramatical do inciso questionado. Dessa forma, até o momento, a intenção do ministro é nos mostrar que há a possibilidade de prisões que não instituem a culpabilidade do agente e que está prevista em nosso ordenamento, logo abaixo do inciso sobre trânsito em julgado, que se faz entender da seguinte forma:

Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do

trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória) (BARROSO, p.36 HC. 126.292)

Então, fechando o seu raciocínio, deixa claro, que a própria constituição prevê prisões antes do trânsito em julgado e que o Tribunal competente pode decretar tal prisão. Expõem o ministro, (p.37 HC.126.292): "Assim sendo, e por decorrência lógica, do mesmo inciso LXI do artigo 5º deve-se extrair a possibilidade de prisão resultante de acórdão condenatório prolatado pelo Tribunal competente".

Colocando a concepção de princípios e normas com a resolução na proporcionalidade, o ministro esclarece:

Assim sendo, a partir de uma ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos e à luz do mandamento da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, é possível concluir que a execução provisória da pena aplicada a réu já condenado em segundo grau de jurisdição, que esteja aguardando apenas o julgamento de RE e de REsp, não viola a presunção de inocência. Em verdade, a execução da pena nesse caso justifica-se pela necessidade de promoção de outros relevantes bens jurídicos constitucionais (BARROSO, p.43)

Com isso, apresenta uma proposta à luz do âmbito normativo, que encontra dificuldades em ser aplicado por conta dos princípios constitucionais e é por isso, que assim como exposto, nos faz entender que por princípios não serem absolutos, não ha motivo para não aplicar a prisão em segundo grau, já que, usando da proporcionalidade, vemos que o que está em conflito com esse princípio nada mais é do que outras seguranças jurídicas trazidas pela CF/88 (efetividade do processo, garantia e segurança jurídica do sistema penal entre outros) que são tão importantes quanto, mas que talvez podem ficar mais prejudicadas do que a prisão em segundo grau do acusado que aguarda RE e Resp e que à medida que a investigação avança, já não cuida tanto a culpabilidade deste agente, que embora entre com o recurso, é quase certo, por estatísticas que não terá sua decisão reformada.

Finda as conclusões a respeito desse assunto, o ministro apresenta seu último argumento jurídico, sendo ele: "*Após condenação em 2º grau, a execução da decisão constitui exigência de ordem pública.*".

Inicia o magistrado, tornando o seu discurso o mais claro possível, com a seguinte prescrição:

Com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, a execução provisória da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. Vale dizer: ainda que não houvesse um fundamento constitucional direto para legitimar a prisão após a condenação em segundo grau – e há! –, ela se justificaria nos termos da legislação ordinária. (BARROSO, p.44)

Com estas afirmações, o ministro refuta a ordem pública – o interessante é que para fins de mutação constitucional, o mesmo ministro não apresenta em seu voto, e teria mais coerência se o fizesse, este termo, entretanto, em suas análises posteriores também não faz definição do que é algo tão subjetivo para si neste ponto de seus argumentos, apenas usa como fim explicativo, o conceito já trazido para o tribunal através da ministra Ellen Gracie e do ministro Gilmar Mendes:

Nesses julgados, pude asseverar que o referido requisito legal envolve, em linhas gerais e sem qualquer pretensão de exaurir todas as possibilidades normativas de sua aplicação judicial, as seguintes circunstâncias principais: a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros; ii) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e iii) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal. (MENDES, HC 89.238, Segunda Turma, j. 29.05.2007)

170

Bem como, a definição apresentada por Ellen Gracie: “a garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal”. (GRACIE, HC 83.868, j. 10.06.2008)

Com o entendimento sobre ordem pública apresentada, o ministro entra na seara da lei orgânica que ante o exposto, apresentou sendo um dos motivos de afirmações a sua tese. Expõem que no art. 312 do Código de Processo Penal, há três situações das quais pode-se decretar prisão preventiva, justificada, quando há provas de que houve um crime e tem início de sua autoria (que enseja o inquérito policial): quando há a necessidade de colheitas de provas e o acusado pode atrapalhar a oitiva das testemunhas, por exemplo; garantia do resultado do processo e por fim, garantia da ordem pública (vide definição acima) e ordem econômica. Presentes esses requisitos, pode, para o STF, o juiz decretar a prisão do acusado em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, desde que fundamentada. Faço um parêntese importante, fundamentar de qual forma? Creio que não há dúvidas de que todos os requisitos apresentados são para a maioria dos leitores, extremamente arbitrários. O que pode ser considerado um possível empecilho a colheita de provas? Entre outros que “fundamentalmente” podem alavancar situações das quais o acusado, não se encontra, mas poderia se encontrar então sendo assim, o ideal é estar preso. Veja, aqui, o ministro se desloca de argumentos realmente jurídicos (ainda, que para este, essa parte do voto, ainda o seja) e desconstrói para uma visão de Direito presumindo atitudes, como no caso do HC de 2009, onde o Ministério Público pediu a prisão do acusado, pois acreditava que o mesmo iria fugir, já que estava vendendo suas coisas. O Tribunal concedeu, fundamentando, porém, as vistas de uma possível ação do acusado, sem provas

e sabemos que o Direito Penal é restrito em suas prescrições, ninguém é condenado pelo o que pensa fazer, e sim, por àquilo que fez.

Continua o ministro, a elaborar argumentos que cada vez mais se afasta do teor jurídico da discussão. Diz ele, que, quando já houve a condenação em segundo grau, a materialidade do delito, a autoria e a impossibilidade de rediscussão de outras provas e fatos é uma consequência que preenche a vontade da ordem pública, então retardar a execução da pena deste acusado, é deixar de cumprir com os valores que a ordem pública entende. Sobre isso, disserta:

Neste cenário, retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema crimina". (BARROSO, p.44)

Encerra a discussão por fim, concluindo que não há mais como dar continuidade a um sistema moroso de desprestígio para a justiça, pois acarreta em impunidade. Para tanto, pode o réu ainda entrar com recurso ao STF e STJ para tentar corrigir, possíveis erros e abusos das decisões, mas isso, sendo uma exceção.

2.3 Voto do ministro Gilmar Mendes

O ministro inicia o seu voto, lembrando o outro HC 84.078, já aqui citado, onde o relator era o ministro Eros Grau, mas Gilmar Mendes cita o voto do há época ministro Cesar Peluso, que ressaltava a importância de que se pudesse decretar prisão provisória, a partir das decisões de primeiro e segundo grau, havendo requisitos de prisão preventiva. Ainda, expõe de antemão, o seu posicionamento, semelhante ao ministro Barroso, referente à ordem pública:

São os casos clássicos, nós nos lembramos bem, que são hoje enquadráveis naquele fundamento de ordem pública. A possibilidade, por exemplo, de uma iteração ou reiteração delitiva. Então, era uma hipótese que se colocava como plausível para justificar a prisão preventiva a partir da decisão de primeiro ou de segundo grau. (MENDES, p. 63).

Começa então, a fazer alusões ao Direito Alemão e Espanhol, sobre recurso constitucional lançar-se contra uma decisão transitada em julgado e recurso de amparo, sucessivamente. Com isso, alude sobre o jornal *The Economist* que retrata a jurisdição criminal brasileira tendo generosidade com as prisões preventivas ao passo que invoca o trânsito em julgado para execução de sentença.

Começa então a prolongar o seu discurso com a máxima de que há casos emblemáticos que prescreveram e que isso, é lamentável, mas vai continuar acontecendo

vistas o sistema que está hoje. Isso, para o ministro, gera um grave quadro de impunidade.

O ministro agora, começa a parte que chama de perspectiva teórica da presunção de inocência. Ele diz que a presunção de inocência não impede que o réu seja tratado de igual forma ao decorrer do processo. Vejamos:

Em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento algo diferenciado. (MENDES, p.72)

172

Ele entende que assim, não há violação quando da prisão em segundo grau. E que havendo abusos, continuará a possibilidade de remediá-los com possíveis Recursos, Habeas Corpus etc. Fazendo uso de análises do Direito comparado, o ministro diz que na maioria das declarações (convenção Americana de Direitos Humanos; Convenção Europeia dos Direitos do Homem e etc.) afirmam que a inocência é apenas presumida, não sendo a culpa provada.

Haja vista que o nosso ordenamento prevê penas severas para - antes do trânsito em julgado -, condenações criminais, como a perda de direitos (por exemplo, de ser eleito, no caso da lei de ficha limpa) entende-se que a não culpabilidade não impedindo tais restrições, enseja a prisão fundamentada em segundo grau.

Encerra assim o ministro, ressaltando o argumento da ordem pública, bem como de que é preciso fundamentar a prisão para não incorrer em abusos dos quais não se permite a Constituição de 1988:

Mas, pelo menos, o entendimento que nós temos hoje, aqui, e que se justifica a prisão, com base na garantia da ordem pública, em casos de possibilidade de repetição do delito em situações assemelhadas; em muitas situações, nós temos crimes extremamente graves, mas não se pode cogitar de sua possível repetição a justificar a prisão. (MENDES, p.75)

3 Análise dos argumentos à luz da metódica

Como visto anteriormente, uma decisão jurídica para que seja considerada válida precisa estar de acordo com a metódica jurídica. Em outras palavras a norma de decisão precisa ser metodicamente reconduzível a seu respectivo texto normativo.

Desta maneira o interprete deve seguir os critérios estabelecidos pela metódica, em especial, a hierarquia estabelecida entre os elementos de concretização. Outrossim, os elementos da política constitucional não podem, por exemplo, se sobrepor aos elementos de interpretação metodológicos *strictiore sensu*.

Veremos a seguir que este infelizmente não foi o caso. “A presunção de inocência é

um princípio” e igualmente, “o princípio da ordem pública exige a execução provisória da sentença”: Aqui Barroso determinou que a norma em questão (inciso LVII, Art. 5 da CF) é um princípio e portanto, pode ser sopesado com outros princípios de direito. Neste caso ela cederia para o princípio da ordem pública para permitir a execução provisória da sentença.

Na análise destes dois argumentos, que decidimos agrupar, devemos começar dizendo que na metódica de Friedrich Müller não há distinção entre regras e princípios. Mesmo assim, caso enquadremos a fundamentação de Luis Roberto Barroso com um elemento não referido ao texto da norma, ainda assim, não poderíamos com base nele deixar de lado, como ocorreu, a norma constitucional. Nesta linha de argumentação o inciso LVII perdeu totalmente a sua expressividade e seu significado. É imperativa que se limite o intérprete as possibilidades elencadas pela literalidade da norma. Não foi o caso. Quanto à interpretação sistemática: o ministro também nos diz que a norma em questão não impediria a execução provisória da pena, uma vez que está é regulamentada de fato por outras normas constitucionais, em especial o inciso LXI, do Art.5, que prescreve: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Novamente o mesmo problema do argumento anterior se repete, o que ocorre agora do inciso LVII? O ministro realiza uma interpretação sistemática, mas convenientemente deixa de lado a norma que lhe obstrui o caminho.

Ainda sobre este argumento, quanto aos elementos de interpretação *strictiore sensu* (elemento gramatical, sistemático, histórico, genético e teleológico), devemos notar que, em que pese a metódica estruturante de Müller, não podem ser eles utilizados apartados um do outro, em especial, desconexos do elemento gramatical. Estão em constante diálogo - em suma -, não se pode empregar somente um e ignorar o resultado proveniente dos demais.

Quanto aos argumentos pragmáticos, embora sejam muitos de fato comoventes, ou seja, forneçam motivos contundentes de porque a virada de jurisprudência seria politicamente desejável, nada fazem, a nosso ver, para contribuir para a fundamentação da decisão.

Talvez possamos tratar estas questões como “elementos da política constitucional”, aqueles elementos que se referem “à ponderação das consequências, à consideração valorativa de conteúdos”, (MULLER, 2005, p. 97), mas mesmo assim estes devem servir apenas um papel complementar na fundamentação da decisão, e novamente, não podem prescindir dos limites da literalidade de uma determinação normativa.

De outra forma, estas questões pragmáticas estariam muito melhor colocadas na exposição de motivos de uma emenda constitucional do que em um voto de um ministro do Supremo Tribunal Federal.

4 Distorção jurídica no Supremo?

Agora, na parte derradeira deste trabalho, buscaremos em fim responder a pergunta a qual nos propomos. Esta decisão, que aqui desenvolvemos, consegue se sustentar juridicamente?

Vimos que se trata de um caso politicamente delicado, como podemos constatar inclusive nos próprios votos proferidos pelos ministros. Onde o STF, tudo indica, tomou como sua a tarefa de resolver um problema de cunho político, usando como ferramenta o direito, mais precisamente o acórdão aqui debatido.

Talvez, por este motivo, a fundamentação da questão não siga como elaborado supra, os preceitos de uma metódica racional e bem elaborada, que se espera de um Estado Democrático de Direito. E mesmo embora o caso concreto já fosse regulamentado, com embasamento inclusive em jurisprudência do próprio tribunal, a decisão elaborou entendimento totalmente diverso, antagônico, de fato.

Presentes todos os requisitos nos parece então que as evidências apontam tratar-se de uma Decisão por distorção jurídica, onde o intérprete não se conformou aos limites impostos pela literalidade do texto normativo, onde o órgão jurisdicional em questão extrapolou a sua competência constitucionalmente estabelecida.

No fim das contas, resta para o Estado Democrático de Direito brasileiro, em face de reiteradas decisões de validade duvidosa como esta, uma Constituição cada vez mais fragilizada, e com isso, uma carta magna menos capaz de fazer valer as suas disposições, concretizar direitos fundamentais e resistir a interferências ilegais.

Em última análise, fazemos nossos, à justiça constitucional brasileira, os protestos de Friedrich Müller (p.47, 2014):

Espera-se que esse período da história da justiça constitucional da República Federal da Alemanha permaneça apenas um episódio. Na ordem democrática da Lei Fundamental, a jurisdição constitucional não se pode tornar funcionalmente o “pretor”, não pode o “direito dos juizes” (Richterrecht) tornar-se funcionalmente edito “jurídico oficial” que ultrapassa a ordem jurídica responsável e democraticamente estabelecida.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso de Habeas Corpus. Acórdão. Habeas Corpus nº 126.292 São Paulo. Constitucional. Habeas corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. Relator min. Teori Zavascki.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*, ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. - 4. ed. rev. e atual. - São Paulo : Saraiva, 2009.

MULLER, Friedrich. *Metódica jurídica e sistema político: elementos de teoria constitucional II* / Friedrich Müller; Organização Rodrigo Meyer Bornholdt, tradução Michael Kosubek. 1. Ed. Joinville, Bildung Editora, 2014.

MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho no direito constitucional*. 3ª ed. rev. e ampliada / Friedrich Müller – Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

**GRUPO DE TRABALHO: NOVOS DIREITOS E NOVAS SUBJETIVIDADES EM
QUESTÃO**

A Advocacia Pública e o Princípio da Harmonia entre os Poderes no Estado Democrático de Direito

Jaison Silveira¹⁴¹

Resumo: O presente artigo busca analisar o papel da Advocacia Pública na promoção da harmonia entre os poderes constituídos, bem como, na concretização do valor da justiça, conforme pensado pelo Constituinte de 1988. A organização dos Poderes é questão fundamental para o desenvolvimento de qualquer constituição e a Constituição Brasileira de 1988, ao tratar deste tema, inovou ao incluir no sistema de freios e contrapesos, que surge da relação entre os poderes constituídos, outras instituições que não se identificam inteiramente com nenhum dos três poderes da doutrina clássica (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário), são estas as Funções Essenciais à Justiça. Entre elas temos a Advocacia Pública, a qual será o objeto principal do presente estudo. Os objetivos específicos propostos para este trabalho são: a) realizar um estudo sobre os fins do estado democrático de direito, b) esclarecer a relação das funções essenciais à justiça para consecução destes fins, conforme pretendido pela Constituição Brasileira de 1988, c) elucidar o papel da Advocacia Pública no sistema de freios e contrapesos da nossa constituição, principalmente, na harmonização entre os poderes. Para a consecução destes objetivos utilizar-se-á exclusivamente o método de pesquisa bibliográfico, com a análise das obras de importantes constitucionalistas brasileiros. Espera-se produzir como resultado uma apresentação sistemática que elucidará a importância da Advocacia Pública para a construção de um Estado democrático e justo.

Palavras-chave: *Constituição Federal. Organização dos Poderes. Funções Essenciais à Justiça. Advocacia Pública. Estado Democrático de Direito.*

1 Introdução

A Constituição de 1988 afirmou que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, bem como, que possui como um de seus princípios o da separação dos poderes, os quais devem ser independentes e harmônicos entre si.

Contudo, tanto juristas, como sociólogos e cientistas políticos têm constatado em diversos países que o Estado Democrático de Direito – que surge no pós segunda guerra mundial como paradigma para a maioria dos estados constitucionais – vem se caracterizando pela expansão da atuação do Poder Judiciário, fenômeno que é chamado pelos especialistas de “judicialização da política”.

No Brasil a realidade não é diferente, após a Constituição de 1988, os tribunais e a Suprema Corte – STF vêm paulatinamente reconhecendo sua competência para proferirem decisões contrárias a atos que até então eram vistos como pertencentes ao poder discricionário do Executivo ou regulando matérias que só se imaginava regulamentadas por leis.

¹⁴¹ Graduado em Filosofia - UNIFEBE (2004) e em Direito - UNIVILLE (2013). Advogado e Procurador Municipal de Jaraguá do Sul/SC.

Tal realidade pode colocar em dúvida a existência de uma relação harmônica entre os três poderes, contudo, se nos atentarmos ao conteúdo do Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça presente no Título IV – Da Organização dos Poderes, é possível constatar que entre tais funções essenciais à justiça existe uma instituição que atua diretamente na harmonização destas relações, sendo ela a Advocacia Pública.

Assim, pretendemos com o presente artigo defender que a Advocacia Pública – em um contexto de tripartição de poderes e de judicialização da política, que se mostraram como características do Estado Democrático de Direito – é instituição essencial para a construção de uma relação mais harmônica entre os poderes constituídos e para a construção de uma sociedade justa.

2 Os fins do Estado Democrático de Direito

Na história do desenvolvimento dos estados modernos, estes adotaram diversas formas até que se constituíssem em Estado Democrático de Direito. A formação dos estados, como os conhecemos hoje, remonta ao declínio das estruturas feudais da idade média e ascensão dos governos absolutistas, nos quais o poder político do Estado se concentrava na mão de uma única pessoa, em geral o monarca soberano, que tanto formulava as leis, como as executava e interpretava.

Constatando-se que o poder concentrado na mão de uma única pessoa tende a corromper-se e tornar-se uma ameaça as liberdades individuais, surgem diversas teorias políticas sobre o Estado Liberal de Direito, no qual o poder do Estado passa a ser dividido em diferentes funções, exercidas por diferentes pessoas – o poder de legislar, executar e julgar passa a ser exercido por diferentes órgãos estatais.

A ideia da separação dos poderes já estava presente nos pensadores políticos da antiguidade, sendo possível localizar seus fundamentos já nas obras dos pensadores clássicos como Aristóteles, Políbio e Cícero (PIÇARRA, 1989. p. 31). Contudo, é no início da modernidade que estas ideias são sistematizadas, sendo Montesquieu a principal referência sobre a importância do princípio da separação dos poderes no constitucionalismo moderno.

Em sua teoria o próprio soberano está limitado pelo direito, só podendo intervir na esfera particular dos governados na medida em que for previamente autorizado pela Lei, o que dá enorme relevância ao Poder Legislativo neste modelo de Estado.

Tal divisão das funções do poder gera um sistema de freios e contrapesos, no qual o poder estatal se autolimita na medida em que qualquer violação dos limites constitucionais de um poder pode ser contida pelo outro.

Contudo, o modelo de Estado Liberal de Direito, ao longo do tempo, mostrou-se inadequado, pois tinha ele a vocação para garantir as liberdades individuais e a igualdade apenas de modo formal (tratamento idêntico dos cidadãos perante a lei), no entanto, dada as

desigualdades materiais presentes na sociedade e a limitação que o Estado encontrava para intervir na esfera particular dos governados, na esfera privada havia uma competição desigual entre os indivíduos, o que comprometia a fruição dos direitos fundamentais pelas classes menos favorecidas (NOVELINO, 2015. p. 285).

Surge então, após o fim da primeira guerra mundial, um modelo de estado denominado Estado Social de Direito, no qual busca-se corrigir as distorções do Estado Liberal de Direito. Nele o governo passa a adotar uma postura mais intervencionista na esfera econômica, atuando diretamente na produção e distribuição de bens. Assume o Estado o dever de garantir um mínimo de bem-estar para os seus cidadãos.

Tais intervenções do Estado na esfera econômica exigiam decisões ágeis que não poderiam esperar a demorada elaboração de consenso no Legislativo, por isso, no Estado Social de Direito as leis passam a ser elaboradas com conteúdo mais aberto, aumentando o Poder discricionário do Executivo e, automaticamente, sua relevância.

Pretendia-se com esta atitude garantir maior igualdade material entre os cidadãos, contudo, para a obtenção deste fim, não foram poucos os estados nos quais a população foi forçada a abrir mão de suas liberdades individuais, sacrificando-se os princípios democráticos e as liberdades políticas. O nazismo na Alemanha, o fascismo na Itália e o stalinismo na União Soviética são exemplos do que o Estado Social de Direito pode se tornar.

Assim, após as experiências desastrosas vivenciadas por alguns países na implementação dos princípios do Estado Social de Direito, surge, como novo paradigma, o Estado Democrático de Direito.

Sobre o Estado Democrático de Direito, afirma José Afonso da Silva:

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício (SILVA, 2006. p. 119).

Podemos dizer que esta nova concepção teórica sobre a estrutura do Estado e os seus fins busca conciliar a proteção dos direitos fundamentais, ideal basilar do Estado de Direito, com a preservação, sempre constante, dos princípios democráticos. Busca-se estruturar o Estado de modo que os direitos fundamentais sejam protegidos não apenas formalmente, como no Estado Liberal de Direito, mas materialmente também, contudo, ao mesmo tempo, sem nunca abrir mão dos ideais democráticos, erro cometido na implementação do Estado

Social de Direito.

A noção que todo poder emana do povo e que por ele é exercido de forma direta ou por seus representantes é uns dos pilares do Estado Democrático de Direito, contudo, o princípio democrático não se restringe a supremacia da opinião majoritária, cria-se também um sistema de garantias, a fim de que os direitos fundamentais possam ser usufruídos por todos, mesmo pelas minorias, quando estes direitos fundamentais contrariam a opinião popular majoritária.

Para que as minorias possam ter relativa garantia de preservação de seus direitos fundamentais a) a constituição deixa de ser vista apenas como carta organizadora do Estado e expressão de ideais políticos sem força normativa, passa agora a constituição a ser dotada de supremacia que vincula todos os poderes constituídos, inclusive a atividade jurisdicional, b) há uma ampliação do controle dos atos legislativos por meios do controle de constitucionalidade, inclusive em casos de omissão, c) são ampliados o número dos chamados remédios constitucionais, bem como, os já existentes passam a ter sua possibilidade de utilização ampliada.

Dadas as características acima apresentadas que aumentaram a competência do Judiciário para rever os atos do Poder Legislativo e Executivo, a adoção do Estado Democrático de Direito como novo paradigma constitucional vem gerando, não só no Brasil, mas em todo o mundo, uma crescente expansão do Poder Judiciário, fenômeno que é chamado por alguns doutrinadores de “judicialização da política”.

3 A organização dos poderes e a judicialização da política no Estado Brasileiro

Diz a doutrina que o objetivo fundamental do princípio da separação dos poderes é criar mecanismos de limitação do poder dentro da estrutura do Estado, mediante normas jurídicas (sistema de freios e contrapesos), para que assim ele não se corrompa e não gere riscos para a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos (CUNHA JÚNIOR, 2015. p. 435).

Podemos então dizer que o princípio constitucional da separação dos poderes apresenta-se como tentativa de institucionalização da política por meio de sua juridicização (separação das funções políticas entre órgãos mediante normas jurídicas).

Desde a publicação da obra *O Espírito das Leis* até o constitucionalismo contemporâneo se trilhou um longo caminho, no qual, tendo sempre como base a teoria de Montesquieu da necessidade da existência de três poderes – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário – criou-se no constitucionalismo nacional e internacional inúmeras experiências de separação de poderes e de sistemas jurídicos de freios e contrapesos.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) consagrou o princípio da separação dos poderes no seu artigo 2º, declarando que são Poderes da União, independentes e harmônicos

entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Tais poderes estão melhor descritos no Título IV – Da Organização dos Poderes (artigos 44 à 135 da CF/88).

Neste título são apresentadas diversas regras que demonstram a interpenetração entre os poderes, tais regras objetivam criar o equilíbrio necessário para uma relação harmônica, bem como, possibilitam que os poderes possam frear as práticas abusivas um dos outros.

São alguns exemplos do sistema de freios e contrapesos presente na CF/88: a) a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo Editar medidas provisórias com força de lei (art. 62) e b) vetar projetos de lei aprovados pelo congresso nacional (art. 66, § 1º), bem como, c) a competência para nomear os membros do Supremo Tribunal Federal e demais Tribunais Superiores (art. 84, XIV); d) já o Congresso Nacional (poder Legislativo) é competente para autorizar e julgar o processo de impeachment do Presidente da República e dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, entre outros membros do primeiro escalão do Poder Executivo e Judiciário (art. 52, I e II), bem como, e) rejeitar o veto de projeto de lei realizado pelo chefe do Poder Executivo mediante voto da maioria absoluta dos seus membros (art. 66, § 4º); f) já o Poder Judiciário pode anular leis e atos do Poder Executivo e Legislativo, declarando sua inconstitucionalidade (art. 97).

Estas são apenas algumas normas constitucionais que demonstram a interdependência dos três poderes entre inúmeras outras.

Contudo, considerando a) o grande número de matérias disciplinadas pela CF/88 e o b) seu extenso rol de direitos fundamentais consagrados, somando-se ainda a isto, c) o ressoante reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais, d) a ampliação das formas do Poder Judiciário de realizar o controle de constitucionalidade e da ampliação dos chamados remédios constitucionais, bem como, d) o aumento do número de legitimados para propor tais ações; todos estes fatos conjugados são apontados pelos doutrinadores como determinantes para o surgimento no Brasil do fenômeno chamado de “Judicialização da Política”.

Amandino Teixeira Nunes Júnior assim define este fenômeno:

Os principais componentes presentes no conceito de judicialização da política podem ser assim expostos: i) presença de um novo ativismo judicial, com o surgimento de novas questões aptas a serem dirimidas pelos juízes e tribunais; ii) interesse dos políticos e administradores em adotar métodos e procedimentos típicos do processo judicial e parâmetros jurisprudenciais – ditos pelo Judiciário – nas suas deliberações (NUNES JÚNIOR, 2016. p 22).

Entre todos os instrumentos de freios e contrapesos existentes na CF/88, a jurisdição constitucional realizada pelo Judiciário é a que vem se mostrando mais eficiente no controle do poder estatal e na limitação de abusos e violações de direitos fundamentais.

A judicialização da política possui duas facetas, pois, ao mesmo tempo em que a CF/88

dá amplo poder ao Judiciário para revisar os atos do Legislativo e Executivo, do mesmo modo, o Legislativo e Executivo cada vez mais tendem a observar o que é dito pelo Judiciário na interpretação da Constituição para balizar a práticas de seus atos, visando assim evitar futuras invalidações pelos tribunais das leis criadas e das políticas públicas adotadas.

Este fenômeno é ainda interpretado por alguns autores sob uma perspectiva sociológica, pois estes afirmam que a acensão do Poder Judiciário na contemporaneidade se dá em um contexto de fragmentação da sociedade civil (ausência de ideologias e identidades nacionais capazes de unificar uma grande porção da sociedade), o que gera um descrédito dos partidos políticos (suas ideologias não são mais relevantes para o público em geral e os seus próprios integrantes não desenvolvem um discurso condizente com os ideais originais dos partidos), conseqüentemente, perde também legitimidade os Poderes Legislativo e Executivo, que são ocupados por representantes destes mesmos partidos políticos.

O sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta a instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o "deficit democrático" de decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos (GARAPON, 1999. p. 48).

Deste modo, a judicialização da política se torna, de um modo transversal, verdadeira realização do princípio da participação política, pois o particular – que não mais se identifica com a ideologia de nenhum dos partidos existentes, ou que não reconhece mais nos partidos a fidelidade aos ideais que acredita serem valiosos – busca o Judiciário, mediante sua jurisdição constitucional, para fazer valer aquilo que considera ser a realização do interesse público ou de seu próprio interesse, mas que tem amparo constitucional e legal.

A realidade como descrita acima nos leva a conclusão que o Poder Judiciário foi colocado em evidência no Estado Democrático de Direito, instituído no Brasil pela CF/88, de um modo que nunca foi visto antes, contudo, tal Poder é inerte e só pode agir mediante provocação.

Daí que se chega ao ponto onde é importante o estudo da relevância do capítulo IV – Das Funções Essenciais a Justiça presente no Título IV – Da Organização dos Poderes da CF/88 para a compreensão do fenômeno da judicialização da política no Estado Brasileiro e do modo que o constituinte pensou a realização do valor da justiça.

4 O valor da justiça e as funções essenciais à justiça

Miguel Reale ao afirmar que o direito trata-se de uma realidade tridimensional – pois seria a norma jurídica a síntese de uma relação dialética entre fato (ser) e valor (dever ser), os quais são reciprocamente a tese e a antítese desta relação – também nos diz que a justiça

é o “valor franciscano”, pois encontra sua razão de ser na medida que permite que os mais variados valores presentes na sociedade de um determinado espaço-tempo valham de forma harmônica e ordenada.

A Justiça que, como se vê, não é senão a expressão unitária e integrante dos valores todos de convivência, pressupõe o valor transcendental da pessoa humana, e representa, por sua vez, o pressuposto de toda ordem jurídica. Essa compreensão histórico-social de Justiça leva-nos a identificá-la com o bem comum, dando, porém, a este termo sentido diverso do que lhe conferem os que atentam mais para os elementos de “estrutura”, de forma abstrata e estática, sem reconhecerem que o bem comum só pode ser concebido, concretamente, como um processo incessante de composição de valorações e de interesses, tendo com base ou fulcro o valor condicionante da liberdade espiritual, a pessoa como fonte constitutiva da experiência ético-jurídica (REALE, 2000. p. 272).

Ora, cada sociedade e cada momento histórico têm seu modo de realizar o valor da justiça e o Direito reflete a tentativa de realização deste valor da convivência. Todavia, isto não significa dizer que a justiça de um espaço-tempo se identifique com o Direito desse mesmo espaço-tempo. O Direito é uma tentativa de realização do valor da justiça concreta, e não ela própria.

Em outra passagem Miguel Reale diz, “no fundo, o jurídico é uma experiência, feliz ou malograda, de justiça, e, mesmo quando de bom êxito, tem sempre caráter provisório, tão infinita é a esperança de justiça que nos anima e nos impele através do tempo (REALE, 2000. p. 713).

O constituinte de 1988 parece ter prestado atenção a este aspecto espaço-temporal do conceito de justiça e sua relação com a harmonização de valores de uma determinada sociedade, pois, além de dar amplos poderes ao Judiciário para que este possa reprimir as políticas públicas majoritárias que colocam em risco os direitos fundamentais das minorias, ciente da inércia do Poder Judiciário e que o valor da justiça se constrói mediante o diálogo das mais diversas fontes de valores presentes na sociedade, também achou por bem incluir no Título IV - Da Organização dos Poderes o Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça.

Neste capítulo são apresentadas diferentes instituições, as quais têm por missão promover os valores dos mais diferentes seguimentos da sociedade civil, a fim de que se construa um direito jurisprudencial justo.

As funções de zeladoria, de defesa e de promoção da juridicidade deixaram de ser secundárias ou auxiliares, como se as considerava no antigo modelo passivo, para se tornarem essenciais a esse novo modelo interativo de realização da justiça, uma vez que a imputação dos valores de referência necessários à decisão já não se cinge à legada pela exclusiva atuação do Estado-legislador, mas passa a ser uma tarefa coletiva, sucessivamente desempenhada por toda uma legião de intérpretes, até alcançar aqueles investidos da função Estado-julgador, aos quais cabem as decisões terminativas dessas sequências elaborativas das normas jurídicas – e não apenas legais – que são afinal, concreta e efetivamente aplicadas (MOREIRA NETO, 2012. p. 1129).

Neste contexto, de modo mais amplo, nos é apresentado a figura do Advogado Privado (art. 133 da CF/88), o qual tem por ministério orientar e defender os interesses jurídicos privados dos mais diversos segmentos da sociedade.

Para aqueles que não possuem recursos para custear a assistência jurídica do advogado privado, o constituinte idealizou a Defensoria Pública (art. 134 da CF/88), que tem por missão prestar orientação jurídica e promover os interesses privados dos necessitados em juízo.

Há ainda a figura do Ministério Público (art. 127 à 130-A da CF/88), ao qual incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Trata-se esta instituição de uma advocacia da sociedade em geral. Promove ela aqueles interesses que não pertencem exclusivamente a um indivíduo ou grupo social, mas a toda a sociedade.

Por fim, temos a Advocacia Pública (art. 131 e 132 da CF/88), que tem por missão prestar consultoria e assessoramento jurídico à administração e a representação judicial e extrajudicial do ente público.

Tratando sobre estas duas últimas instituições, convencionou-se pensar que ao Ministério Público caberia a tutela em Juízo dos interesses públicos primários (educação, saúde, segurança e bem-estar social) e à Advocacia Pública a tutela em Juízo dos interesses públicos secundários (maximizar a arrecadação e minimizar as despesas do Estado).

Contudo, é preciso melhor desenvolver a relação da Advocacia Pública com a realização do interesse público para que se esclareça sua importância para a construção de uma sociedade justa e para a harmonização entre os poderes.

5 A advocacia pública no contexto da judicialização da política

Como já dito, cabe a advocacia pública buscar a tutela dos interesses do Estado e, na medida que a administração pública, de forma geral, pauta as suas ações pela realização dos interesses públicos, então cabe a advocacia pública a tutela jurisdicional destes mesmos interesses.

Contudo, a doutrina do direito administrativo costuma fazer uma distinção entre interesse público primário e interesse público secundário.

Seria o interesse público primário a realização do bem comum, é claro que este é um conceito ainda muito abstrato e aberto, mas pode-se dizer que este é todo interesse que gera benefícios a sociedade como um todo, dando-lhe melhor qualidade de vida. A constituição federal, ao enumerar os direitos e garantias fundamentais e os objetivos fundamentais da República, também nos elucida o conteúdo deste interesse.

Já o interesse público secundário seriam os interesses do próprio Estado como sujeito

de direitos. No entanto, se o estado existe para a realização do interesse público primário (interesse fim), o interesse público secundário seria apenas um interesse mediático, ou seja, a forma escolhida pelo Estado para se atingir aquele fim primeiro.

O Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles (MELLO, 2005, p. 66).

Assim, mesmo admitindo que a Advocacia pública atua na defesa judicial e extrajudicial do interesse público secundário, pois atua na defesa do Estado como sujeito de direitos, tal prática só é válida enquanto não contraria a realização de nenhum interesse público primário e, na verdade, enquanto encontra no interesse público primário sua razão de ser, pois qualquer ação do Estado que não esteja pautada pela busca do interesse público primário está viciada pelo desvio de finalidade ou abuso de poder.

Então se volta à questão: bem comum, dignidade da pessoa humana e promoção dos direitos fundamentais são fins, os quais podem ser realizados por diferentes meios pelo Estado. Cabe à administração pública, liderada por representantes eleitos pelo povo, definir quais os meios que serão utilizados para a obtenção destes fins.

Assim, cabe a Advocacia Pública a orientação jurídica destes representantes, para que os meios adotados não violem a Constituição e as normas vigentes. Para isso, visando a harmonização entre os poderes, deve a Advocacia Pública sempre pautar-se pela interpretação já consolidada dada a estas normas pelos tribunais.

É missão também da Advocacia Pública defender judicialmente as políticas públicas adotadas diante dos questionamentos sempre possíveis em um sistema de controle judicial da administração, mostrando ao Juiz que os meios adotados são eficientes para a realização do interesse público primário, já que este é seu maior critério de validade.

Em um contexto de judicialização da política, como o apresentado no capítulo anterior, a atuação da Advocacia Pública ganha ainda maior relevância, pois se as políticas públicas podem ser constantemente reapreciadas pelo Poder Judiciário, mesmo em seus critérios discricionários, em relação a sua conformidade com a Constituição, então o órgão que presta a consultoria e assessoramento jurídico da administração se torna vital para que as políticas públicas não sejam descontinuadas em virtude da imputação de vícios de constitucionalidade e legalidade perante o Judiciário, a Advocacia Pública se torna instituição incumbida da orientação preventiva da administração.

Contudo, o que vemos ainda na realidade brasileira, nas diferentes esferas de governo, é uma Advocacia Pública desestruturada e carente de autonomia, a qual, na mesma medida, está sujeita aos mais diversos meios de pressão para produzir manifestações jurídicas que apenas dê aspecto de legalidade e de satisfação do interesse público primário aos atos de

governantes que visam, na verdade, interesses particulares dos administradores ou de sua base de poder econômico (atos com desvio de finalidade).

Do mesmo modo, esta mesma ausência de estrutura deixa a Advocacia Pública em profunda dificuldade de defender, tanto judicialmente quanto administrativamente, aqueles interesses públicos que são indisponíveis e que deveriam ter supremacia sobre o interesse privado.

Frise-se ainda que o Judiciário, ao adotar uma postura ativista no estabelecimento de políticas públicas sem uma efetiva e eficiente participação processual da Advocacia Pública, pode cometer erros que geram enormes danos a coletividade, por ser a sua decisão embasada em elementos restritos sobre a complexidade do problema enfrentado pela administração.

Assim, cabe a Advocacia Pública levar ao conhecimento do Juiz toda a complexidade da implementação das políticas públicas, quando esta já foi estudada com profundidade e objeto de deliberação pela administração, demonstrando que a solução adotada pela administração, entre as soluções possíveis, é a mais viável.

6 Considerações finais

A institucionalização das diferentes funções essenciais à justiça não pode ser interpretada de outro modo, senão que a Constituição de 1988 entende por realização da justiça a promoção dos mais diversos interesses presentes na sociedade e a sua convivência de forma harmoniosa.

É esta a missão das funções essenciais à justiça, atuar judicialmente e extrajudicialmente na harmonização dos interesses e valores dos mais diversos setores, grupos sociais e indivíduos que convivem em nosso Estado, buscando o desenvolvimento de uma sociedade justa.

Nesta perspectiva, a missão da Advocacia Pública é dupla, pois considerando sua atribuição de prestar consultoria e assessoramento jurídico à administração e de defesa judicial dos interesses do Estado, tem ela como missão não apenas harmonizar os interesses do Estado com o restante da sociedade, mas também harmonizar a relação entre os próprios poderes constituídos deste Estado, pois serve ela como canal de comunicação entre Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, levando a cada um dos demais poderes as razões de agir e decidir do outro.

A doutrina clássica se refere comumente ao princípio da harmonia entre os poderes pela existência de sistemas de freios e contrapesos, em geral, exaltando as normas constitucionais que permitem um Poder invalidar o ato praticado pelo outro, no entanto, um Estado de Justiça – no qual os direitos fundamentais não são protegidos apenas formalmente, mas são garantidos materialmente pelo Estado – não se constrói apenas se autolimitando o

Poder do Estado, onde um Poder anula a prática do outro.

É preciso ir além, os Poderes – apesar de independentes entre si, o que preserva o princípio democrático – precisam ser mais harmônicos na definição dos meios de realização do interesse público, para que se alcance um maior grau de eficiência na promoção dos direitos fundamentais e do Estado de Justiça.

Neste contexto, a Advocacia Pública ganha enorme relevância, pois, se ela conseguir realizar efetivamente o seu papel constitucional de orientação preventiva da administração, bem como, de exposição dos motivos determinante da adoção das políticas públicas ao Estado-Juiz, então poderá colaborar com a harmonização dos poderes sem realizar nenhum ato que anule a prática de qualquer um deles.

Frise-se, não estamos defendendo que a existência de uma Advocacia Pública forte impedirá a existência de qualquer conflito entre os poderes, só estamos dizendo que a atuação eficiente da Advocacia Pública pode colaborar muito para a diminuição destes conflitos, auxiliando na criação de um sistema de colaboração recíproca entre os poderes constituídos.

Contudo, dada a ausência de estrutura e de garantia de autonomia à Advocacia Pública, a qual promove o interesse do Estado, interesse este que tem por fim último a realização do bem comum (interesse público primário), corremos o risco de produzirmos uma jurisprudência míope que tutele diferentes interesses privados, mas que é incapaz de produzir um Estado de Justiça, porque a forma que o Estado encontrou para satisfazer o interesse público (o bem de todos) não é devidamente representado na produção desta jurisprudência.

Frise-se, não basta termos ciência de quais fins pretendemos alcançar, é preciso saber quais meios serão adequados para a obtenção destes fins, e, neste contexto, é que o princípio da harmonia entre os poderes ganha enorme relevância, pois se os diferentes poderes optam pela utilização de meios distintos e contraditórios de realização do interesse público, então podemos nunca realizá-los.

Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos (SILVA, 2006. p. 111).

Como já dito, os tribunais se tornaram hoje a principal arena dos embates políticos e da construção da visão de justiça de uma sociedade que busca materializá-la nas normas jurídicas, contudo, a falta de estrutura e de autonomia da Advocacia Pública nas diferentes esferas de governo só faz aumentar a aparente desarmonia entre os poderes constituídos e a sensação nos cidadãos de um desgoverno que adota posições contraditórias em cada um dos seus diferentes poderes.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17/09/2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. Salvador: Editora JusPodivm. 2015.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Funções Essenciais à Justiça*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Constitucional*. Vol. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1129.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2015.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. *A Judicialização da Política no Brasil: Os Casos das Comissões Parlamentares de Inquérito e da Fidelidade Partidária*. Brasília: Câmara dos Deputados. 2016.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

As identidades culturais dos imigrantes e o papel do Estado na sua preservaçãoCindy Dalfovo¹⁴²

Resumo: O presente trabalho surgiu dentro do grupo de pesquisa CITY – Cidades Sitiadas, da Univille, com o objetivo de compreender de que forma as identidades culturais se formam e se expressam em nossa sociedade sob um ponto de vista proveniente dos estudos das ciências sociais. No campo antropológico se encontram as teorias de Stuart Hall que tratam da importância da manutenção e do fortalecimento de identidades culturais para que grupos minoritários possam se desenvolver dentro de nossa sociedade. Partindo desse contexto, busca-se no trabalho de Yves Charles Zarka teorias que busquem dar conta de questionamentos tais como: como o Estado pode proteger a diversidade cultural? Como tratar as diferenças irreconciliáveis entre a cultura do país de origem de uma pessoa e a cultura do país na qual ela busca se estabelecer? Quais princípios essa ação deve obedecer? Que valores fundamentais devem ser protegidos? Após essas interlocuções com as ciências sociais, passa-se à análise do Estatuto do Estrangeiro, elaborado nos anos da ditadura, ainda vigente nos tempos atuais e francamente contrário aos princípios elaborados nas modernas ciências sociais e na própria Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: *Identidade Cultural. Estatuto do Estrangeiro. Estrutura-Tolerância.*

1 Introdução

Ao estabelecermos um contrato social, o fazemos porque entendemos que teremos maior segurança sob o governo de um Estado soberano. Ou seja, espera-se que o Estado seja capaz de proteger aqueles bens que consideramos mais importantes, de forma que possamos conviver com razoável paz social. Esperamos também que faça isso interferindo o mínimo possível em nossas vidas. Essas são noções que norteiam os avanços teóricos acerca do papel do Estado e do Direito.

Nesse contexto, uma das possíveis linhas de pesquisa na área do Direito consiste em construir teorias acerca de que bens são esses que devem ser protegidos, e de que maneira o Estado pode proteger esses bens de maneira eficaz. O presente trabalho se insere nessa linha de pesquisa ao tratar da construção da identidade cultural dos indivíduos, em especial dos imigrantes, a relação entre essas identidades culturais e o poder do Estado, e qual deve ser o posicionamento do Estado diante dessa diversidade cultural. Para tanto, busca-se referencial teórico especialmente na área de Sociologia, em trabalhos como os de Stuart Hall e de Yves Charles Zarka, para a construção do conceito de identidade cultural e de uma estrutura que permita direcionar a ação do Estado diante da diversidade cultural. No campo do Direito, por fim, parte-se para uma análise crítica do Estatuto do Estrangeiro vigente em nosso país.

¹⁴² Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

2 Construção da Identidade

Hall (2006), ao tratar da construção da identidade cultural na pós-modernidade, estabelece três fases distintas de concepção do indivíduo: a fase do sujeito do Iluminismo, a fase do sujeito sociológico e, por fim, a fase atual, do sujeito pós-moderno.

Em períodos anteriores ao Iluminismo não havia uma forte noção de “indivíduo”, mas sim uma forte noção ligada à religiosidade, à espiritualidade, na qual as pessoas se viam como “servos” ou como “extensões” de um deus. É na época do Iluminismo que essa noção de indivíduo como ser importante em si próprio ganha força. Nas palavras de Hall (2006), o sujeito aqui é “baseado numa concepção da pessoa humana como um indivíduo totalmente centrado, unificado, dotado das capacidades de razão, de consciência e de ação, cujo ‘centro’ consistia num núcleo interior”. Trata-se de uma concepção egoísta, individualista, que via o ser humano como ser absolutamente “racional” e capaz de tomar suas decisões independentemente do meio ao seu redor. É nesse contexto que temos o lema de “Liberdade, Igualdade, Fraternidade” da Revolução Francesa, que proclamava que as pessoas deveriam ser livres, sendo que isso consistia essencialmente em uma não interferência do Estado sobre suas vidas.

Em um momento posterior, percebe-se que os indivíduos não são assim tão independentes do meio no qual estão inseridos e surge então a noção do sujeito sociológico. Essa fase é descrita por Hall (2006) como a fase em que se enxerga que a identidade é formada na interação entre o indivíduo e a sociedade. As relações, então, “suturam” o indivíduo à sociedade. Essa fase é marcada pelo nascimento de diversas ciências sociais que questionam a formação da identidade: a sociologia de Durkheim e a biologia de Darwin são exemplos de rupturas teóricas que promoveram essa nova concepção de sujeito.

Mas é a fase seguinte a essa que aqui nos interessa: a fase do sujeito pós-moderno que, em um mundo de contínuas rupturas, sejam elas de ordem prática, como a globalização, sejam elas teóricas, como o surgimento da psicanálise de Freud, o crescimento do feminismo, as teorias da linguagem de Sussure e o Marxismo, percebe que não há uma “essência” do indivíduo, mas que a identidade se constrói a todo momento: diferentes contextos produzirão diferentes identidades. Hall (2006) resume o desconforto gerado por essa nova concepção quando diz que “se sentimos que temos uma identidade unificada desde o nascimento até a morte é apenas porque construímos uma cômoda estória sobre nós mesmos ou uma confortadora ‘narrativa do eu’”.

Mas qual a importância dessa concepção para a presente pesquisa? É que nesse cenário de identidades fluídas as pessoas se agarram com intensidade a possíveis identidades que lhes pareçam coerentes, unificadas e contínuas. E as identidades que ganham força nesse cenário são aquelas ligadas ao nacionalismo e a grupos minoritários dos quais o sujeito faz parte, tais como aqueles ligados à sua etnia e à sua religião. Cabe aqui notar que, se o nacionalismo vai fortalecer uma cultura hegemônica dentro dos Estados

soberanos, a identidade cultural em torno do pertencimento a grupos minoritários se fortalece em resposta a essa hegemonia.

3 Identidade Cultural x Nacionalismo

A cultura nacional apenas apresenta a ilusão de ser unificada e contínua. Hall (2006) a coloca como discurso, como “um modo de construir sentidos que influencia e organiza tanto nossas ações quanto a concepção que temos de nós mesmos”. E esse discurso se constrói ao redor de “mitos” de uma história unificada, coerente, quando a realidade se apresenta de maneira completamente distinta: Hall (2006) denuncia que “a maioria das nações consiste de culturas separadas que só foram unificadas por um longo processo de conquista violenta — isto é, pela supressão forçada da diferença cultural”. Mesmo os países europeus, que buscam passar a imagem de uma longa tradição histórica em torno de uma nação, possuem em sua história uma constante luta entre diferentes culturas. Como falar de um “espírito brasileiro”, por exemplo, quando temos grupos das mais diversas origens étnicas, que vieram dos mais diversos países, que formaram agrupamentos no Brasil com as mais diversas finalidades... a tentativa de unificar essas diferenças só pode conseguir um resultado completamente artificial.

Benedict Anderson (2005, p. 65) associa a expansão do nacionalismo à primazia do capitalismo e à subsequente vernaculização européia: a invenção da imprensa permitiu que livros e, conseqüentemente, as mais diversas ideias, se espalhassem de forma muito mais rápida, atingindo um público muito maior. Isso permitiu que ideias minoritárias ganhassem força, como foi o caso da Reforma Protestante. Anderson (2005, p. 68) coloca como um dos fatores para a vernaculização o fato de que os governantes queriam fortalecer seus impérios, e para isso era necessário criar uma unidade em torno de valores, de costumes, da língua – e aqui surgem as “línguas oficiais”, ligadas a determinados países.

Desenha-se, então, o surgimento do nacionalismo como uma comunidade imaginada (ANDERSON, 2005) como meio de unificação de povos sob o domínio de soberanos em uma época de expansão do capitalismo. Mas é uma comunidade imaginada que passa a ter uma força descomunal: Anderson (2005), na introdução de sua obra sobre o tema, já observa que os conflitos do final do século XX não se dão por diferenças religiosas ou por conflitos entre o capitalismo e o socialismo, mas por conflitos entre Estados-nação, pelo simples fato de serem nações com conflitos de interesses.

O nacionalismo surgiu como meio de unificação de determinados reinos, mas, mesmo no final do século XX e início do século XXI, quando os Estados-nação já estão essencialmente muito bem delimitados e definidos, esse sentimento é utilizado das mais diversas formas como fortalecimento de uma cultura hegemônica. Esse sentimento pode se tornar particularmente nefasto sem que as grandes massas se deem conta disso: Stuart Hall (2006) cita Paul Gilroy quando este, tratando do racismo, diz que

Enfrentamos, de forma crescente, um racismo que evita ser reconhecido como tal, porque é capaz de alinhar 'raça' com nacionalidade, patriotismo e nacionalismo. Um racismo que tomou uma distância necessária das grosseiras ideias de inferioridade e superioridade biológica busca, agora, apresentar uma definição imaginária da nação como uma comunidade cultural unificada.

O corolário da unificação promovida pelo sentimento nacionalista é a separação entre “nós” e “eles”, com o outro sendo visto como uma ameaça permanente: aquele capaz de adentrar e modificar minha cultura e, portanto, alterar o que se entende por nação, só pode ser visto como um inimigo. Quando Carl Schmitt (1992, p. 51-55) conceitua o critério definidor do político, ele trata de amigo e inimigo – e cabe ressaltar que este inimigo é o inimigo público, isto é, o inimigo de toda uma nação. E o corolário: “a guerra decorre da inimizade, pois esta é a negação ontológica do outro ser” (SCHMITT, 1992, p. 59).

Essa relação de inimizade, no entanto, cabe no aspecto político, não no econômico: o próprio Schmitt (1992, p. 54) diz que no plano econômico o que existem são concorrentes, não inimigos. Mas os países colonizadores tratam outros países sob um viés econômico ou político conforme lhes convém: primeiro se utilizaram dos países periféricos, explorando-os de maneira econômica, para depois se retirarem sem se importarem com as consequências de suas ações. O que ocorreu, nas palavras de Hall (2006), é que

O movimento para fora (de mercadorias, de imagens, de estilos ocidentais e de identidades consumistas) tem uma correspondência num enorme movimento de pessoas das periferias para o centro, num dos períodos mais longos e sustentados de migração “não-planejada” da história recente. Impulsionadas pela pobreza, pela seca, pela fome, pelo subdesenvolvimento econômico e por colheitas fracassadas, pela guerra civil e pelos distúrbios políticos, pelo conflito regional e pelas mudanças arbitrárias de regimes políticos, pela dívida externa acumulada de seus governos para com os bancos ocidentais, as pessoas mais pobres do globo, em grande número, acabam por acreditar na “mensagem” do consumismo global e se mudam para os locais de onde vêm os “bens” e onde as chances de sobrevivência são maiores. Na era das comunicações globais, o Ocidente está situado apenas à distância de uma passagem aérea.

Diante de tais migrações e o subsequente aumento da diversidade cultural nesses destinos de migração, Hall (2006) enxerga uma reação das comunidades locais, com um fortalecimento de uma identidade construída na forma de um nacionalismo ainda mais exacerbado, estereotipado e excludente. Outra possibilidade apresentada por Hall (2006) é a construção de novas identidades, a partir de agrupamentos daqueles que são vistos como “o outro” pelas comunidades locais. Também existe a possibilidade de Tradução que, ainda segundo Hall (2006),

Descreve aquelas formações de identidade que atravessam e intersectam as

fronteiras naturais, compostas por pessoas que foram dispersadas para sempre de sua terra natal. Essas pessoas retêm fortes vínculos com seus lugares de origem e suas tradições, mas sem a ilusão de um retorno ao passado. Elas são obrigadas a negociar com as novas culturas em que vivem, sem simplesmente serem assimiladas por elas e sem perder completamente suas identidades. Elas carregam os traços das culturas, das tradições, das linguagens e das histórias particulares pelas quais foram marcadas.

O que não é possível é a não existência de uma diversidade cultural: a cultura é um esquema complexo utilizado pelos membros de nossa sociedade das mais diversas maneiras, seja como meio de dominação, seja como meio de reação a essa dominação. Suas transformações se operam tanto de forma consciente quanto inconsciente, conforme novas relações e situações sociais se apresentam.

4 A Necessidade da Construção de Critérios: a Estrutura-Tolerância Como Forma de Guiar as Ações do Estado Diante da Diversidade Cultural

Diante de um cenário de diversidade cultural, duas opções se apresentam: tentar, de qualquer maneira, eliminar essa diferença, ou aprender a lidar com os desconfortos trazidos por ela. Em nossa história houve muitos momentos nos quais se tentou eliminar essa diferença, seja eliminando as próprias pessoas que possuíam culturas minoritárias, seja eliminando os meios que a cultura necessita para se propagar, proibindo a realização de cultos e o ensino de outros idiomas, por exemplo.

A proximidade entre a linguagem e a formação cultural pode ser percebida em diversos momentos históricos. Cristiane Maria de Souza (2006) observa que na Revolução Francesa as línguas regionais, denominadas 'patois', eram vistas como uma ameaça, por dificultarem a propagação das ideias oficiais da revolução e a compreensão das novas entidades políticas e suas leis. Essas línguas regionais, sem forma escrita, foram marginalizadas e depreciadas pelos líderes da Revolução. A imposição da língua oficial veio através das escolas, pois se pensava que assim se disseminaria a língua francesa “padrão”, e que esse conhecimento “propiciaria a criação da imagem de cidadão francês que o novo sistema político-social exigia” (SOUZA, 2006).

Mas o que a história então nos mostrou é que essas tentativas de supressão poderiam até surtir alguns dos efeitos desejados pelos seus autores, mas tinham como efeito colateral o esmagamento da dignidade humana daquelas pessoas que tinham sua cultura suprimida. Para Zarka (2012, p. 49-51), o século XX viu o desmoronamento de seus mitos de “aplainar” a humanidade, seja pelo desmoronamento do comunismo, seja pelos genocídios da 1ª parte do século XX. Diante das tragédias trazidas por essas tentativas de aplainamento, Zarka (2012, p. 50) reflete que “um mundo despedaçado vale mais do que um mundo aplainado pelo terror e pela servidão”. Diante da necessidade de percorrer novos caminhos, Zarka (2012)

elabora um conceito teórico por ele denominado estrutura-tolerância com o objetivo de estabelecer princípios para guiar uma ação do Estado que vise uma convivência pacífica em um contexto multicultural.

A estrutura criada por Zarka (2012, p. 53-54) visa uma convivência nesse “mundo despedaçado” onde exista o reconhecimento sem reconciliação; isto é, onde as diferentes culturas possam coexistir sem que exista necessariamente a superação ou eliminação dos conflitos entre elas. Nem toda diferença cultural pode ser superada, afinal de contas. Para tanto, estabelece três dispositivos dentro dessa estrutura: neutralidade do Estado, primazia de valores e direitos fundamentais, e educação à memória e à liberdade.

A neutralidade do Estado deve permitir aos indivíduos e aos grupos se reconhecerem na estrutura política do Estado, “sem ter de produzir um acordo entre eles, nem com o Estado, quanto a valores culturais, religiosos, sexuais, etc” (ZARKA, 2012, p. 67).

Zarka (2012, p. 71-87) traça as origens da neutralidade do Estado à laicidade do Estado. No século XVII, encerrando a Guerra dos Trinta Anos, fizeram-se tratados que ficaram conhecidos como a Paz de Vestfália, consolidando ali o princípio da laicidade para evitar novos confrontos entre católicos e protestantes. Zarka (2012, p. 99) associa o princípio da neutralidade à necessidade de separar Estado e moral em nome da liberdade individual quando diz que

Os princípios de justiça devem, então, ter um caráter simplesmente operatório e procedimental, sem qualquer envolvimento metafísico que possa implicar necessariamente uma definição de vida boa e de finalidade da existência.

[...]

[no entanto, esta neutralidade do Estado] está indissociavelmente ligada a valores que encontram seus fundamentos, deve-se bem dizer, metafísicos, em uma conceituação dos homens como seres livres e iguais em direitos.

Por fim, Zarka (2012, p. 105) se posiciona reiteradamente como defensor da liberdade, da autonomia, da dignidade e da igualdade como pressupostos essenciais a serem defendidos pela neutralidade do Estado. Ou seja, embora se separe o Estado da moral, não se separa o Estado de certos valores considerados fundamentais e sem os quais toda a democracia estaria ameaçada em sua existência.

O conceito político do dispositivo de neutralidade do Estado na estrutura-tolerância não é o de um Estado indiferente, mas o de um Estado, conforme sintetizado por Zarka (2012, p. 130), que possui a prerrogativa de intervir quando os valores fundamentais, tais como a dignidade, a integridade e a liberdade das pessoas, estiver em risco.

Longe de guiarem apenas a ação do Estado, os valores fundamentais são o segundo dispositivo da estrutura-tolerância, sendo também meio da sociedade aferir a tolerabilidade das práticas do Estado:

Por meio dos valores e dos direitos fundamentais, não existirá somente tolerância em relação aos cidadãos de um Estado, mas igualmente do tolerável e do intolerável em relação a práticas de governo. Valores e direitos fundamentais permitem definir o estatuto e os limites de uma sociedade tolerante e de um poder tolerante. (ZARKA, 2012, p.132)

Esses dois primeiros dispositivos, da neutralidade do Estado e dos valores e dos direitos fundamentais, estabelecem um ambiente no qual as diferenças podem coexistir, com limites para prevenir que qualquer grupo, seja ele minoritário ou majoritário, atue de maneira a agredir a dignidade humana de outros grupos. Se a estrutura-tolerância se encerrasse com apenas esses dispositivos, ela seria uma estrutura voltada à convivência pacífica e democrática em sociedade. Não seria um conceito que necessariamente estaria ligado à identidade cultural. O cerne dessa proteção especificamente ligada à identidade cultural está, então, no terceiro dispositivo proposto por Zarka (2012): na educação à memória e à liberdade.

Para compreender esse dispositivo, é necessário salientar que Zarka(2012) estabelece que não é a cultura que deve ser protegida, não é um determinado grupo por si só que deve ter sua identidade preservada: a proteção à identidade cultural se liga à liberdade individual, e portanto seu sujeito de direito só pode ser o indivíduo, jamais um grupo ou um bem abstrato. Culturas surgem, se transformam, se unem a outras, e não há razão para que o Estado se esforce em preservar uma determinada cultura como se esta devesse permanecer intocada e inalterada. Já o perigo de se proteger grupos e não indivíduos é que esses grupos, por sua vez, poderiam oprimir seus membros: não seria coerente com o espírito de um Estado democrático permitir uma expressão cultural que permitisse o casamento de adultos com crianças, por exemplo.

Ou seja, o direito à identidade cultural se relaciona ao direito à liberdade individual e à igualdade: trata-se de dar aos grupos minoritários as mesmas chances de se identificarem e propagarem suas culturas dadas aos grupos hegemônicos. Zarka (2012, p. 173) trata desse direito como um direito à educação sobre a cultura e a história de grupos minoritários, sempre de maneira opcional, tanto no ensino secundário quanto no superior. Tal educação, além de promover um direito à identidade cultural, contribuiria para uma construção mais rica da própria história nacional:

Concebeu-se, frequentemente, a história nacional de um modo nacionalista, isto é, de modo a apagar as histórias minoritárias; oras, é perfeitamente possível conceber uma história nacional não estreita ou não nacionalista, que seria claramente integrativa das histórias minoritárias autóctones ou imigradas. Longe de uma história como essa poder colocar em perigo a unidade da história nacional, tornando-a heterogênea, ela daria uma realidade mais forte a essa unidade ao exhibir mais claramente a diversidade que contribuiu para a sua formação. (ZARKA, 2012, p. 173-174)

5 Estatuto do Estrangeiro: Filho da Ditadura, Aberração na Democracia

Para uma compreensão crítica de uma lei, não basta conhecer seu conteúdo semântico, mas também o contexto político, econômico, histórico e social que criou aquela lei. Por isso, para uma análise clara do Estatuto do Estrangeiro, primeiramente deve-se observar que se trata de lei publicada em 1980, ainda sob o regime da Ditadura Militar brasileira. A política daquela época pode ser melhor compreendida sob as teorias de Carl Schmitt, na qual os países são vistos como amigos e inimigos. A esse respeito, Moraes (2015) afirma que “o Brasil seguiu e continua, em certa medida, mesmo após a nova ordem democrática, seguindo essa cartilha da inimizade, tanto que sua influência legislativa no Estatuto do Estrangeiro e na Lei de Segurança Nacional é patente”. A consequência disso, segundo Moraes (2015), foi transformar não apenas os outros Estados em inimigos, mas também pessoas, retirando-lhes direitos fundamentais.

Não é à toa que, em seu artigo 2º, o Estatuto do Estrangeiro traz como a primeira das suas preocupações fundamentais a segurança nacional. Nesses princípios, mal cabe menção à proteção dos indivíduos, salvo do “trabalhador nacional”.

Retome-se aqui o previamente exposto: os direitos essenciais são aqueles ligados à liberdade individual. Todos os outros, inclusive o direito à identidade cultural elaborado por Zarka (2012), decorrem dos direitos fundamentais: o direito à liberdade, à igualdade e à vida. O Estatuto do Estrangeiro, dentro de uma política de Segurança Nacional vigente naquela época e cujos resquícios ainda perduram nos dias de hoje, se propõe a diminuir tais direitos fundamentais em nome de um bem abstrato como a “segurança nacional”. Uma ditadura se nega a reconhecer e aceitar uma sociedade de identidades fragmentadas como aquela apresentada por Stuart Hall (2006):

Como ressalta Enrique Padrós, a luta de classes é a perspectiva da doutrina de segurança nacional inviável, pois contraria a noção de nação e a impossibilidade de reconhecer uma comunidade de pertencimento como unidade nacional. Da mesma forma, tal doutrina condiciona toda a perspectiva de rejeição ao forasteiro que traz novas propostas e novas ideologias (MORAIS, 2012, p. 158).

E, embora a Constituição Federal de 1988 tenha inaugurado oficialmente um novo período de respeito à ordem democrática pela ordem jurídica, uma cultura não se altera de um dia para o outro, com uma publicação em Diário Oficial. Fosse assim, a promulgação da Constituição Federal de 1988 teria tido como efeito imediato a rejeição de parcela considerável do Estatuto do Estrangeiro.

Tal rejeição é corolário da primazia da Constituição Federal sobre toda a legislação infraconstitucional e a incompatibilidade entre artigos da Constituição e do Estatuto do Estrangeiro. A Constituição, no caput de seu artigo 5º, traz que “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”, ou seja, os direitos individuais listados no artigo 5º são de todos, tanto brasileiros quanto estrangeiros. Um desses direitos, constante no inciso XVII, é o da liberdade de associação, sendo vedada apenas a associação de caráter paramilitar.

O Estatuto do Estrangeiro, no entanto, impõe uma série de restrições a esse direito de associação nos seus artigos 107 e 108. O artigo 107 veda aos estrangeiros a participação na política, inclusas aí as associações com atividades políticas.

Cabe ressaltar que, se por um lado o artigo 107 do Estatuto Estrangeiro é claramente incompatível com o preceituado pelo inciso XVII do artigo 5º da Constituição, a ideia do estrangeiro como ameaça à soberania nacional presente no Estatuto do Estrangeiro e que criou tal artigo também se encontra na Constituição Federal quando ela, em seu artigo 12º, reserva apenas aos brasileiros natos a ocupação dos cargos mais altos relacionados aos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e de cargos relacionados às Forças Armadas e à Segurança Nacional. Ou seja, a ideia de que um Estado soberano não deveria sofrer influências de ideias estrangeiras não é mais tão pervasiva, mas seus resquícios ainda podem ser encontrados mesmo naquela que ficou conhecida como a Constituição Cidadã.

O artigo 108 parece ser um “favor” concedido pelo Estado aos estrangeiros, “dando”-lhes um direito de associação para fins culturais, religiosos, etc. Mas não é um favor tão grande: se a associação for constituída em mais da metade de associados estrangeiros, sua aprovação depende da autorização de ninguém menos do que o Ministro da Justiça. É interessante notar que ambos os artigos se encontram na seção de “Dos Direitos e Dos Deveres Do Estrangeiro”, embora todas as normas dessa seção sejam restritivas de direitos. É que talvez sob nosso ponto de vista tais medidas sejam restritivas porque enxergamos o estrangeiro como tendo os mesmos direitos do brasileiro e, na elaboração daquela lei, se imaginasse que o estrangeiro não possuía direito algum e o legislador decidisse lhe dar alguns direitos para que aquele estrangeiro pudesse permanecer em nosso território sem causar “perturbações”.

Talvez a superação dessa mentalidade Carl Schmittiana passe pelo enfrentamento direto dessas normas: colocando-as em questão e percebendo quais pressupostos estão vinculados a elas. Porque, quando se perceber que tais normas são provenientes de pressupostos que não cabem mais em uma sociedade democrática e de direito, derogá-las deve ser o único caminho lógico – ainda que isso nos seja um processo dolorido porque esses mesmos pressupostos ainda fazem parte do nosso imaginário, embora não o queiramos admitir.

Referências

ANDERSON, Benedict. *Comunidades Imaginadas: Reflexões Sobre a Origem e a Expansão do Nacionalismo*. Lisboa: Edições 70, 2005.

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/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 out. 2016.

_____. *Estatuto do Estrangeiro*. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

HALL, Stuart. *A Identidade Cultural na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BARRO, Flaviane de Magalhães. *A Migração Como Direito Diante da Continuidade Autoritária Brasileira: A Lei 6.815 e o Novo Constitucionalismo*. In: MORAIS, José Luis Bolzan de; SANTORO, Emilio; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Direito dos Migrantes*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2015. cap. 7, p. 149-171.

SCHMITT, Carl. *O Conceito de Político*. Petrópolis: Vozes, 1992.

SOUZA, Cristiane Maria De. *A Imposição Do Francês Sobre Os "PATOIS" Na Época Da Revolução Francesa, A Língua Como Símbolo De Liberdade*. Cadernos Neolatinos, ano V no. 5. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006. Disponível em <http://www.lettras.ufrj.br/neolatinas/media/publicacoes/cadernos/a5n5/estlin/cristiane_souza.pdf>. Acesso em 23/10/2016.

ZARCA, Yves Charles. *Difícil Tolerância – A Coexistência de Culturas em Regimes Democráticos*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2012.

Desconsideração da personalidade jurídica à luz do direito civil, do consumidor e processual civil

Débora Scheunemann Paul¹⁴³
Beatriz Regina Branco¹⁴⁴

Resumo: Trata-se de trabalho acadêmico originado do projeto de conclusão do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE, que adotou a pesquisa qualitativa. Desse modo, tem por objetivo analisar as questões materiais e processuais da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da legislação civil e consumerista, bem como seus aspectos processuais à luz das novas diretrizes trazidas pelo Código de Processo Civil. Portanto, o que se constatou é que o Direito criou a teoria da *disregard doctrine* em razão dos abusos cometidos pela pessoa jurídica, possibilitando que os bens pessoais dos sócios, que até então não se confundiam com os da sociedade, possam ser atingidos.

Palavras-chave: *Desconsideração da Personalidade Jurídica, Código de Processo Civil, Contraditório. Ampla Defesa. Código Civi. Código de Defesa do Consumidor.*

1 Introdução

Trata-se de trabalho acadêmico originado do projeto de conclusão do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Primeiramente abordou-se o modo com que a pessoa jurídica adquire personalidade jurídica e sua importância. Posteriormente, explanou-se acerca do histórico do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e sobre a teoria propriamente dita, para, então, adentrar nos aspectos processuais, trazidos pelo Código de Processo Civil, e nos aspectos materiais, previstos na teoria maior e menor, que foram abarcados pelo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, respectivamente.

A pesquisa teve o propósito de demonstrar a importância da *disregard doctrine*, e que a aplicação da referida teoria somente pode ocorrer de forma excepcional, além de ser necessário o preenchimento de todos os requisitos previstos em lei.

Sendo assim, as etapas do estudo consistiram na abordagem acerca das legislações mencionadas, Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, principalmente nas questões processuais, eis que o novo Código de Processo Civil, de maneira pioneira, regulou o trâmite de retirada do manto de proteção da pessoa jurídica, consagrando os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

¹⁴³ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

¹⁴⁴ Orientadora, professora do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

2 Pessoa jurídica e a aquisição da personalidade

Com o desenvolvimento do sistema capitalista os indivíduos começaram a associar-se em grupos, primeiramente no âmbito familiar, para posteriormente investirem em empreendimentos cada vez maiores. Sendo assim, era necessário assegurar o fortalecimento das sociedades e incentivar os indivíduos a investirem e, para isso, era preciso haver uma distinção entre o empresário e a sua sociedade, eis que surge, então, a pessoa jurídica, nesse sentido Boeira (2011, p. 67) salienta:

A ideia de sociedade personalizada surge justamente com o propósito de titularizar (a pessoa coletiva) seus próprios direitos e obrigações. Pretendia-se com o ente criado a construção normativa de uma pessoa distinta da do sócio criador, com o intuito de estimular o desenvolvimento econômico, a circulação de riqueza e a segurança para o investidor.

200

À vista disso, Coelho (2002, p. 38) salienta a importância desta titularização:

[...] muitos empreendedores poderiam ficar desmotivados em se lançar a novos e arriscados empreendimentos se pudessem perder todo o patrimônio pessoal caso o negócio não prosperasse [...]. Se o direito não dispuser de instrumentos de garantia para os empreendedores, no sentido de preservá-los da possibilidade de perda total, eles tenderão a buscar maior remuneração para os investimentos nas empresas. Em outros termos, apenas aplicariam seus capitais em negócios que pudessem dar lucro suficiente para construir um patrimônio pessoal de tal grandeza que não poderia perder-se inteiramente na hipótese de futura e eventual responsabilização. Ora, para gerar lucro assim, a sociedade deve reduzir custos e praticar preço elevado. O princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, observado em relação às sociedades empresárias, socializa as perdas decorrentes do insucesso da empresa entre seus sócios e credores, propiciando o cálculo empresarial relativo ao retorno dos investimentos.

No ordenamento brasileiro, o artigo 45 do Código Civil¹⁴⁵ determina que:

Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida de, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Portanto, observando-se as formalidade e exigências legais, a pessoa jurídica irá adquirir personalidade jurídica e contrair direitos e obrigações, ou seja, com a inscrição do seu ato no respectivo registro, a sociedade adquirirá personalidade, terá denominação, sede, nacionalidade, será sujeito de direitos e obrigações.

A principal consequência com a aquisição da personalidade jurídica é a separação patrimonial, eis que não há que se confundir a pessoa natural dos sócios com a pessoa jurídica

¹⁴⁵ BRASIL, *Código civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 out. 2015.

da qual fazem parte. São pessoas distintas e com responsabilidades próprias (BERALDO, 2006).

3 Histórico da desconsideração da personalidade jurídica

A fim de punir aqueles que se utilizavam do manto de proteção dada à pessoa jurídica, utilizando-a com outro propósito, de má-fé, começaram a surgir teorias, em diversos países, para que tais sujeitos fossem responsabilizados, desconsiderando, momentaneamente, a personalidade jurídica para responsabilizar os sócios, o que deu origem ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica, conforme Coelho (1998, p. 554):

Para evitar a manipulação fraudulenta da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, desenvolveu-se uma teoria que aperfeiçoa o instituto: a da desconsideração da personalidade jurídica. Sua sistematização deu-se em trabalho dos anos 1950 do jurista alemão Rolf Serick (1955). Segundo seu principal postulado, sempre que a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas for manipulada para a realização de uma fraude, o juiz pode ignorá-la e imputar a obrigação diretamente à pessoa que procurou furtar-se aos seus deveres

Já no Brasil, o tema foi trazido pelo doutrinador Rubens Requião, em 1960, que defendeu que a matéria fosse aplicada aos casos concretos pelos tribunais, independentemente da sua previsão legal (GONÇALVES, 2012).

Tanto é que a primeira decisão da qual se aplicou a teoria da desconsideração foi em 1960, pelo Juiz de Direito Antônio Pereira Pinto, no Distrito Federal, da 11.ª Vara Cível (SILVA, 1999).

Após longo período de aplicação desta teoria, a primeira legislação que recepcionou o instituto da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil foi o Código de Defesa do Consumidor. Posteriormente, houve a incorporação deste instituto pela Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), pelo Código Civil de 2002, na Lei 12.529 (Lei Antitruste), na Legislação trabalhista, dentre outras.

4 A teoria da desconsideração da personalidade jurídica

A discussão acerca da possibilidade de retirar a proteção da personalidade jurídica que as empresas adquirem após regularmente registradas começou a surgir quando essas sociedades cometiam fraudes, abusos de direito ou desviavam-se da sua finalidade. Sob esse raciocínio Santos (2002, p. 226) esclarece:

A desconsideração é a forma de adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais ela foi criada, ou seja, é a forma de limitar e coibir o uso indevido deste privilégio que é a pessoa jurídica. Este privilégio só se justifica quando a pessoa jurídica é usada adequadamente, o desvio da função faz com que deixe de existir razão para a separação patrimonial.

Com o advento do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, retira-se esse manto de proteção para responsabilizar os seus sócios, de forma a atingir os seus bens particulares, que até então não poderiam se confundir com os bens da sociedade criada. Coelho (2012, p. 555) preleciona:

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica (ou do superamento da personalidade jurídica) não questiona o princípio da autonomia patrimonial, que continua válido e eficaz ao estabelecer que, em regra, os membros da pessoa jurídica não respondem pelas obrigações desta. Trata-se de aperfeiçoamento da teoria da pessoa jurídica, por meio da coibição do mau uso de seus fundamentos.

Ressalta-se que a decretação da desconsideração da personalidade jurídica somente tem efetividade para determinado caso concreto, o objetivo não é prejudicar a sociedade, mas punir aqueles que utilizam desse véu protetor para atos irregulares. Conforme Taddei (1998, p.30), “de acordo com seus princípios teóricos originais, a desconsideração não prevê a nulidade, extinção ou dissolução da pessoa jurídica, determina apenas a sua suspensão para o caso concreto em que foi utilizada com fraude ou abuso de direito”.

Desse modo, a *disregard doctrine* tem a finalidade de responsabilizar os sócios, atingindo seus bens pessoais, quando houver a prática de abuso de direito, fraude e má-fé, desviando-se da finalidade para a qual a sociedade foi criada, desconsiderando a sua personalidade jurídica, de forma transitória.

5 A teoria da desconsideração da personalidade jurídica inversa

Além das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica por culpa dos sócios no gerenciamento da sociedade, há também a possibilidade de retirada do manto de proteção da pessoa jurídica porque o sócio, fugindo do cumprimento das suas obrigações pessoais, utiliza-se dos benefícios da separação patrimonial entre os seus bens e o da empresa:

Nessa hipótese, ocorre a responsabilidade da sociedade por dívidas do sócio que transfere seus bens para a pessoa jurídica sobre a qual detém absoluto controle, de tal modo que exista um uso instrumental da sociedade em nosso ordenamento, a jurisprudência a reputa como medida excepcional exigindo a demonstração consolidada de fraude.

No âmbito da Justiça Federal, o Enunciado nº 283, do Centro de Estudos Judiciários, proclama que “é cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada “inversa” para alcançar bens de sócio que se valeu da

pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros.¹⁴⁶

Neste caso, buscam-se bens particulares do sócio que, de forma simulada, foram incorporados aos da empresa, segundo Vidigal (2013, p.19-20):

[...] a teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica, que defende a possibilidade de se suspender a autonomia patrimonial entre sócios e sociedade não apenas para alcançar os bens dos sócios, mas também para atingir bens da própria pessoa jurídica, naquelas hipóteses em que os sócios transferem seus próprios bens para a empresa ou se valem, fraudulentamente, da personalidade autônoma da pessoa jurídica com vistas a se furtarem ao cumprimento de obrigações individualmente assumidas.

203

Pode-se observar que a referida confusão patrimonial ocorre principalmente no âmbito familiar, conforme Vidigal (2013, p.26):

Referida teoria tem especial aptidão para incidir sobre o Direito de Família, no qual a mais variada gama de expedientes arditos envolvendo a pessoa jurídica é empregada com vistas a fraudar a meação do cônjuge ou convivente e a minorar, artificialmente, a obrigação de prestar alimentos. Os exemplos mais comuns de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica inversa são as hipóteses de aquisição de bens próprios do casamento em nome da empresa, de transferência arditosa dos bens patrimoniais para o acervo patrimonial da sociedade e da instituição de pró-labore em valores ínfimos.

Ressalta-se que existe a possibilidade do credor particular fazer recair a execução sobre os lucros que caibam ao sócio do empreendimento, nos termos do art. 1.026 do Código Civil¹⁶. Desse modo, infere-se que antes da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, deverá o credor particular valer-se da referida prerrogativa legal, eis que a *disregard doctrine* somente pode ser aplicada em casos excepcionais.

Portanto, a aplicação da *disregard* pode ocorrer de modo inverso, ou seja, os bens da sociedade são atingidos em razão da confusão patrimonial que o seu sócio proporcionou ao tentar se furtar de obrigações particulares e, sendo assim, haverá a aplicação do instituto para que aqueles indivíduos integrantes do quadro social da empresa não possam se ocultar atrás do véu de proteção que as pessoas jurídicas possuem.

6 Aspectos processuais e materiais

6.1 Disregard doctrine no Código de Processo Civil

¹⁴⁶ JUSTIÇA, Ministério da, Série pensando o direito – desconsideração da personalidade jurídica, nº 29. Porto Alegre, 2010, p. 32

Apesar do desenvolvimento do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito material não havia a sua regulação em nenhuma norma processual, o que ocorreu somente com a Lei 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil, que regulamentou a aplicação da *disregard* nos seus artigos 133 ao 137.¹⁴⁷

Primeiramente, a lei processual determinou que o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, se não for feito na petição inicial, será apreciado em incidente processual, autuado em autos apartados, mas apensos ao principal, “Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo”.¹⁴⁸

Outra característica trazida pela Lei, no artigo 134, § 3.º é a suspensão do processo principal, sendo que o instituto poderá ocorrer em qualquer tipo de procedimento, seja de conhecimento, execução ou previsto em lei especial (art. 134, § 4.º da Lei 13.105/2015)¹⁴⁹, tal qual ilustra Gaio Júnior (2013, 88-89),

Assim, o dispositivo atenta para a possibilidade de ocorrência do incidente em qualquer processo (seja de conhecimento ou de execução, por exemplo) ou mesmo em diferentes procedimentos (o comum, os especiais de jurisdição contenciosa e os de jurisdição não contenciosa, além daqueles previstos em legislação extravagante).

[...]

De todo modo, importante é que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica encontrará lugar quer antes ou após a constituição do título executivo e mesmo naqueles casos em que já se encontra obtido o título executivo pela via extrajudicial.

Ainda, após a instauração do incidente, os sócios que eventualmente poderão ser atingidos deverão ser citados para se manifestar em 15 dias e apresentar provas: “Art 20 - Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.”¹⁵⁰

Consequentemente, com o incidente assegurar-se-á os direitos fundamentais da ampla defesa e do contraditório, previstos na Carta Magna, conforme Gaio Júnior (2013, p. 86):

[...] a desconsideração da personalidade jurídica possui característica de um incidente processual, querendo daí depreender que prescinde de ação própria para provocar sua cognição. Nesse sentido, é que será nos próprios autos do processo, após provocação para tal, que o magistrado estabelecerá

¹⁴⁷ BRASIL, *Código de processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 5 abr. 2016

¹⁴⁸ BRASIL, *Código de processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 5 abr. 2016

¹⁴⁹ BRASIL, *Código de processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 5 abr. 2016

¹⁵⁰ BRASIL, *Código de processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 5 abr. 2016

o contraditório e a ampla defesa para o pleno conhecimento e análise meritória do pedido de desconsideração da personalidade jurídica em questão.

[...] bem verdade que a configuração em natureza incidental para o conhecimento de dito instituto representa o prestígio da economia processual, e se bem levada a cabo, igualmente, pelo Princípio da Cooperação dos Partícipes da demanda, surtirá efetivos efeitos na tão desejosa, mas ainda desprestigiada, celeridade processual, notabilizada por sua garantia formal no art. 5.º, LXXVIII, da CF/88.²²

Outro ponto abordado pela Lei 13.105/2015 é que o incidente será resolvido por decisão interlocutória e, no caso de interposição de recurso será cabível o agravo de instrumento, se a decisão for proferida por juiz de primeiro grau, ou de agravo interno, se proferida por relator (artigo 136).¹⁵¹

Ressalta-se que caberá ao magistrado a sensibilidade de dar prioridade ao julgamento do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, sob pena do mesmo perder a sua eficácia e ao final estar fadado ao insucesso. Nessa perspectiva Beraldo (2006, p. 81)

Trata-se de incidente processual no qual deve o juiz imprimir maior celeridade possível. Com isso, não acreditamos que haverá violação de nenhuma regra ou princípio processual, muito pelo contrário, pois possibilitará que o credor possa obter, de forma mais rápida, a tutela jurisdicional.²⁴

Mais adiante o autor complementa:

Além disso, é muito importante que o juiz, na decisão em que levantar o véu da pessoa jurídica indique, exatamente, quais são os sócios da sociedade que responderão com seus bens particulares. E isso por uma razão muito óbvia. Pois se essa medida só é cabível em casos, devidamente comprovados, de fraude ou ilícito, somente aquele que praticou o referido ato pode ser penalizado (BERALDO, 2006, p. 82).

Nesse sentido, o novo Código de Processo civil dará efetividade aos direitos do contraditório e da ampla defesa, já previstos na Constituição, além de oportunizar as partes o diálogo para que o juiz analise os requisitos das normas materiais que serão aplicadas ao caso concreto e, se for o caso, retirar o véu de proteção da pessoa jurídica para atingir os bens dos sócios.

As garantias constitucionais previstas na Constituição Federal brasileira devem ser asseguradas a todos, sem qualquer distinção, sendo assim, entre todos os direitos fundamentais da Carta Magna, estão assegurados o direito da ampla defesa e do contraditório ao réu em qualquer demanda que lhe é oposta, conforme transcrito no artigo 5.º, inciso LV : “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; ”

¹⁵¹ BRASIL, *Código de processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 5 abr. 2016

Deste modo, tais princípios asseguram um processo justo, oportunizando que o réu apresente outros argumentos, ajudando no esclarecimento dos fatos e direitos trazidos pelo autor com o ajuizamento de determinada demanda.

A criação do incidente de descon sideração da personalidade jurídica, além de dialogar com a Constituição Federal, ao assegurar os direitos fundamentais supracitados, oportunizou aos associados da pessoa jurídica a possibilidade de comprovarem que não foram preenchidos os requisitos para a sua aplicação prevista na norma material.

6.2 Teoria maior e teoria menor

Conforme já salientado, o instituto da descon sideração da personalidade é criação da lei para que excepcionalmente e em determinados casos concretos possa ser decretada. Trata-se responsabilização daqueles que tentaram utilizar do manto de proteção da pessoa jurídica, a personalidade jurídica, para fins fraudulentos e ilícitos.

Nessa perspectiva, a norma material exige a observância de certos requisitos pelo magistrado para que seja aplicada a descon sideração. Entretanto, dependendo do propósito da legislação a ser aplicada, maior ou menor serão tais exigências.

O artigo 50 do Código Civil¹⁵² assim prescreve:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Já no Código de Defesa do Consumidor¹⁵³, há a sua previsão no artigo 28:

Art. 28. O juiz poderá descon siderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A descon sideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

[...]

2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

5º Também poderá ser descon siderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

¹⁵² BRASIL. *Código civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 10 abr. 2016.

¹⁵³ BRASIL. *Código de defesa do consumidor*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 10 abr. 2016.

Portanto, da simples comparação dos dois ordenamentos é possível concluir que o Código de Defesa do Consumidor abarca mais hipóteses do que a norma civil.

Ademais, para o Código Civil, quem detém legitimidade para requerer a aplicação da desconsideração é o credor, o Ministério Público ou quem se sinta prejudicado por qualquer desvirtuamento, jamais pode ser decretada de ofício pelo juiz.

Diferentemente ocorre no Código de Defesa do Consumidor já que, além dos legitimados já previstos pela Lei 10.406/2002, poderá haver decisão *ex officio*, por causa da sua ampla proteção ao consumidor, considerado como parte mais vulnerável da relação.

Para os civilistas é necessária a comprovação do desvio de finalidade e da confusão patrimonial. Contudo, havendo a incidência das normas de defesa do consumidor, a simples insolvência do devedor poderá levar a *disregard*, entre outras possibilidades.

Por isso, doutrinariamente, dividiu-se o tema em duas teorias: a maior e a menor. A primeira é a aplicada pelo Código Civil e, nesta, considerada mais rígida, impõe-se a comprovação de tudo o que o disposto legal determina.

Já a segunda teoria, a menor, aplicada pelo Código de Defesa do Consumidor, quando aparentes a má-fé, a fraude ou o abuso de direito, cabível a *disregard* pelo magistrado independentemente de pedido expresso para tanto. A explicação para a mera aparência do direito é em razão do espírito da lei consumerista, eis que o consumidor, em tese, estará em situação inferior de competição e maior vulnerabilidade em relação ao fornecedor ou prestador de serviços.

Dal'col (2013, p. 53-54) explica:

A teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica é a que permite a desconsideração da personalidade jurídica nos casos de abuso da personalidade jurídica, ou seja, é a teoria baseada no art. 50 do Código Civil. A teoria maior, importante frisar, é subdividida em teoria maior subjetiva e teoria maior objetiva. Esta possui como requisito a confusão patrimonial e aquela possui como requisitos o abuso do direito ou a fraude.

[...]

A teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica é a que permite a desconsideração da personalidade jurídica com o mero prejuízo do credor, ou seja, autoriza-se a desconsideração sempre que a personalidade for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos do credor. Trata-se, por exemplo, das hipóteses de desconsideração previstas no Código de Defesa do Consumidor e na Lei de Crimes Ambientais.

Entretanto, salienta-se que a mera interpretação do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor não autoriza a aplicação da desconsideração, eis que se fosse desse modo, desvirtuariam-se o sentido de aplicação do instituto.

Sendo assim, por consequência, ao retirar a personalidade jurídica da sociedade impõe-se que se analise, além daqueles elementos previstos na lei, a importância do instituto da personalidade jurídica e seu impacto no mundo atual e toda a teoria que foi se

desenvolvendo acerca da *disregard*, para que tais criações jurídicas não percam a essência para a qual foram criadas, ou seja, o cuidado e zelo na apreciação do pedido de descon sideração, principalmente, quando levantados argumentos sobre a teoria menor no caso concreto.

7 Considerações finais

O desenvolvimento do sistema capitalista e a emancipação das pessoas para com os seus soberanos levaram os indivíduos a aplicarem os seus recursos em negócios, primeiramente vinculados ao seu âmbito familiar e, após, em empreendimentos maiores.

Para tanto, o Direito precisou acompanhar tal avanço, por isso criou o instituto da pessoa jurídica, que regulamentou o momento da sua criação, relações negociais, até o momento da sua extinção. A principal consequência da criação da pessoa jurídica foi, então, a aquisição da personalidade jurídica, separando os direitos e obrigações das sociedades daqueles dos sócios.

Verifica-se a importância disto para o avanço econômico, já que houve maior segurança aos investidores para aplicarem seus recursos em negócios de risco, além de empreendimentos maiores, com a vantagem de que o seu patrimônio pessoal não possa ser atingido.

Entretanto, apesar da segurança patrimonial advinda da criação da pessoa jurídica o Direito não pode ficar inerte diante do seu uso inadequado, por isso, com o objetivo de reprimir tal atitude foi necessária a criação de uma teoria que punisse o agente que cometeu o ato reprovável, mas que não desprestigiasse a pessoa jurídica, ainda mais, após todo o avanço histórico responsável pela sua criação.

Desse modo, surgiu a teoria da descon sideração da personalidade jurídica que no Brasil cresceu e se consolidou a partir da sua aplicação pelos tribunais.

A norma material da referida teoria surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, principalmente, eis que são as legislações que mais levantam a sua utilização nos casos concretos.

Com relação ao âmbito processual, ressalta-se, não havia nenhuma norma regulando o trâmite de retirada do manto de proteção da pessoa jurídica. Somente com o atual Código de Processo Civil, que passou a vigorar em março de 2016, é que o instituto foi regulamentado.

No mais, além da excepcionalidade, como regra, a *disregard* somente pode ser utilizada quando comprovados os requisitos do artigo 50 do Código Civil, ou seja, o desvio de finalidade e a confusão patrimonial. Já para a teoria menor, prestigiada pela legislação consumerista, no seu artigo 28, em razão da hipossuficiência e da vulnerabilidade do

consumidor, princípios norteadores de toda a norma, verificados, mesmo que minimamente, poderá haver manifestação do Judiciário de forma favorável à sua aplicação.

Referências

BERALDO. Leonardo de Faria, *O interesse de recorrer da decisão que determina a desconsideração da personalidade jurídica*. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 7, n. 42, p. 77-91. Jul-ago 2006.

BOEIRA. Alex Perozzo, *A desconsideração da personalidade jurídica – noções gerais e questões controvertidas à luz da doutrina e da jurisprudência*. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, ano VI, n. 36, p. 66-80. Dez-jan 2011.

BRASIL. Código civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 10/04/2106.

_____. Código de defesa do consumidor. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 10/04/2016.

_____. Código de processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 05/04/2016.

COELHO. Fabio Ulhoa. *Curso de direito civil – parte geral*, 5 ed. São Paulo: editora Saraiva, 2012.

_____, Fabio Ulhoa, *Curso de direito comercial*, São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

DAL'COL, João Roberto de Sá, *Desconsideração da pessoa jurídica: necessidade de compatibilização das normas processuais com o direito material*. Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária, São Paulo, ano 61, n. 428, p. 33-70. jun., 2013.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira, *Desconsideração da personalidade jurídica: considerações sobre o “incidente” à luz do novo cpc – pls n. ° 166/2010*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, vol. 56, p. 75-92. Set-out, 2013.

GONÇALVES. Carlos Roberto, *Direito civil brasileiro – parte geral*, 10 ed. São Paulo: editora Saraiva, 2012.

JUSTIÇA, Ministério da, *Série pensando o direito – desconsideração da personalidade jurídica*, nº 29. Porto Alegre, 2010.

SILVA, Alexandre Couto, *Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. LTr, 1999.

SANTOS. Jonábio Barbosa dos, *Possibilidade de despersonalização jurídica na sociedade limitada, segundo os dispositivos da lei n. 10.406/2002*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 7, n. 39, p. 211-238. Jan-fev 2006.

TADDEI. Marcelo Gazzzi, *Desconsideração da personalidade jurídica*. Revista Jurídica Consulex, ano II, vol. I, n. 18, p. 30-31. Jun 1998.

VIDIGAL, Isabela Campos, *Revisitando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica: uma análise crítica da concepção inversão da disregard*. Revista Magister de Direito Empresarial, Porto Alegre, n. 49, p. 13-30. Fev-mar 2013.

Efeitos e punições na utilização das drogas de aumento de performance em eventos esportivos mundiais

Gisele Stabile Schmoeller¹⁵⁴
Gustavo Barone Martins¹⁵⁵

Resumo: O ser humano sempre buscou ultrapassar seus próprios limites, tanto do corpo quanto da mente. No mundo esportivo não é diferente, e como é dito no Lema Olímpico, todos os atletas buscam ser o “mais rápido, o mais alto e o mais forte”. Contudo, muitas vezes os atletas não atingem os objetivos traçados através de seus próprios esforços e acabam por burlar as regras utilizando de artifícios ilegais, e assim, desrespeitam as principais regras do esporte limpo. A WADA (World Antidoping Agency) é a organização mundial antidoping responsável por coordenar e fiscalizar os casos de violação as regras mundiais antidopagem. No Brasil, este papel cabe à ABCD (Autoridade Brasileira Controladora de Dopagem). Com isso, a busca deste manuscrito será informar e esclarecer para toda a sociedade, os malefícios que a utilização do doping pode trazer ao corpo humano, além claro, do histórico de normas relacionadas ao tema, tanto no Brasil quanto no exterior, e o que ocorre quando há a utilização de substâncias dopantes. Ainda está presente o questionamento quanto a legalização ou não do doping e quais consequências por trás desta decisão. Para que fosse realizado este artigo foram utilizadas revisões bibliográficas em artigos científicos, livros e legislações correspondentes.

Palavras-chave: *Doping. Substâncias e Métodos Proibidos. Punições e Sanções. WADA. ABCD.*

1 Introdução

No mundo esportivo de alto desempenho, é recorrente a busca por melhores resultados, fazendo com que a cada grande evento as marcas e margens se estreitam mais. Um dos meios para alcançar esses resultados é a utilização de ergogênicos, ou seja, substâncias que podem auxiliar no melhoramento do rendimento esportivo, porém existem vários riscos por trás de tais drogas (COSTILL; WILMORE, 2001).

A utilização de substâncias ergogênicas por atletas vem se tornando cada vez mais frequente e, para combater esses casos vários departamentos publicam listas e relatórios de possíveis substâncias e métodos. Tais publicações crescem a cada ano pois muitas pesquisas são realizadas diariamente com diferentes substâncias para entender o seu efeito no organismo e sua possível função no melhoramento atlético (ALMEIDA, 2015).

A partir deste ponto apresenta-se que dentre todas as agências nacionais, a World Anti-Doping Agency (WADA) torna-se a principal agência especializada em combater o doping, por meio de criação de leis e suas aplicações, assim como pela realização dos exames necessários.

¹⁵⁴ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

¹⁵⁵ Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

Além disso, muitos países, incluindo o Brasil, seguem as normas estabelecidas pela WADA, entretanto possuem suas próprias legislações sobre o combate ao doping.

Porém permanece a questão sobre a legalização do doping, já que desta maneira os atletas teriam permissão para a utilização de qualquer substância existente, entretanto, isto acabaria causando um aumento na mortalidade e na causa de doenças por atletas, que também, conseqüentemente viria por “sujar” o esporte.

2 Doping

São várias as possibilidades de definição de doping, porém pode-se dizer que doping é a “ocorrência de uma ou mais violações de uma regra antidoping” (COI, p. 5, 2016) definida pela World Anti-Doping Agency (WADA), ou seja qualquer utilização de substâncias ou métodos que são proibidos pela agência.

Nos primeiros jogos era comum a utilização de substâncias como a cocaína, que auxiliava no desempenho dos atletas, porém tal ato não era coibido. Segundo Neto (2001) no ciclismo utilizava-se as chamadas *speed balls* (bolas de velocidade) que era uma mistura de cocaína com heroína. Mas em 1886 iniciaram-se os casos fatais, primeiro com um ciclista que faleceu devido o estresse causado pela utilização de *speed balls*.

Os jogos modernos ainda não haviam registrado nenhuma grande fatalidade devido às substâncias auxiliadoras, porém nas Olimpíadas de 1904, um maratonista, Thomas Hicks, quase faleceu devido à utilização de *brandy* com estricnina, duas substâncias muito utilizadas por atletas de várias modalidades (NETO, 2001). Assim, nos anos 30 surgiram as anfetaminas que substituíram a estricnina, e logo após os anabolizantes. A partir daí muitos novos casos fatais surgiram. Devido a isso, em 1952 o Conselho Olímpico Internacional (COI) iniciou a luta contra a utilização de dopantes e em 1967 foi instalada a Comissão Médica Internacional, tendo sua primeira atuação no controle antidoping nas Olimpíadas de Inverno de Grenoble na França, no ano seguinte (NETO, 2001).

Doping além de ser considerado antiético, trás vários efeitos adversos para o organismo do atleta, independente da substância, por este motivo a Agência Mundial Antidoping (AMA) utiliza de pesquisas, listas e testes para conscientizar atletas e treinadores.

O controle de doping é realizado por meio da coleta de testes tanto de urina quanto de sangue, onde são retiradas duas amostras, “A” e “B”. Estes testes não possuem aviso prévio e podem acontecer: antes de campeonatos, entre intervalos de treinos e na própria casa do atleta. Nessa coleta verifica-se a presença de algum tipo de manipulação da amostra biológica (urina e sangue), no caso positivo são realizados novos testes para substâncias específicas como a eritropoietina sintética, se novamente for positivo, o atleta sofrerá as penalidades previstas na lei.

3 Métodos de Dopagem

Os atletas estão buscando novas alternativas para melhorar seu desempenho, seja aumentando a massa muscular, a resistência ou a sua velocidade. Para isso muitos optam pela utilização de diferentes técnicas e métodos de dopagem, entre eles encontram-se o Doping Genético, a Manipulação Física e Química e a Manipulação de Sangue. Para combater não apenas as substâncias, mas sim os métodos a Agência Mundial Antidopagem (AMA) lança no dia primeiro de janeiro de cada ano uma nova lista com os métodos e as substâncias proibidas.

3.1 Doping Genético

Segundo Bairros *et al.* (2011) é caracterizado como o uso de células ou qualquer elemento genético de forma a aumentar o desempenho individual do atleta. Ainda pode ser caracterizado como o uso não terapêutico de genes e células ou até mesmo a alteração da informação gênica e sua expressão que possibilitam o aumento do desempenho esportivo (WADA, 2004).

O doping genético surgiu a partir da terapia gênica que é utilizada na medicina para suprir determinadas células ou genes em pacientes com alguma patologia, isto chamou a atenção de cientistas, atletas e técnicos e em 2003 foi considerado um método proibido pelo COI (ARTIOLI *et al.*, 2007).

Segundo a ABCD (2016) os métodos de dopagem genética que são proibidos incluem a transferência de polímeros de ácidos nucleicos ou seus análogos e a utilização de células normais ou geneticamente modificadas, que possam, de alguma maneira aumentar o desempenho do atleta. Os principais genes candidatos a auxiliares ergogênicos são a eritropoietina que aumenta a capacidade de transporte de O²; GH um hormônio que aumenta a síntese proteica da musculatura esquelética e hipertrofia muscular, e a leptina um hormônio que leva a perda de peso (ARTIOLI, 2007).

Os métodos atuais de detecção de substâncias proibidas no organismo do atleta não é capaz de detectar o doping genético, sendo este então “considerado como virtualmente indetectável” (BAIRROS *et al.*, 2011, p.1055). Assim, muitas pesquisas necessitam ser realizadas para a realização de novas estratégias eficazes na detecção do doping genético (ARTIOLI *et al.*, 2007).

3.2 Manipulação Física e Química

A manipulação física e química baseia-se na alteração de amostras obtidas para o exame antidoping. Normalmente, quando este método é utilizado ocorre a adição de compostos na urina do atleta, ou ainda injeções com substâncias que possam mascarar, e assim, mexer na integridade da amostra.

Segundo a Autoridade Brasileira no Controle de Dopagem (2011), há dois tipos de manipulação física e química que são proibidos. O primeiro é a manipulação da amostra de

urina, ou até mesmo a tentativa de manipulação que acarretará na integridade e na validade da amostra. Outro método proibido seria injeções intravenosas maiores que 50ml e em um período de 6 horas antes da realização do exame, com exceção das aplicadas em operações cirúrgicas ou hospitalares.

3.3 Manipulação de Sangue

É considerado proibido qualquer reintrodução e alteração no sistema circulatório de produtos do sangue autólogo, ou seja, do próprio atleta, homólogo, parentes ou pessoas próximas ou heterólogo, pessoas desconhecidas ou outros atletas (ABCD, 2016).

O aumento artificial de captação ou transporte de oxigênio pelos vasos sanguíneos também são considerados práticas ilícitas, assim como a manipulação intravascular, sendo ela de forma física ou química.

4 Substâncias Proibidas

As substâncias proibidas pelo COI estão separadas em dois grandes grupos com ramificações. No primeiro grupo encontram-se as substâncias proibidas em competição e fora de competição, sendo inseridos os agentes anabólicos e outros auxiliares. O segundo grupo seriam as proibidas apenas em competições e em esportes específicos como os estimulantes e o álcool (ABCD, 2016).

Tem-se o conhecimento de várias substâncias com possíveis funções ergogênicas no organismo, desde as conhecidas e utilizadas diariamente, como o café, até outras drogas como as anfetaminas. Muitas substâncias atuam de maneira semelhante, estimulando o sistema nervoso central, aumentando a atenção, diminuindo a sensação de fadiga ou aumentando os músculos e a massa magra no organismo do atleta.

O registro do uso dessas drogas iniciaram a muito tempo, tendo algumas, como a anfetamina, sendo criadas durante guerras e ali tendo seu primeiro uso para melhoramento atlético para os soldados. Assim, não muito tempo depois, atletas e treinadores começaram a ir em busca de tais substâncias, colocando em risco sua saúde em busca de uma medalha de ouro. Segundo pesquisas (COSTILL; WILLMORE, 2001) muitos atletas aceitariam colocar sua vida em risco se em troca ganhassem a tão sonhada medalha dourada.

Assim como os efeitos no melhoramento do atleta, muitos riscos e consequências se devem ao uso frequente dessas substâncias, ou até mesmo da mistura de várias. Podem-se decorrer desta má utilização, desde dores de cabeça, tremores, insônia, problemas psicológicos, dependência ou casos mais graves, como câncer, deformações, acidentes vasculares cerebrais (AVC), desidratação causada pela perda de líquidos e do próprio plasma sanguíneo, até a morte. Por isso, deve-se ter uma maior atenção e conhecimento de tais substâncias e seus efeitos.

5 Efeito Placebo e Suplementos Alimentares

Define-se efeito placebo como sendo um fenômeno onde as expectativas determinam as respostas do seu organismo (COSTILL; WILLMORE, 2001). Normalmente são utilizados em pesquisas para verificação de efeitos de certas substâncias, onde um grupo utiliza a substância e o outro o placebo (água), mas sem saber, e assim notifica-se a diferença do começo da pesquisa e do final.

Há vários suplementos alimentares, mas também se pode aprimorar o físico e o desempenho sem por em risco a carreira e a saúde, por meio de uma alimentação balanceada com auxílio de um nutricionista. Os alimentos possuem os nutrientes necessários para o bom funcionamento do organismo tanto do atleta, quando de não atletas, por isso é sempre aconselhável o acompanhamento nutricional para a melhora do desempenho.

6 Aspectos Jurídicos do Doping

O homem sempre esteve disposto a ultrapassar os seus limites, a querer chegar ao seu máximo, e isso não é diferente no esporte. Todos os atletas têm como objetivo alcançar a glória seja com a 1ª colocação e com a medalha de ouro no peito ou a quebra de records próprios ou até mesmo históricos. Entretanto, não são todos que possuem condições naturais de atingir este ponto e acabam sendo alvos da utilização de substâncias dopantes, o famoso Doping.

Leonardo Schmitt de Bem (2014, pág. 26), apresenta uma breve definição do que a utilização do doping representa para os atletas, que seria que “o doping representa uma limiar muito tênue entre o êxito e o fracasso, entre a glória e a indiferença, entre um contrato com cifras astronômicas e a aposentadoria prematura”.

Essa definição foi muito bem colocada, pois ela representa claramente a utilização das substâncias dopantes. Com o uso delas, o atleta pode atingir o nirvana no esporte, alcançar o tão disputado contrato multimilionário que ele necessita.

Entretanto, se por algum acaso mesmo com o uso de doping, o atleta perca a disputa da prova ou do jogo, ou até mesmo pior, se por um azar do destino, o atleta vença a prova, mas acabe sendo pego no teste antidoping, ele terá ocasionado a sua própria ruína no esporte, sofrerá as devidas punições cabíveis, será lembrado para sempre como usuário de doping, e o pior, com a utilização das “drogas” poderá até mesmo ter severos problemas em sua saúde ocasionada pelo uso das substâncias.

Com isso, o doping realmente representa uma linha muito clara entre o apogeu e a queda, e mais especificamente, um limite entre o céu e o inferno no esporte.

Mas o que seria doping? O questionamento permanece no ar, pois formalmente falando, a resposta clara seria: “Uma infração a qualquer regra antidoping ou a qualquer norma, que estabelece que seja proibida a utilização de determinada substância ou método”. Porém, essa seria uma resposta baseada apenas no cumprimento das regras, e não baseado na matéria do Doping, do que o doping realmente é feito.

Esta definição formal de doping está presente no Código Mundial Antidopagem elaborado pela Agência Mundial Antidoping (AMA) e inclusive serviu de base para muitos países que, possuem em seus ordenamentos jurídicos, em especial o Código Penal, normas contrárias à prática de doping.

Porém a primeira definição material sobre doping, que fazia referência sobre a conduta expressa no doping, foi aprovada pelo Comitê de Educação Extra Escolar do Conselho Europeu de 1963 e foi oficialmente reconhecida por mais de vinte anos, e ela definia doping da seguinte maneira: “À administração a uma pessoa sã ou a utilização por ela mesma de substâncias estranhas ao organismo ou de substâncias fisiológicas em quantidades ou por vias anormais com o fim de conseguir um aumento artificial do rendimento desta pessoa ao participar de uma competição. Ademais, incluíam-se na prática do doping determinados procedimentos destinados a potenciar a forma física de um esportista.”.

7 Legislação Brasileira sobre Doping

Desde o início do século XXI, mais precisamente após as Olimpíadas de Sidney em 2000, muitos casos de doping ocorreram ou vieram à tona, e a cada ano que passa, o número de atletas pegos com o uso de doping aumenta exponencialmente.

Mas, o que acontece com estes atletas? São punidos? Suspensos? Presos?

Muitos Estados possuem legislações a respeito do tema, e muitas dessas normas envolvem a questão penal do tema. Além disso, a maioria destes países são signatários da Convenção Internacional contra o Doping no Esporte assinado em 2005 em uma conferência geral da UNESCO em Paris.

O Brasil foi um dos países signatários do tratado, entretanto o acordo apenas foi promulgado como lei três anos após a convenção, sendo declarada como o Decreto 6.653/2008.

Neste acordo, as obrigações a serem seguidas se baseiam no Código Mundial Antidopagem elaborado pela WADA. Ademais, caso os países seguissem rigorosamente as exigências estabelecidas pelo código, isso se tornava critério principal para que o país recebesse eventos internacionais (Olimpíadas e Campeonatos Mundiais) em seu território.

Apesar disso, a primeira lei pensada para punir a prática do Doping no Brasil foi o artigo 184 do Código Penal de 1969, entretanto o artigo não chegou a entrar em vigor. Nele era

estabelecido que fosse proibido o uso de substância excitante ou deprimente para que fosse fraudado jogo desportivo ou competição de animais com o fim de obter vantagens econômicas.

Seguindo a ideia de José Antônio da Silva Júnior (2012, pág. 164) no artigo mencionado havia duas ideias elaboradas. A primeira ideia envolvia que o doping não ocorre em seres humanos, mas também em animais, já que naquela época era muito popular a corrida de cavalos nos Jockeys pelo Brasil. A segunda é que desde aquela época, a discussão sobre o doping no Brasil não é algo tão recente assim.

Atualmente, as legislações mais próximas do combate ao doping existente no Brasil, são o Estatuto do Torcedor, onde o doping pode ser relacionado a fraude e pode caracterizar pena de dois a seis anos mais pena de multa. Além dele há também normas contrárias ao uso do doping prevista no Código Brasileiro de Justiça Desportiva, no Código Mundial Antidopagem (correlacionado as normas brasileiras), além dos diversos acordos internacionais que são respeitados pelo país.

No âmbito penal, a norma relacionada ao doping seria a Lei 11.343/2006, que estabelece a luta contra as drogas no país, e conseqüentemente regula a utilização das drogas pelos membros da sociedade, incluindo nisso os atletas.

Deste modo, fica claro que a utilização do doping acaba acarretando em uma possível punição para o atleta, sendo deste modo a mesma adequada de acordo com a substância ou método utilizado. Levando a crer assim, que de acordo com os últimos anos e possivelmente no futuro, a luta contra o doping acaba ganhando os mesmos moldes da tão conhecida luta contra as drogas, com a criação de normas mais rígidas e severas a cada caso conhecido, incluindo a banição do atleta do esporte.

8 Considerações finais

O mundo desportivo é um universo totalmente diferente, e a cada século é renovado, com novas leis, regras, normas e práticas físicas. Para se atingir o apogeu neste universo, muitos dos envolvidos utilizam de substâncias, métodos ou outros caminhos mais “fáceis” para se conquistar a tão cobiçada medalha dourada e toda a fama que a mesma trás.

A cada ano o doping está mais em evidência, devido aos casos muitas vezes exorbitantes divulgados, como o mais recente da equipe russa, onde grande parte dos atletas foram banidos dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio 2016 pelo uso de doping após denúncias de ex-atletas russos (ESPORTE, 2016).

E ainda, a utilização das substâncias confere aos usuários a capacidade de atingir recordes espantosos, anteriormente jamais imagináveis, entretanto, exponencialmente, os

números de fatalidades causadas por AVC's, diversos tipos de câncer, problemas renais ou até mesmo a desidratação seriam alarmantes.

Assim, a questão atual está relacionada a legalização ou não desta prática. Sabe-se de uma infinidade de substâncias que causam efeitos ergogênicos no organismo e muitas delas estão presentes no dia-a-dia de muitas pessoas no mundo, como a cafeína, e outras que podem ser encontradas em remédios necessários para certas doenças, como a asma.

Seria certo então, punir um atleta por ter sido encontrado uma substância proibida em um medicamento comum de uso popular, ou por esta substância ser encontrada em um alimento típico do dia-a-dia? E ainda, punir um atleta, por ele ter feito consumo de qualquer substância em seu lar, sem ter relacionamento algum com qualquer competição, e ainda deste modo, invadindo a vida particular do atleta, "controlando" o que ele deve ou não consumir, privando o mesmo de sua liberdade e possibilidade de lazer, diversão, ou qualquer outro sentimento que determinada substância possa trazer.

Ou ainda, seria justo garantir que não houvesse regulamentações específicas, e deste modo, o esporte tornaria-se um local sem regras e leis, onde qualquer pessoa poderia fazer uso de artifícios que aumentassem sua capacidade física, psicológica ou mental?

Estas são algumas das questões que necessitam de estudos e respostas para uma conclusão precisa da legalização do doping, entretanto, a realidade atual sobre Doping, é que a utilização de métodos ou substâncias para o melhoramento físico ou do desempenho atlético favorece quem a utiliza no momento e desfavorece quem cumpriu as regras do jogo e ainda, conseqüentemente, acaba por trazer, anos após o uso, os devidos frutos ao utilizador da substância, como dependência, doenças, e até mesmo a morte.

Referências

ABCD, Autoridade Brasileira de Controle de Dopagem. *A Lista Proibida de 2016*: Código mundial antidopagem. Disponível em: <http://www.abcd.gov.br/arquivos/lista2016.pdf>> Acesso em: 7 set 2016.

ALMEIDA, P. H. F de. *Fisiologia do Exercício Essencial*. Joinville: Areia, 2015.

ARTIOLI, G. G.; HIRATA, R. D. C.; JUNIOR, A. H. L. Terapia gênica, doping genético e esporte: fundamentação e implicações para o futuro. *Revista Brasileira de Medicina Esportiva*, São Paulo, v. 13, n. 15, p. 349 - 354, set/out 2007.

BAIROS, A. V.; PREVEDELLO, A. A; MORAES, L. L. S. Doping genético e possíveis metodologias de detecção. *Revista Brasileira de Ciência do Esporte*, Florianópolis, v. 33, n. 4, p. 1055 - 1069, out/dez. 2011.

BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito Desportivo e conexões com o direito penal*. Curitiba: Juruá. 2014.

COSTILL, D. L.; WILMORE, J. H. *Fisiologia do Esporte e do Exercício*. 2 ed. São Paulo: Manoela Ltda, 2004.

ESPORTE, G. WADA Liga *Governo ao Doping Russo e Recomenda Banimento da Rio 2016*. Disponível em: <http://globoesporte.globo.com/olimpiadas/noticia/2016/07/wada-confirma-esquema-de-doping-supervisionado-por-ministro-em-sochi.html>> Acesso em: 30 out 2016.

JÚNIOR, José Antônio da Silva. Do Tratamento Jurídico-Penal do Doping pelo Uso de Drogas Sociais. *Revista Brasileira de Direito Desportivo*. São Paulo. Vol. 22. Pág 159-178. ju.-dez., 2012.

NETO, F. R. A. O papel do atleta na sociedade e o controle de dopagem no esporte. *Revista Brasileira de Medicina Esportiva*, v. 7, n. 4, p. 138 - 148, jul-ago., 2001.

**Direitos sociais em análise: a problemática da flexibilização da jornada de trabalho no
Brasil**

Andressa Karoline da Silva¹
Guilherme Afonso Achilles Fischer²
Luana de Carvalho Silva Gusso³

Resumo: O presente trabalho visa analisar como se desenvolveu o direito do trabalho no Brasil, em especial com foco na sua concepção de direito social, bem como, as possibilidades da flexibilização da jornada de trabalho e suas tentativas, com o início de um novo governo que assume o poder, após uma histórica crise política no país, procurando estabelecer os interesses que se encontram por trás de tais intenções, bem como o impacto e as problemáticas que tal mudança poderia proporcionar nas conquistas do direito do trabalho, em seu âmbito social, e por fim, quais seriam as consequências para os trabalhadores brasileiros.

Palavras chave: *Direitos sociais. Direitos fundamentais. Flexibilização. Crise. Política.*

1 O histórico do direito social do trabalho no Brasil

Historicamente, o surgimento do direito do trabalho no Brasil, somente pode ser observado após a edição da Lei Áurea. Embora não seja uma legislação com conteúdo trabalhista, a partir da promulgação desta lei, permitiu-se a origem no país de um corpo de trabalhadores com relação empregatícia, uma vez, o qual era quase inexistente anteriormente por causa do regime escravocrata, até então vigente, incompatível com a visão de uma legislação trabalhista.

Com o decorrer do tempo, com o fim do regime escravocrata, e com a evolução da sociedade, as relações de trabalho passaram a ser cada vez mais frequentes, e a gritante desigualdade em tais relações fez com que a existência dos direitos sociais fosse de extrema necessidade, frente às massacrantes condições de vida impostas a esses trabalhadores.

Antes de abordar o histórico do direito do trabalho no Brasil, há que se falar na construção do conceito dos direitos fundamentais.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, aborda inicialmente em seu preâmbulo¹⁵⁶ os rumos que direcionam a mesma, assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais. Em seu artigo primeiro, ela discorre:

Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
IV - Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

O conceito de direito fundamental foi criado com base na tentativa de impedir que o Estado interferisse além dos parâmetros considerados razoáveis, na vida dos indivíduos, bem

¹⁵⁶ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

como para que em relação a outros direitos que necessitassem de sua interferência para a devida efetivação, ele não atuasse de forma omissa.

Vale ressaltar que esta concepção não contempla todas as teorias que tentam conceituar os direitos fundamentais. Para o jusnaturalismo¹⁵⁷, direitos fundamentais existirão mesmo que o Estado não os crie, pois estariam ligados ao desenvolvimento social, e não a uma mera atividade positivista por parte do Estado.

Neste sentido descreve o professor Marcos Sampaio (2013, p. 34), Mestre em Direito Público pela

UFBA:

Para o pensamento jusnaturalista, os direitos fundamentais existem independentemente da chancela do Estado, que tem a obrigação de positivá-los, reconhecendo formalmente o que já existe, porque, ainda quando não positivados, existem e vinculam, já que não dependem de reconhecimento estatal. Os partidários do jusnaturalismo entendem que os direitos existem *in natura*, antecedendo qualquer disciplina positiva e independente dessa chancela, resumindo-se a Constituição a reconhecer e não a criá-los. Logo, essa perspectiva não é prescritiva, mas descritiva ou recognitiva dos direitos preexistentes.⁶

Considerando a forma jusnaturalista de enxergar os direitos fundamentais, e relacionando-o com o trabalho, podemos concluir que independentemente de uma atividade estatal, positiva, que vise a regulamentação de atividades laborais, o homem, enquanto sujeito, estaria desenvolvendo-as, seja com objetivos laborais, moeda de troca ou até mesmo por fins profissionais. Sendo assim, é com essa premissa que trabalharemos.

O direito do trabalho como um direito natural do homem em sociedade, e portanto, com base na não omissão do Estado na função em proteger e garantir que todos tenham acesso a uma condição digna para o exercício desse direito, deve ser encarado como uma realidade social que sob análise crítica, precisa ser observada com cuidado para evitar a ausência de equidade frente as relações de trabalho e emprego, bem como auxiliar no crescimento econômico e desenvolvimento social e tecnológico.

2 A jornada de trabalho no Brasil

Com o início da revolução industrial, a saída do homem do campo para as empresas se fez necessária e obrigatória para sua sobrevivência, haja vista a invenção das máquinas e diversas tecnologias que auxiliavam os meios de produção, e colocavam um fim na produção manufaturada. Esse processo de industrialização além de destruir a função que o homem tinha até o momento, na fabricação de seus produtos, uma vez que estava sendo substituído

¹⁵⁷ Jusnaturalismo. S. m. Filos. Característica do *direito natural*. Cognato: *jusnaturalista* (adj. e s. 2 g.), que se relaciona a esse direito; quem é seu sectário.

por máquinas, oferecia aos trabalhadores péssimas condições de trabalho, causando diversos acidentes, expondo crianças a trabalhos penosos, com cargas horárias extremamente altas, e remuneração baixa e desvalorizada. Inicia-se então um movimento de busca de direito para os trabalhadores, para que tais situações fossem adequadas a condições mínimas de sobrevivência e qualidade de vida.

Essa onda de direitos trabalhistas iniciada por meados do século XIX esclarece muito dos princípios que verificamos no direito trabalhista brasileiro, no que tange à saúde e proteção do empregado. Existem diversos princípios que norteiam o direito do trabalho, tanto constitucionais, que seguem hierarquicamente soberanos, frente as relações individuais e coletivas, quanto abordados pelo próprio direito do trabalho, para regular esse ramo do direito.

Em relação a legislação trabalhista, nota-se que há uma preocupação com a saúde do trabalhador, e suas condições de trabalho. Verifica-se na CLT, bem como na legislação esparsa, a existência de diversas regras à serem cumpridas por parte dos empregadores para que o exercício do labor não seja prejudicial a ponto de deixar marcas graves em sua vida, evitando o desenvolvimento de patologias relacionadas a tais atividades.

Um dos princípios mais importantes, atualmente, no direito do trabalho é o princípio da proteção. Este transmite a tentativa de colocar o trabalhador em nível equiparado ao seu empregador, para que todos os direitos e garantias que a CRFB/88, a CLT e a legislação esparsa não sejam violados, mas sim garantidos durante a relação de emprego, bem como nos reflexos que ela possa causar.

Em relação a jornada de trabalho, muito discute-se no que tange à sua duração. Atualmente a jornada de trabalho semanal, adotada pelo sistema trabalhista brasileiro é de 44 horas, com um limite de 8 horas por dia, verificada a legalidade das exceções. Aborda-se aqui a saúde do trabalhador, uma vez que para que este tenha condições mínimas de ter uma vida saudável, necessitaria de tempo para viver a sua vida, sendo assim, passa-la dentro de uma fábrica durante períodos excedentes a essa média de limite poderia ser tão prejudicial a ponto.

3 Origem e conceito de flexibilização trabalhista

O movimento de flexibilização das leis trabalhista, surge na década de oitenta, na Europa Ocidental, na qualidade de uma estratégia para minimizar as repercussões decorrentes da crise econômica promovida pela interrupção da produção do petróleo Iraniano, em 1979, conhecida como “choque do Petróleo”, a qual ameaçava provocar desemprego em larga escala nos arredores do mundo.

Na opinião de Robortella (*apud* CUNHA e GUERRA, 2010, p. 300), a flexibilização trabalhista é: “o instrumento de política social caracterizado pela adaptação constante das

normas jurídicas à realidade econômica, social e institucional”, enquanto que o eminente doutrinador Feliciano (2013, p. 135) define como:

[...] a diretriz política segundo a qual os imperativos econômicos podem justificar a postergação ou atenuação de direitos sociais *stricto sensu* (direitos trabalhistas) como meio necessário para propiciar o desenvolvimento econômico, condição *sine qua non* para a melhoria social das condições de vida dos assalariados e de seus dependentes.

De outra forma, a proposta de flexibilização é considerada uma solução alternativa para assegurar a manutenção dos empregos dos trabalhadores em épocas de crise econômica, nesse sentido é o ensinamento de Feliciano (2013, p. 135) “o garantismo laboral clássico haveria de ceder à lógica do economicamente possível, para o bem da preservação dos empregos”.

Não obstante, defendem que ao torna menos rígido os direitos trabalhistas, viabilizaria ao empregado um melhor ajuste das suas condições de trabalho, ao invés de adotar uma regulamentação genérica a todos os trabalhadores. (CUNHA e GUERRA, 2010).

Todavia, observaram-se efeitos negativos em países que adotaram uma legislação trabalhista flexível, os quais foram o aumento exponencial da estipulação de contratos de trabalho temporários, bem como a redução das garantias sociais, assertiva corroborada pela lição de Feliciano (2013) sobre os reflexos da implementação do instituto:

Reconheceu-se, de outra banda, que os efeitos da flexissegurança até 2006 resumiam-se praticamente a um boom espantoso nos contratos de trabalho temporário ou por tempo parcial, com *déficit* de garantias sociais e, por vezes, reflexos pífios na macroeconomia (casos de Portugal e França, p. ex.)

Deste modo, a flexibilização trabalhista apresenta-se como uma incógnita, revelando-se por ora uma ferramenta que propicia a minoração dos níveis de desemprego, uma melhor adaptabilidade dos termos do contrato de emprego, bem como a capacidade de reverter as consequências do cenário de instabilidade econômica. Entretanto, mostra-se também um instrumento de abuso e exploração do trabalhador, vulnerável ao livre mercado, que não respeita a dignidade humana do empregado.

4 Projeto de Reforma Trabalhista no Brasil

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados o projeto de lei n. 4.962/2016, que trata da flexibilização da jornada de trabalho e do salário mediante acordo coletivo de trabalho, reproduzida abaixo a redação na íntegra da proposta de lei supramencionada:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O artigo 618 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 618 – As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de medicina e segurança do trabalho.

1º - No caso de flexibilização de norma legal relativa a salário e jornada de trabalho, autorizada pelos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Constituição Federal, a convenção e acordo coletivo de trabalho firmado deverá explicitar a vantagem compensatória concedida em relação a cada cláusula redutora de direito legalmente assegurado.

2º - A flexibilização de que cogita o parágrafo anterior limita-se à redução temporária de direito legalmente assegurado, especialmente em período de dificuldade econômica e financeira pelo qual passe o setor ou a empresa, não sendo admitida a supressão do direito previsto em norma legal.

3º - Não são passíveis de alteração por convenção ou acordo coletivo de trabalho normas processuais ou que disponham sobre direito de terceiro.

4º - Em caso de procedência de ação anulatória de cláusula de acordo ou convenção coletiva que tenha disposto sobre normas de medicina e segurança do trabalho, processuais ou de direito de terceiros, deverá ser anulada igualmente a cláusula da vantagem compensatória, com devolução do indébito.”

Art. 2º. Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

Em sede de análise das justificativas do projeto, depreende-se que a lei tem o fito de aprimorar os parâmetros da negociação coletiva, objetivando vedar o excesso de intervencionismo estatal nos instrumentos de acordo ou convenção coletiva, e prestigiar a autonomia da vontade dos trabalhadores representados pelas entidades sindicais, em conformidade com o disposto nas convenções 98 e 154 da OIT, as quais o Brasil é signatário, e no próprio texto constitucional no art. 7, incisos VI, XIII, XIV, XXVI.

Desta feita, é visível a intenção de inserir uma maior voluntariedade e vontade das partes sob o contrato de trabalho. O projeto afirma que tal circunstância será utilizada na ocasião do setor ou empresa estarem sofrendo com a crise financeira, ou seja, prevenindo que ela venha a falir e protegendo assim, os empregos de seus funcionários.

Em síntese, a justificativa do projeto é promover a segurança jurídica dos contratos firmados entre empregadores e sindicatos, bem como delimitar as matérias suscetíveis de transação pelo diploma constitucional e legal, assim como estabelecer os direitos não negociáveis por expressa disposição legal ou incompatibilidade constitucional.

Por outro lado, sabemos que existem diversas formas de negociações coletivas que são permitidas, observando a legislação pertinente, e que visam auxiliar o empregador em momentos de instabilidade econômica. Vemos empresas concedendo férias coletivas e diminuindo o intervalo (com a autorização prévia). Portanto, devemos nos questionar: seria essa uma mudança temporária que visa recuperar a economia brasileira, e auxiliar o empregado e o empregador, ou seria uma possibilidade reformar aquilo que com muita luta foi conquistado, para beneficiar uma classe pequena de grande poder aquisitivo?

Há resistência dos Sindicatos profissionais contra a aprovação do projeto de lei, uma vez que os mesmos entendem que a iniciativa de lei é um retrocesso social, utilizando-se da crise econômica como subterfúgio para suprimir direitos trabalhistas conquistados ao longo

das décadas. Posição refletida no discurso de Graça Costa proferido na audiência pública realizada no dia 5 de julho de 2016¹⁵⁸, com os seguintes dizeres:

O negociado sobre o legislado é oportunidade que os empresários vão ter para sair do processo de crise? Não. Não é. Quem vai sair perdendo e quem vai pagar o pato são os trabalhadores e as trabalhadoras. Você pega o trabalhador fragilizado numa crise dessa em que estamos e vai propor uma redução da jornada, uma redução de salário, uma redução de seus direitos.

Nesse sentido, denota-se a enorme controvérsia que cerca a PL 4.962/16, expressado pela insatisfação dos representantes sindicais com uma sinalização governamental da redução da proteção dos empregados, e o desejo dos empregadores pela segurança jurídica dos acordos e convenções coletivas, bem como das vantagens econômicas que tal aprovação resultará aos empresários.

225

5 Considerações finais

Introduzir e pautar o debate sobre as mudanças sociais é de uma importância gigante, uma vez que todo ser, queira ou não, é um ser político pelo mero fato de estar em sociedade.

Sabemos que flexibilizar a legislação trabalhista não é estranho ao ouvidos em momentos de crise. Contudo, como aqui discutido, é imprescindível a participação da população na decisão que recairá sobre suas cabeças, e sobretudo saber quais interesses estão por tal de uma mudança tão crítica e proporções tão grande pode ser muito perigosa, principalmente porque acabamos de viver um triste momento para a jovem democracia brasileira.

Existem polos em todos os âmbitos, e por mais que tenhamos um Estado de direito, soberano, e que em tese (ao menos positivada), visa a proteção e garantia de condições digna, justa e equalitária, sabemos que a realidade diverge muito da teoria, a ponto de não conseguirmos garantir o mais básico, como saúde e educação, por exemplo.

Diante de tudo, abre-se novamente a discussão do papel do Estado nas relações privadas, sobretudo a definição dos limites da atuação estatal em face da autonomia da vontade. O problema é agravado pela questão social que envolve os direitos trabalhista, e o caráter de vulnerabilidade do trabalhador. Deve se considerar durante a construção de tal debate a realidade da população brasileira, e o quão impactante seria para essas pessoas que forram o chão das fábricas brasileiras.

¹⁵⁸ <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/511880-FLEXIBILIZACAO-DAS-LEIS-TRABALHISTAS-EM-FAVOR-DE-ACORDOS-EXTRAJUDICIAIS-NAO-TEM-CONSENSO.html>

Desta forma, o Estado deve atuar em observância aos mandamentos constitucionais, independentemente da situação política ou econômica do país, entretanto não pode se esquecer da realidade social da população, a fim de que não torne a constituição uma letra morta, sem força normativa para concretizar o conteúdo das suas declarações.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em Acesso em: 12 out. 2016.

CUNHA, Piazza Merique, GUERRA, Roberta Freitas. Desemprego, flexibilização e o direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo-SP, v. 36, p. 289, jan-mar., 2010.

DICIONÁRIO JURÍDICO: Academia Brasileira de Letras Jurídicas / Organização J. M. Othon Sidou ...[et.al]. 11. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FLEXIBILIZACAO-DAS-LEIS-TRABALHISTAS-EM-FAVOR-DE-ACORDOS-EXTRAJUDICIAIS-NAO-TEM-CONSENSO.html>. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br>>. Acesso em: 27 out. 2016.

Disponível em: <<http://www.sohistoria.com.br/resumos/revolucaoindustrial.php>>. Acesso em Acesso em: 27 out. 2016.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso Crítico de Direito do Trabalho*: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

Análise do Sistema Municipal de Proteção ao Meio Ambiente aplicado pela Secretaria do Meio Ambiente em Joinville

Ana Carolina Paterno¹⁵⁹
Jaidette Farias Klug¹⁶⁰

Resumo: A presente pesquisa está direcionada a uma análise do Sistema de Proteção ao Meio Ambiente aplicado pela Secretaria do Meio Ambiente em Joinville/SC, através do estudo da legislação e da realização de pesquisa bibliográfica. Assim, será demonstrado como é desenvolvido e aplicado o processo de prevenção, penalização e reparação em matéria ambiental, demonstrando a problemática do sistema e os aspectos que devem ser melhorados e/ou modificados para elevar a eficiência desse. A partir dos pesquisas e do estudo realizado, conclui-se que o sistema atualmente aplicado pela Secretaria do Meio Ambiente tem sua eficiência reduzida devido aos problemas apresentados no desenvolvimento desse trabalho, não atendendo as necessidades de uma cidade do porte de Joinville. Assim, dentre as diversas propostas para melhoria do sistema, destacam-se: a regulamentação da Lei Complementar nº 29/1996, até que seja realizada a sua reforma ou a edição de uma nova lei; a expansão das atividades relacionadas à educação ambiental e à conscientização da população e das empresas que atuam no município; a reestruturação das equipes de licenciamento e fiscalização ambiental; a implantação de uma Procuradoria especializada em matéria ambiental, com a estruturação de uma equipe de apoio; a modificação e regulamentação do Processo Administrativo Ambiental. Com a aplicação das propostas apresentadas será possível elevar a eficiência do Sistema de Proteção ao Meio Ambiente em Joinville, buscando o desenvolvimento de uma cultura popular voltada para a proteção e preservação ambiental, a fim de garantir a todos o direito à um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

227

Palavras-chave: *Direito ambiental. Dano ambiental. Sistema de Proteção ao Meio Ambiente em Joinville.*

1 Introdução

O objeto deste artigo é o estudo do Sistema de Proteção ao Meio Ambiente aplicado no município de Joinville, Estado de Santa Catarina, através do estudo da legislação aplicável, bem como, do processo administrativo adotado frente às infrações ambientais e sua reparação.

Considera-se de fundamental importância conhecer o processo atualmente aplicado pela Administração Pública em Joinville e fazer considerações acerca da sistemática do procedimento e sua aplicabilidade frente a prática de infração ambiental.

O estudo do tema é de grande relevância para verificar se a garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, prevista na Constituição da República Federativa do Brasil, está sendo assegurada pela Administração Pública Municipal.

Nesse sentido, é fundamental a conscientização da população sobre a relevância do tema para o aumento da qualidade de vida de todos. A esfera Municipal possui um papel importante dentro desse cenário, visto que está mais próxima do problema e da população,

¹⁵⁹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

¹⁶⁰ Orientadora, professora do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

podendo atuar mais efetivamente na proteção do meio ambiente e na conscientização da comunidade.

A baixa divulgação dos programas e projetos de educação ambiental contribui para a redução da eficiência das normas e ações de proteção ao meio ambiente, pois a minoria dos cidadãos as conhecem.

Outro problema é a falta de preparo dos agentes que atuam no Sistema de Proteção ao Meio Ambiente em Joinville, principalmente quanto ao meio de transmitir informação ao cidadão comum, que muitas vezes recebe uma sanção, mas não é capaz de compreender os fundamentos dela. Se não bastasse, ainda há o problema da demora do processamento destas sanções e toda a problemática que vem junto com a morosidade do sistema, como, por exemplo, a ineficácia na reparação do dano causado, a possibilidade de prescrição e a cobrança arbitrária de multas sem o devido processo legal, visto que alguns formalismos necessários são deixados de lado.

É notória a necessidade de um estudo do tema, frente às adversidades encontradas atualmente na proteção ao meio ambiente em Joinville, pois somente com a análise do atual processo de educação, fiscalização e punição é que será possível o desenvolvimento de um plano para que o Sistema Municipal de Proteção ao meio Ambiente funcione de forma mais efetiva.

Com o conhecimento do sistema atual, podem-se verificar quais são as necessidades para que o aparato sancionador do município de Joinville não só tenha possibilidade de atender, através da fiscalização ambiental, um número maior de ocorrências, mas também que, através de projetos de educação ambiental, a população seja conscientizada da importância da preservação do meio ambiente e seus recursos, a fim de que, assim, diminuam-se o número de ocorrências por violação da legislação municipal.

Conforme a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 225, caput, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental de todos, mas o dever de preservar e de defendê-lo é imposto ao Poder Público e à coletividade¹⁶¹. Entretanto, a proteção e defesa do meio ambiente, como direito difuso, é uma categoria recente de direito e muitas vezes o cidadão comum não se vê como detentor desses interesses, permanecendo com o entendimento de que esses devem ser defendidos e exercidos por outros entes.

Venturosamente, as escolas, o Estado e outras organizações vêm desenvolvendo projetos de conscientização da população, pois se faz necessário o desenvolvimento de um pensamento e uma cultura popular que compreenda o meio ambiente como um direito de todos, que deve ser defendido e preservado por todos os cidadãos.

Assim sendo, considera-se esse estudo importante social, cultural, política e

¹⁶¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

economicamente, pois a influência sobre a coletividade, e conseqüentemente, sobre a população e as políticas econômicas são notórias, ainda mais, quando se busca o meio ambiente sustentável.

Esta análise possui grande relevância jurídica, pois ao se conhecer a Legislação aplicável se pode verificar suas inconsistências e sugerir modificações para o aumento da eficiência de todo o Sistema de Proteção ao Meio Ambiente em Joinville.

2 Análise do caput do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

229

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata do meio ambiente de forma esparsa dentro de seu texto, embora tenha dedicado um capítulo somente ao tema (Capítulo VI – DO MEIO AMBIENTE) este conta com apenas o artigo 225.

Apesar da pouca produção legislativa dentro do capítulo próprio, o *caput* do artigo 225 estabelece as diretrizes necessárias à aplicação do Direito Ambiental, estabelecendo direitos e deveres não só ao Estado, mas também a toda a população. Dispõe o referido artigo:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A utilização do pronome indefinido “todos” torna a norma mais abrangente, evitando que se exclua qualquer indivíduo, conforme Machado o direito ao meio ambiente é transindividual, pertencente a uma coletividade indeterminada e, por isso, entra na categoria dos interesses difusos¹⁶².

Benjamin explica que a expressão “meio ambiente ecologicamente equilibrado” é utilizada pela Constituição no sentido de ser um sistema dinâmico, devendo ser assegurado a conservação do equilíbrio, a fim de que a natureza siga seu próprio curso¹⁶³.

De forma geral, a doutrina reconhece o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como *direito fundamental* e, segundo Derani este é “resultado de fatores sociais que permitiram e até mesmo impuseram a sua cristalização sob forma jurídica, explicitando a sua relevância para o desenvolvimento das relações sociais”¹⁶⁴.

¹⁶² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, p. 151.

¹⁶³ BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim G.; LEITE, José Rubens M. (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*, p. 128-129.

¹⁶⁴ DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (org.). *Temas de direito ambiental e urbanístico*, p. 115.

Como consequência da elevação para um *status* de direito fundamental, descreve Benjamin, que se tem a aplicação imediata da norma independente de lei regulamentadora e vincula todas as entidades públicas e privadas, sendo irrenunciável, inalienável e imprescritível¹⁶⁵. O referido autor explica que se trata de um direito de terceira geração, fundamentado na fraternidade ou na solidariedade, e que este não se esgota no disposto no artigo 225 da CRFB, pois esse é somente “uma síntese de todos os dispositivos ambientais que permeiam a Constituição”¹⁶⁶.

O dispositivo em análise alude à “sadia qualidade de vida”, uma expressão complexa e ao mesmo tempo vaga, de difícil limitação ou definição. Apesar das dificuldades encontradas Benjamin consegue expressar em sua obra o significado desta expressão dentro do contexto brasileiro, fazendo-o da seguinte forma:

[...] a expressão parece indicar uma preocupação com a manutenção das condições normais (=sadias) do meio ambiente, condições que propiciem o desenvolvimento pleno (e até natural perecimento) de todas as formas de vida. Em tal perspectiva, o termo é empregado pela Constituição não no seu sentido estritamente antropocêntrico (a qualidade da vida humana), mas com um alcance mais ambicioso, ao se propor – pela ausência da qualificação humana expressa – a preservar a existência e o pleno funcionamento de todas as condições e relações que geram e asseguram a vida, em suas múltiplas dimensões.¹⁶⁷

O artigo em questão impõe obrigações ao Poder Público e à coletividade, Benjamin os classifica da seguinte forma: primeiramente “encontra-se uma obrigação explícita, genérica, substantiva e positiva de defesa e preservação do meio ambiente”, a qual é representada pela expressão “impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo” e em segundo plano há uma “obrigação genérica, substantiva e negativa, mas implícita, de não degradar o meio ambiente”, embora em ambos os casos se tratem de deveres *erga omnes*, onde o Poder Público e a coletividade são coobrigados de forma indistinta¹⁶⁸.

2.1 A conceituação de meio ambiente, direito ambiental e desenvolvimento sustentável

Para a fundamentação deste estudo é necessário conhecer alguns conceitos basilares para a formação do conhecimento sobre o Direito Ambiental.

¹⁶⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim G.; LEITE, José Rubens M. (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*, p. 118-124.

¹⁶⁶ BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim G.; LEITE, José Rubens M. (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*, p. 118-124.

¹⁶⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim G.; LEITE, José Rubens M. (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*, p. 128.

¹⁶⁸ BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim G.; LEITE, José Rubens M. (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*, p. 134.

Inicialmente, é preciso saber o que compreende a expressão “meio ambiente”, pois com a delimitação do tema se torna mais fácil a sua aplicação às situações fáticas, Amado traz em sua obra o conceito legislativo que considera mais abrangente, e explica:

[...] se encontra insculpida no artigo 3º, da Lei 6.938/1981, que pontifica que o meio ambiente é “o conjunto de condições, leis, influências de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. [...] Aliás, o próprio Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA nos trouxe um conceito de meio ambiente mais completo do que o posto na Lei 6.938/1981, englobando o patrimônio cultural e artificial, o definindo como o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química, biológica, social, cultura e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.¹⁶⁹

231

O Conselho Nacional do Meio Ambiente traz uma definição ampla de meio ambiente, a fim de incluir todas as formas e coisas que estão relacionadas com a própria vida do planeta e de seus habitantes.

Interessante, também, é conhecer a definição de Direito Ambiental, já que é através dele que se busca garantir a tutela ao meio ambiente, Amado o conceitua como:

[...] ramo do direito público composto por princípios e regras que regulam as condutas humanas que afetem, potencial ou efetivamente, direta ou indiretamente, o meio ambiente, quer o natural, o cultural ou o artificial. Objetiva o Direito Ambiental no Brasil especialmente o controle da poluição, a fim de mantê-la dentro dos padrões toleráveis, para instituir um desenvolvimento econômico sustentável, atendendo as necessidades das presentes gerações sem privar as futuras da sua dignidade ambiental, pois um dos princípios que lastreiam a Ordem Econômica é a Defesa do Meio Ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.¹⁷⁰

Já o conceito de Direito Ambiental tem um enfoque para o reflexo das ações humanas no meio ambiente, e busca dirimir os efeitos negativos da degradação ambiental através da instituição do desenvolvimento econômico sustentável.

Felix explica que “o termo desenvolvimento sustentável ganha força e propõe a manutenção da saúde dos ecossistemas ao mesmo tempo em que atende às necessidades do presente sem comprometer as possibilidades das gerações futuras.”¹⁷¹, é a tentativa humana de consumir sem destruir, priorizando utilização das matérias renováveis e a não degradação.

¹⁶⁹ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*, p. 13-14.

¹⁷⁰ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*, p. 15.

¹⁷¹ FÉLIX, Joana D’Arc Bicalho. Meio ambiente, benefícios e responsabilidades. *Revista Jurídica Consulex*, p. 25.

2.2 Administração pública e a relação com meio ambiente

O Estado e seus agentes têm uma forte influência sob o meio ambiente, visto que são eles os responsáveis pela produção legislativa, pela fiscalização das ações que afetam ao meio ambiente, pela proteção, pela punição daqueles que infringem as normas, pelo incentivo à educação ambiental da população, mas também pela própria degradação do meio ambiente.

2.2.1 Participação estatal na degradação ambiental

Como garantia da efetividade das normas constitucionais de tutela ambiental é imposto ao Estado um dever certo e positivo para que este tenha obrigação de agir em matéria ambiental.

Em alguns casos, o próprio estado age como algoz do meio ambiente, degradando enquanto devia protegê-lo. Pode-se classificar a participação estatal na degradação, segundo desenvolve Benjamin, de três formas:

De um lado, o Poder Público causa degradação direta do meio ambiente – é o Estado empreendedor; ele próprio envolvido, sozinho ou em associação, na construção de empreendimentos degradadores, como hidrelétricas, hidrovias, rodovias, aeroportos, portos, e assentamentos rurais (= Estado degradador-agente). Entretanto, na maioria dos casos o papel do Estado é mais discreto, na modalidade de degradador indireto, p. ex., quando comissivamente apoia ou legitima projetos privados, seja com incentivos tributário e crédito, seja com a expedição de autorizações e licenças para poluir (= Estado degradador-convivente). Uma terceira modalidade de degradação ambiental estatal, também enviesada e dissimulada, só que por omissão, aparece quando o Estado despreza ou cumpre insatisfatoriamente suas obrigações de fiscalização e aplicação da legislação ambiental (= Estado degradador-omisso), fraquejando na exigibilidade de instrumentos preventivos (EPIA-RIMA, p. ex.) ou na utilização de mecanismos sancionatórios e reparatórios. As razões, para tanto, são as mais variadas, indo da cooptação ao estrangulamento por falta de recursos financeiros, técnicos e humanos, da incompetência técnica à debilidade de vontade política.¹⁷² (sem grifos no original)

Em suma, como degradador-agente o Estado causa degradação direta ao meio ambiente, como degradador-convivente ele apoia ou legitima projetos privados que degradem o meio ambiente e como degradador-omisso o Estado despreza ou cumpre insatisfatoriamente suas obrigações de fiscalização e aplicação da lei.

Cabe destacar que o Estado como degradador-omisso é um dos focos deste estudo, visto que ele busca exatamente o melhoramento da atuação Estatal frente à prática das infrações ambientais no âmbito do Município de Joinville.

2.2.2 Da repartição de competências para atuar em matéria ambiental

¹⁷² BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim G.; LEITE, José Rubens M. (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*, p. 135-136.

Inicialmente, é importante compreender o que significa e o que compreende a expressão “competências ambientais” e, para isso, será utilizada a definição de Ferreira:

[...] a expressão competências ambientais pode ser compreendida como a congregação das atribuições juridicamente conferidas a determinado nível de governo visando à emissão das suas decisões no cumprimento do dever de defender e preservar o meio ambiente.¹⁷³

O Estado Federal brasileiro, segundo Ferreira utiliza do sistema de repartição de competências entre suas diversas esferas a fim de realizar um equilíbrio federativo, pois a forma de estado adotada pelo Brasil cria diversos núcleos com poderes autônomos, o que pode causar divergências entre entes federativos¹⁷⁴.

A doutrina classifica as competências ambientais de duas formas, quais sejam: natureza e extensão.

Quanto à natureza, Ferreira explica que as competências ambientais podem ser classificadas como executivas, administrativas e legislativas. A primeira determina o direito de estabelecer e executar diretrizes, estratégias e políticas; a segunda é a competência para implementação e fiscalização, ou seja, é a utilização do poder de polícia para proteger e preservar o meio ambiente; a terceira se refere à capacidade de legislar sobre as questões ambientais¹⁷⁵.

Considerando a extensão, Ferreira as classifica como: exclusivas, privativas, comuns, concorrentes e suplementares. A primeira permite que somente aquele ente exerça determinada competência, excluindo-se os demais; a segunda, embora seja específica para determinado ente, permite a delegação ou complementariedade de outros entes; a terceira é exercida por todos os entes da federação de forma igualitária; a quarta, por sua vez, estabelece que embora mais de um ente da federação possa dispor sobre a matéria, há uma primazia por parte da União para estabelecer normas gerais; a quinta e última, permite a edição de normas e expliquem, supram ausência ou omissão das normas gerais¹⁷⁶.

Cabe ressaltar, que a diferenciação entre natureza e extensão são classificações complementares, conforme se percebe no quadro abaixo confeccionado por Ferreira em sua obra:

¹⁷³ FERREIRA, Helene Sivini. Competências ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim G.; LEITE, José Rubens M. (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*, p. 228.

¹⁷⁴ FERREIRA, Helene Sivini. Competências ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim G.; LEITE, José Rubens M. (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*, p. 227.

¹⁷⁵ FERREIRA, Helene Sivini. Competências ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim G.; LEITE, José Rubens M. (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*, p. 227- 229.

¹⁷⁶ FERREIRA, Helene Sivini. Competências ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim G.; LEITE, José Rubens M. (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*, p. 229.

Conforme estabelecido na Constituição, e demonstrado no quadro anteriormente exposto, a competência administrativa é comum a todos os entes da federação, podendo quaisquer deles agir na proteção e preservação do meio ambiente (artigo 23, incisos VI e VII da CRFB/88).

Inicialmente, pela simples leitura do texto Constitucional, pode-se entender que o Município não teria competência para legislar em material ambiental, entretanto, a falta de menção expressa da competência municipal no âmbito ambiental não pode ser considerada como incompetência para tal. Nesse sentido Bratz explica:

234

Todavia, a falta de menção expressa das matérias compreendidas na competência legislativa dos municípios em matéria ambiental não conduz à falta de competência, uma vez que a competência do município para legislar em matéria ambiental está compreendida na sua competência privada para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, da CF/88), bem como na sua competência para suplementar a legislação federal e estadual no que couber (art. 30, II, da CF/88), além de decorrer do critério da predominância do interesse, fator este considerado determinante para afirmar a competência municipal em matéria ambiental [...].¹⁷⁷

Desta forma, a competência legislativa atribuída aos Municípios é, em regra, suplementar à legislação federal e a estadual, embora a Constituição preveja a competência exclusiva dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local.

Quanto à competência administrativa, a problemática se encontra nos casos concretos, em determinar de qual ente é a competência para exercer o poder de polícia ambiental. Como solução, adotam-se os ensinamentos de Paulo Régis Rosa da Silva que explica que o artigo 23 da Constituição, que trata da competência comum, acerca do “interesse local”, deve ser interpretado da seguinte forma:

- a) Matérias de interesse local, isto é, que não extrapolem os limites físicos do Município, devem ser administradas pelo Executivo Municipal;
- b) Quando a matéria extrapola os limites físicos do Município, ou seja, os seus efeitos não ficam confinados na área física do Município ou envolvam mais de um Município, desloca-se a competência do Executivo Municipal para o Executivo Estadual;
- c) Tratando-se de bens públicos estaduais e de questões ambientais supramunicipais, a competência será do Executivo Estadual;
- d) Nas hipóteses em que as matérias envolvam problemas internacionais de poluição transfronteiriça ou duas ou mais unidades federadas brasileiras, a competência será do Executivo Federal.¹⁷⁸

Afirmando a competência municipal frente às questões ambientais, cabe considerar que, dentre as três esferas estatais, o Município está mais próximo dos problemas causados pelos

¹⁷⁷ BRATZ, Jusara Aparecida. Competência do município para legislar em matéria ambiental à luz do princípio da subsidiariedade. *Interesse Público*, p. 251-274.

¹⁷⁸ SILVA, Paulo Regis Rosa. Repartição constitucional de competências em matéria ambiental. *Revista do Ministério Público*, p. 198.

danos ao meio ambiente, portanto, possui maiores condições para atuar de forma rápida e efetiva em casos de degradação ambiental.

2.2.3 Dano ambiental e responsabilidade de sua reparação

O dano ambiental é uma intervenção humana que causa efeitos negativos no meio ambiente, Oliveira cita alguns autores que definem dano ambiental:

Para José Rubens Morato Leite, “dano ambiental deve ser compreendido como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e, indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem” (Dano ambiental, p. 104). Édis Milaré, por sua vez, define dano ambiental como “lesão aos recursos ambientais, com consequente degradação (alteração adversa) do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida” (Direito do ambiente, p. 810).¹⁷⁹

235

Corroborando com este entendimento, a Lei nº 6.938 de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 3º, incisos II, III e IV, estabelece os conceitos de degradação, poluição e poluidor:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;¹⁸⁰

Após analisados os conceitos de dano ambiental, degradação, poluição e poluidor, convém tratar sobre a responsabilidade pela reparação dos danos causados ao meio ambiente. O referido diploma legal, em seu artigo 14, §1º, estabelece a responsabilidade objetiva frente à reparação do dano causado pelo agente, vejamos:

Art. 14. § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (sem grifos no original)

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves. *Difusos e coletivos: direito ambiental*, p. 147.

¹⁸⁰ BRASIL. *Lei nº 6.938/1981*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>.

Assim, extrai-se da legislação em análise que a Política Nacional do Meio Ambiente consolida um princípio relevante para o Direito Ambiental, a responsabilidade objetiva do poluidor em reparar o dano causado independentemente da existência de dolo ou culpa.

Em sua obra, Machado justifica esta construção legislativa considerando que “a atividade poluente acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão poluente representa um confisco do direito de alguém em respirar ar puro, beber água saudável e viver com tranquilidade”¹⁸¹.

A responsabilidade para reparação do dano ambiental é objetiva, não importando o motivo do dano, quem prejudicou o meio deve repará-lo ao seu estado inicial. É o que explica Machado:

A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação dos “danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade” (art. 14, §1º, da Lei 6.938/1981). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico de imputação civil objetiva ambiental. Só depois é que se entrará na fase de estabelecimento do nexos de causalidade entre a ação ou omissão e o dano. É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação do meio ambiente.¹⁸²

Este dever de reparação deve ser aplicado também para o Estado, caso em que cause degradação ambiental. Luchesi esclarece que:

É certo que o Direito tradicional não tem condições de enfrentar as questões ambientais atuais, até porque a reparação do dano na área ambiental se mostra inócua, quando não impossível. Diante dos riscos tecnológicos atualmente enfrentados, emerge o Direito Ambiental como instrumento de defesa, com o corolário básico da prevenção e não da reparação.¹⁸³

Atualmente o direito tradicional e o Estado não tem conseguido enfrentar as questões ambientais de forma a garantir sua efetividade, ainda mais quando se fala em reparação do dano causado ao meio ambiente. Assim, o autor aponta como principal fundamento do Direito Ambiental a prevenção, vista a dificuldade de agir no âmbito da reparação.

2.3 Da tutela administrativa do meio ambiente

¹⁸¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, p. 404.

¹⁸² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, p. 404.

¹⁸³ LUCHESI, Celso Umberto. *Considerações sobre o princípio da precaução*, p. 30.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece a abrangência da tutela ao meio ambiente em seu artigo 225, §3º, *in verbis*:

Art. 225, § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Assim, deste dispositivo se extrai que o Direito Ambiental engloba a área penal, administrativa e civil, podendo estas serem acionadas de forma independente entre si.

A tutela administrativa do meio ambiente é exercida pelos órgãos e entidades públicas através do exercício do poder de polícia administrativa.

237

2.4 Poder de polícia no âmbito administrativo

Em sua obra, Mazza conceitua poder de polícia como:

[...] a atividade da Administração Pública, baseada na lei e na supremacia geral, consistente no estabelecimento de limitações à liberdade e propriedade dos particulares, regulando a prática de ato ou abstenção de fato, manifestando-se por meio de atos normativos ou concretos, em benefício do interesse público.¹⁸⁴

O princípio basilar do poder de polícia é a supremacia do interesse público em relação ao particular, Rosa explica que este poder “decorre da supremacia do interesse público em relação ao interesse do particular, resultando limites ao exercício de liberdade e propriedade deferidas aos particulares.”¹⁸⁵

Juntamente com o Direito Ambiental o Estado deve agir na proteção do meio ambiente, utilizando do seu poder de polícia para regular, fiscalizar e punir as ações prejudiciais à saúde do meio ambiente, Machado explica que o poder de polícia é:

[...] a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza. O poder de polícia age através de “ordens e proibições, mas, e sobretudo, por meio de normas limitadoras e sancionadoras”, ou “pela ordem de polícia, pelo consentimento de polícia, pela fiscalização de polícia e pela sanção de polícia.”¹⁸⁶

¹⁸⁴ MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*, p. 269.

¹⁸⁵ ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito administrativo*: parte I, p. 114.

¹⁸⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, p. 385.

O poder de polícia é exercido por meio de instrumentos preventivos e repressivos, sendo que ambos devem estar previstos na legislação de forma prévia. No exercício do poder de polícia, apesar de haver discricionariedade, existem limitações quando da sua aplicação, pois jamais poderá ser contrário à lei ou aos seus próprios fins, estando diretamente ligado ao exercício de direitos em benefício do interesse da coletividade.

2.5 Prevenção: educação ambiental e conscientização pública

Conforme positivado na Carta Magna, em seu artigo 225, §1º, VI, é dever do Poder Público promover a educação ambiental e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

Assim, em 27 de abril de 1999, foi promulgada a Lei nº 9.795 que dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e estabelece os princípios e objetivos da educação ambiental.

A referida lei, ainda, estabeleceu em seu artigo 1º o entendimento sobre o conceito de educação ambiental, da seguinte forma:

Art. 1º. Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.¹⁸⁷

Oliveira explica as consequências no sistema de educação ambiental trazidas com a Lei nº 9.795/1999:

[...] a educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, presente em todos os níveis, formais e não formais. Por essa relevância, garantiu a educação ambiental como direito de todos, com incumbência ao Poder Público, às entidades educacionais, aos meios de comunicação e à sociedade em geral. Com a educação ambiental estimula-se a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.¹⁸⁸

Ao considerar as questões ambientais atuais e a incapacidade do Direito tradicional de enfrentar estes problemas, Luchesi explica que o Direito Ambiental vem utilizando como frente de atuação a área da prevenção e não da reparação, pois esta última demanda muito esforço para atingir baixos resultados¹⁸⁹.

¹⁸⁷ BRASIL. *Lei nº 9.795/1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm>.

¹⁸⁸ OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves. *Difusos e coletivos: direito ambiental*, p. 39.

¹⁸⁹ LUCHESE, Celso Umberto. *Considerações sobre o princípio da precaução*, p. 30.

2.5.1 Repressão e as sanções administrativas

O direito estatal de punir possui aplicação além do campo tradicional do direito penal, se fazendo presente no âmbito administrativo, é o que explica Mello:

O poder punitivo estatal, portanto, pode se manifestar através das sanções penais e das sanções administrativas, as primeiras impostas no exercício da função jurisdicional, as segundas no exercício da função administrativa. É dizer, tanto a sanção penal quanto a administrativa são manifestações de um mesmo poder estadual, o *ius puniendi*. Daí se falar em unidade do poder punitivo estatal, poder que abrange tanto as sanções penais (direito penal), como as administrativas (direito administrativo sancionador).¹⁹⁰

O direito administrativo sancionador permite ao Estado a aplicação de sanções administrativas, definidas por Prates da seguinte forma:

Para nós, sanção administrativa é a medida punitiva prevista em ato administrativo, que pode ser aplicada diretamente pela Administração no âmbito das suas relações jurídicas gerais, a quem, sem justificação, deixe de cumprir um dever administrativo certo e determinado normativamente imposto.¹⁹¹

A função das sanções administrativas é desestimular a prática de condutas lesivas os direitos tutelados pelo Poder Público, podendo ser aplicadas diversas sanções de diversas espécies, sempre atentando para a mais adequada ao caso concreto. Nos ensinamentos de Meirelles:

As sanções do poder de polícia, como elemento de coação e intimidação, principiam, geralmente, com a multa e se escalonam em penalidades mais graves como a interdição de atividade, o fechamento de estabelecimento, a demolição da construção, o embargo administrativo de obra, a destruição de objetos, a inutilização de gêneros, a proibição de fabricação ou comércio de certos produtos, a vedação da localização de indústria ou comércio em determinadas zonas e tudo o mais que houver de ser impedido em defesa da moral, da saúde e da segurança pública, bem como da segurança nacional, desde que estabelecido em lei ou regulamento.¹⁹²

As sanções administrativas, segundo Meirelles, decorrem do poder de polícia administrativo e por isso possuem os atributos conferidos aos atos administrativos em geral, quais sejam: autoexecutoriedade, que é a imposição da sanção pela administração pública sem necessidade de intervenção judicial; coercibilidade, possibilidade de utilização da força pública para o cumprimento da sanção; discricionariedade, baseia-se na escolha da administração em exercer o poder de polícia de acordo com a oportunidade e a conveniência¹⁹³.

190 MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*, as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1998, p. 45

191 PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*, p. 54.

192 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 131.

193 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 128-132.

Embora a Administração Pública esteja vinculada aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, é pacífico o entendimento de que o exercício do poder de polícia administrativo deve seguir, dentre outros, os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa. Neste sentido, veja-se:

Não se deve esquecer que as sanções devem ser aplicadas em observância ao devido processo legal (*due process of law*), para que se observe o princípio da garantia da defesa dos acusados, inscrito no artigo 5º, LIV e LV da CF. Se o ato sancionatório de polícia não tiver propiciado ao infrator a oportunidade de rechaçar as acusações e de produzir as provas necessárias às suas alegações, estará contaminado de vício de legalidade, devendo ser corrigido na via administrativa ou judicial. [...] Há dois aspectos que merecem consideração quanto a tais atos. O primeiro consiste na exigência de estarem eles previstos na lei, e nem poderia ser diferente, visto que, não sendo assim, o indivíduo não teria a menor segurança contra os atos da Administração. Trata-se, na verdade, de corolário do princípio do devido processo legal (*due process of law*) (artigo 5º, LIV, CF). O segundo é que, como regra, o administrador terá o encargo de considerar vários fatores para bem observar o regime de adequação da sanção à infração cometida, a menos que a lei previamente determine essa correlação.¹⁹⁴

240

Há que se atentar, ainda, aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da pessoalidade, da individualização da pena e o do devido processo legal, devendo estes ser respeitados e constarem presentes no exercício do poder de polícia administrativo, conforme explica Osório:

O Estado Democrático de Direito brasileiro também está fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), assegurando os princípios da pessoalidade (art. 5º, XLV, CF/88) e da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/88), mais o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIII, CF/88) e outros direitos e liberdades fundamentais decorrentes do direito internacional e do sistema constitucional propriamente dito, ainda que não expressamente previstos.¹⁹⁵

Assim, é notória a necessidade de que a atuação do Poder Público esteja em conformidade com todos os preceitos expostos, sob pena de que os atos praticados em desconformidade sejam considerados nulos, anuláveis ou exercidos com abuso de poder.

3 Problemas no atual sistema de proteção ao meio ambiente em Joinville

Neste tópico serão levantados os principais problemas encontrados no atual Sistema de Proteção ao Meio Ambiente aplicado em Joinville através da Secretaria do Meio Ambiente –

¹⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 74 e 123.

¹⁹⁵ OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito administrativo sancionador*, p. 314.

SEMA, utilizando-se como base as pesquisas e estudos realizados durante o desenvolvimento do presente trabalho acadêmico.

3.1 Meios de prevenção

Atualmente, as maiores frentes de atuação na prevenção de infrações administrativas da Secretaria do Meio Ambiente são a educação ambiental e o licenciamento ambiental.

Embora a educação ambiental seja de suma importância para a prevenção de danos ao meio ambiente, nota-se que existem somente 10 (dez) programas em execução no Município de Joinville realizados pela Secretaria do Meio Ambiente, conforme apresentado no item 2.3.1 deste trabalho.

A referida Secretaria, ainda, promove eventos educativos e comemorativos em datas relacionadas ao meio ambiente, como o Dia Mundial do Meio Ambiente, o Dia da Árvore e o Dia da Água, bem como, possui um site onde divulga informações e notícias relacionadas à sua área de atuação¹⁹⁶.

Entretanto, considerando que o Município de Joinville tem área de 1.126,106 km² e população estimada em 2014 de 554.601 habitantes¹⁹⁷, são poucos os programas existentes e sua divulgação é realizada, ainda, de maneira tímida.

Ressalta-se, ainda, o baixo índice de atualizações no site da Secretaria do Meio Ambiente, que seria uma ótima ferramenta de divulgação, informação e conscientização da população.

Quanto ao licenciamento ambiental, seu maior problema é a demora no trâmite dos processos protocolados, seja pela falta de estrutura e/ou pessoal, seja pela alta demanda de solicitações que o Município apresenta.

Como consequência desta demora, alguns contribuintes acabam decidindo por realizar a atividade sem a devida licença, pois se cansam de aguardar o fim do processo e a emissão da licença.

A realização de atividade sem a licença ambiental caracteriza infração ambiental, conforme previsto no artigo 138, I, II e XIII do CMMA de Joinville e, ainda, pode causar danos ao meio ambiente por diversos fatores, como, por exemplo, estar com os controles ambientais em desconformidade, não ser permitida a atividade e/ou intervenção no local.

Os problemas relacionados aos meios de prevenção contribuem significativamente para a redução da eficiência de todo o sistema de proteção ao meio ambiente, pois permite a ocorrência de infrações que poderiam facilmente ser evitadas, o que acaba inflando todo o sistema.

¹⁹⁶ O site da Secretaria do Meio Ambiente é meioambiente.joinville.sc.gov.br.

¹⁹⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Joinville*. Disponível em: <<http://cod.ibge.gov.br/233FF>>.

3.1.1 Fiscalização ambiental

Através das denúncias, solicitações de outras gerências e da constatação direta é que tem início o Processo Administrativo Ambiental. A fiscalização é incumbida de verificar as ocorrências a fim de constatar ou não a prática de infrações ambientais, tomando as medidas cabíveis para cessar o dano ou, se possível, repará-lo de imediato.

Em Joinville os agentes fiscais que atuam na área ambiental ocupam o cargo de Fiscal de Obras e Posturas e devem, conforme o disposto no artigo 127 do CMMA de Joinville, ser admitidos através de concurso público e possuir qualificação. Entretanto, a legislação não define a qualificação que seria necessária, de forma que, atualmente, para exercer o referido cargo são requisitos, somente, a conclusão do ensino médio e a Carteira Nacional de Habilitação de categoria B, muito embora o exercício do cargo de fiscal exija, na prática, conhecimentos específicos e/ou técnicos relacionados ao meio ambiente e a legislação aplicável.

Difícil conceber que um fiscal sem formação técnica, de nível superior ou, ao menos, algum curso e/ou treinamento específico, possa identificar e caracterizar corretamente as infrações ambientais previstas na legislação. Por exemplo, seria impossível a constatação da infração prevista no artigo 138, XXI do CMMA de Joinville se o agente fiscal não soubesse o que e quais são as Unidades de Conservação e as áreas protegidas pela lei.

Atualmente, os fiscais que ingressam na carreira não recebem um treinamento adequado, são colocados para atuar em campo com outro colega para que aprenda na prática os procedimentos de fiscalização, sem conhecimentos específicos na área os fiscais enfrentam dificuldades em sua atuação. A falta de treinamento gera um efeito cascata, pois se um fiscal faz algo de forma incorreta, sem ter conhecimento disto, passa para outro fiscal o procedimento e, assim, o ato incorreto se torna comum, o que pode causar prejuízos não só ao meio ambiente, como também, à população em geral.

Convém destacar que a Secretaria do Meio Ambiente dispõe de pouco mais de dez fiscais que atuam na área ambiental, sendo esse um número extremamente reduzido, levando em conta que Joinville é uma cidade extensa e possui mais de quarenta bairros, em um simples cálculo, nota-se que cada fiscal seria responsável por, pelo menos, quatro bairros inteiros.

A falta de estrutura é outro fator que afeta diretamente o desenvolvimento da atividade de fiscalização ambiental. Conforme noticiado no dia 11 de abril de 2015 pelo Jornal Notícias do Dia, diversos veículos oficiais estão parados no pátio da Secretaria do Meio Ambiente por defeitos mecânicos e falta de documentação¹⁹⁸, o que gera a falta de carros para que os fiscais se desloquem até os locais das ocorrências para realizar a fiscalização.

¹⁹⁸ BATISTA, João. Veículos da Secretaria de Meio Ambiente de Joinville estão parados por falta de manutenção. *Jornal Notícias do Dia*. Disponível em: <<http://ndonline.com.br/joinville/noticias/247999-veiculos-da-secretaria-de-meio-ambiente-de-joinville-estao-parados-por-falta-de-manutencao.html>>.

Apesar das sanções administrativas possuírem autoexecutoriedade, ou seja, independerem de intervenção judicial, os fiscais encontram óbices em executar medidas mais drásticas como, por exemplo, o embargo ou interdição de alguma atividade, ou a demolição de uma construção irregular, pois, muitas vezes, não conseguem atuar sozinhos de forma segura e efetiva, necessitando do apoio de outros fiscais, de outras secretarias, para fornecimento de equipamentos, e até da polícia a fim de garantir sua integridade física. Porém, a realização deste tipo de operação conjunta requer planejamento e cooperação entre os órgãos, demandando um grande esforço para seu sucesso.

Diante o exposto, compreende-se que os problemas atinentes à atividade de fiscalização ambiental prejudicam demasiadamente a eficiência do Sistema de Proteção ao Meio Ambiente, pois é através da fiscalização que há a constatação da infração e grande parte da instrução do Procedimento Administrativo Ambiental.

3.1.2 Procedimento administrativo ambiental

Neste item serão apresentados os principais problemas encontrados no Procedimento Administrativo Ambiental – PAA previsto na Lei Complementar nº 29/1996 - Código Municipal do Meio Ambiente de Joinville, utilizando-se como fundamento a legislação que rege o procedimento, as pesquisas e os estudos realizados durante o desenvolvimento deste trabalho acadêmico, e o vivenciado pelo autor que labora na Secretaria do Meio Ambiente de Joinville – SEMA.

Conforme artigo 5º, LV da Constituição da República Federativa do Brasil, são assegurados aos litigantes o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo e, segundo disposto no artigo 145, *caput* do CMMA de Joinville, o Procedimento Administrativo Ambiental – PAA dispensa a manifestação através de advogado, podendo, o infrator, apresentar sua manifestação pessoalmente.

Embora a Constituição estabeleça que o advogado é essencial à administração da justiça (art. 133 da CRFB) o Supremo Tribunal Federal – STF editou a Súmula Vinculante 5 esclarecendo que: “**Súmula Vinculante 5.** A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.¹⁹⁹

Analogicamente, aplica-se esse entendimento ao Processo Administrativo Ambiental, não caracterizando ofensa à Constituição a dispensa de advogado.

Cabe analisar, ainda, que nem todo o infrator terá condições de ser assistido por um advogado, mas todo infrator possui o direito ao contraditório e ampla defesa, não podendo lhe ser vedado a manifestação pessoal, sob pena de ter seu direito tolhido.

¹⁹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula Vinculante 5*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>.

Por outro lado, salvo em alguns casos, os infratores não possuem conhecimentos necessários para a realização de uma defesa técnica sem a assistência de um advogado, o que pode fazer com que o esse sequer apresente sua defesa ou recorra da decisão de 1ª Instância Administrativa, ou se manifeste de forma insuficiente para a garantia de sua defesa.

O artigo 143 do CMMA de Joinville estabelece os requisitos do auto de notificação ou do ato administrativo que instaura o procedimento administrativo de apuração das infrações ambientais.

O inciso V do referido artigo estabelece que na ausência do autuado ou sua recusa em assinar o auto lavrado pelo agente fiscal, devem constar a assinatura de duas testemunhas e do agente fiscal.

Importante ressaltar, que o agente fiscal atua sozinho em campo, o que, em alguns casos, torna-se inviável a obtenção da assinatura de duas testemunhas, por exemplo, um morador pode se recusar a servir de testemunha para não se indispor com o vizinho autuado. A situação se agrava ainda mais nos casos de áreas de invasão, onde todos os moradores estão de forma irregular no local.

Assim, caso o autuado esteja ausente ou se recuse a assinar o auto, deverá o fiscal colher a assinatura de duas testemunhas, sob pena de faltar um dos requisitos estabelecidos pelo artigo 143 do CMMA de Joinville, caracterizando um vício de legalidade.

Segundo a Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, quando eivados de vício de legalidade a Administração deve anular seus próprios atos, e revogá-los por conveniência ou oportunidade, respeitando os direitos adquiridos (artigo 53)²⁰⁰.

Para a graduação da penalidade a ser aplicada no caso concreto o agente fiscal deve observar o previsto nos artigos 133 a 137 e 151 do Código Municipal do Meio Ambiente de Joinville.

Inicialmente, será observado pelo fiscal o dano causado ao meio ambiente e as circunstâncias agravantes e atenuantes aplicáveis ao caso, para a graduação da penalidade de multa e a cumulação com outra penalidade se for o caso (artigo 133 do CMMA de Joinville).

Com relação ao dano ambiental, deve-se considerar a escala e a intensidade do dano, se afetou a saúde e/ou a segurança pública, se é temporário ou permanente, recuperável ou irre recuperável, bem como, o local da infração (artigo 134 do CMMA de Joinville).

Posteriormente a aferição do dano causado, o fiscal classificará a infração em leve, grave, muito grave ou gravíssima, conforme constatar circunstâncias atenuantes e agravantes. Caso se constate a presença de circunstâncias atenuantes a infração será considerada leve, constatada a presença de uma agravante será considerada grave, constatada a presença de

200 BRASIL. Lei nº 9.784/1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9784.htm>.

duas agravantes será considerada muito grave e, caso constatada três ou mais agravantes ou a hipótese de reincidência será considerada gravíssima (artigo 135 do CMMA de Joinville).

Por fim, o fiscal atribuirá valor à infração de acordo com a classificação dessa e adotando os parâmetros do artigo 151 do CMMA de Joinville, o qual estabelece que a multa será estabelecida em uma certa quantidade de Unidade de Padrão Municipal – UPM e multiplicada pelo seu valor unitário vigente na data do seu pagamento.

Todavia, não há um critério objetivo de julgamento, pois não há previsão legal de como classificar as infrações nos casos de se constatar cumulativamente atenuantes e agravantes, pois não foi estabelecido se existe proporcionalidade entre elas, por exemplo, se uma atenuante tornaria ineficaz uma agravante e com base no saldo se aplicaria a classificação acima descrita.

Dentre as agravantes previstas no artigo 137 do Código Municipal do Meio Ambiente de Joinville cabe analisar as previstas nos incisos I e VII.

O aumento da pena caracterizado pela reincidência é previsto em dois momentos no CMMA de Joinville, primeiramente como agravante (artigo 137, I do CMMA de Joinville) e, posteriormente, como caso em que o valor da multa será de, no mínimo, o dobro (artigo 151, §1º do CMMA de Joinville), Jorio ensina que:

O Princípio do *Non Bis In Idem*, embora não esteja expressamente previsto constitucionalmente, tem sua presença garantida no sistema jurídico-penal de um Estado Democrático de Direito. [...] O princípio em comento estabelece, em primeiro plano, que ninguém poderá ser punido mais de uma vez por uma mesma infração penal. Mas não é só. A partir de uma compreensão mais ampla deste princípio, desenvolveu-se o gradativo aumento da sua importância. Hodiernamente, uma das suas mais relevantes funções é a de balizar a operação de dosimetria (cálculo) da pena, realizada pelo magistrado. Temos que observar que se consolidou o entendimento de que uma mesma circunstância não deverá ser valorada em mais de um momento ou em mais de uma das fases que compõem o sistema trifásico estabelecido pelo art. 68 do Código Penal.²⁰¹

Assim, a utilização da reincidência para penalizar por duas vezes o autuado viola o princípio do *non bis in idem*, pois majora por duas vezes a pena com fundamento no mesmo fato.

Se o infrator não comunica a ocorrência da infração ambiental para a autoridade competente se tem caracterizada a agravante prevista no art. 137, VII do CMMA de Joinville.

Conforme previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 5º, LXIII o preso tem direito de permanecer em silêncio, no entanto, esta disposição não se aplica somente ao preso, mas aos acusados em geral, seja na esfera penal ou administrativa. Desse dispositivo se extrai o princípio da não autoincriminação, conhecido como princípio *nemo tenetur se detegere*, conforme apresentado por Jesus em sua obra:

²⁰¹ JORIO, Israel Domingos. Princípio do non bis in idem. *Revista Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8884>>.

O princípio da não auto-incriminação somente foi expressamente promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, que promulgou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, estabelecendo em seu art. 14, 3, g que toda pessoa acusada de um delito terá direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

O Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, que promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) também passou a prever expressamente o princípio *nemo tenetur se detegere*, estabelecendo em seu art. 8º que toda pessoa acusada de um delito tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada. [...]

Assim, apesar de o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) não terem se submetido ao procedimento descrito no art. 5º, §3º da Constituição Federal, possuem status supralegal, não podendo a legislação ordinária contrariá-los, estabelecendo vedação à aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere*.²⁰²

Assim, viola o princípio *nemo tenetur se detegere*, que proíbe a autoincriminação, a punição do infrator por não ter comunicado a infração à autoridade competente, sendo que esse possui o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Um dos principais problemas relacionado ao Procedimento Administrativo Ambiental é a inadequação entre o trâmite previsto pela legislação e as necessidades práticas dos agentes que participam do processo, seja fiscalizando, dando forma e seguimento ao processo ou julgando.

Conforme a Secretaria do Meio Ambiente, cabe ao setor de Fiscalização de meio ambiente a fiscalização de licenciamentos ambientais, a apuração de denúncias e reclamações e a emissão de notificação, boletim de fiscalização, auto de infração, auto de apreensão e auto de embargo²⁰³.

Todavia, o artigo 141 do CMMA de Joinville prevê que os agentes fiscais lavrem os seguintes documentos: auto de notificação, auto de infração, termo de embargo e/ou interdição, termo de apreensão e notificação, note-se que a legislação não faz previsão da emissão de boletim de fiscalização, o que na prática é frequentemente utilizado.

O artigo 142 do CMMA de Joinville dispõe que as infrações serão apuradas mediante procedimento administrativo, o qual pode ter seu início através de ato administrativo baixado por servidor competente ou pelo presidente da FUNDEMA, cargo que atualmente, corresponde ao de Secretário do Meio Ambiente de Joinville, pode, alternativamente, ter início através do auto de notificação.

Cada procedimento administrativo dá origem a uma pasta montada pelo setor Jurídico com os documentos fornecidos pelo setor de Fiscalização e outros setores, com intuito de instruir

²⁰² JESUS, Gabriel Costa de. O direito de não produzir provas contra si mesmo e prova da embriaguez ao volante. *Revista Jus Navigandi* n. 3130. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20941>>.

²⁰³ SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE. *Fiscalização*. Disponível em: <<https://meioambiente.joinville.sc.gov.br/conteudo/17-Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o.html>>.

o processo, sendo posteriormente numerados e incluídos em uma lista para controle de seu andamento e localização.

Seria inviável a abertura de procedimentos administrativos através do auto de notificação, visto o grande volume de emissões desses pelos fiscais, o que consequentemente inviabilizaria o acompanhamento dos procedimentos e prazos concedidos. Não existe, ainda, regulamentação sobre qual seria o ato administrativo que, alternativamente, daria início ao trâmite, embora, atualmente, seja o auto de infração que inicia o Procedimento Administrativo Ambiental.

Desta forma, os autos de notificação que não resultaram em infração são arquivados pelo setor de Fiscalização sem a instauração de um procedimento administrativo, consequentemente, sem julgamento e recurso, o que diverge da previsão contida no Código Municipal do Meio Ambiente de Joinville.

Apesar das lacunas no procedimento deixadas pelo Código Municipal do Meio Ambiente de Joinville, o artigo 154 permite a expedição de normas técnicas, padrões e critérios destinados a regulamentar o referido Código.

3.1.3 Setor Jurídico

Atualmente, dentre outras atribuições, o setor Jurídico possui a competência para a instaurar e dar seguimento ao Procedimento Administrativo Ambiental – PAA. Isso inclui a confecção de capas, atribuição de numeração, cadastro para controle, análise preliminar, expedição de ofícios e memorandos para a instrução dos PAA's, juntada de documentos, envio de notificações de julgamento e boletos, a publicação dos julgamentos em edital, o arquivamento do procedimento, quando de seu fim.

Nos casos de não pagamento cabe ao setor, ainda, realizar a inscrição dos PAA's no sistema da Prefeitura e, em seguida, encaminhar para a Secretaria da Fazenda do Município os processos físicos para que o débito seja inscrito em dívida ativa e, posteriormente, encaminhados para a Procuradoria Geral do Município para execução judicial.

No final de 2012, um fiscal denunciou que mais de 3.500 procedimentos estariam parados desde 2006 na extinta FUNDEMA, os PAA's não teriam sido julgados pelo setor Jurídico, que na época contava com apenas quatro funcionários. O fiscal, ainda, fez sugestões para melhorar a eficiência do trâmite processual, quais sejam, que o procedimento fosse realizado através da internet para que pudesse ser acompanhado pela população, que fosse instalada uma Procuradoria Ambiental, com no mínimo dois Procuradores do Município

concursados e uma equipe de apoio, que o Código Municipal do Meio Ambiente de Joinville fosse reformulado, e que os fiscais fossem ouvidos quando dessa reformulação²⁰⁴.

Dentre as sugestões apresentadas, cabe apontar que a criação de uma Procuradoria especializada está prevista no artigo 153 da Lei Complementar nº 29/1996 - CMMA de Joinville, que dispõe:

Art. 153. A FUNDEMA, poderá manter procuradoria especializada em tutela ambiental, defesa de interesses difusos e do patrimônio histórico, cultural, paisagístico, arquitetônico e urbanístico, como forma de apoio técnico-jurídico à implementação dos objetivos desta Lei e demais normas ambientais vigentes.

Embora haja previsão desde 1996, até o momento não foi criada uma Procuradoria especializada, sendo que, atualmente, o setor Jurídico conta com seis funcionários, dois comissionados, dois servidores e dois estagiários.

Outro problema encontrado é o extravio de documentos, pois esses são gerados pelos fiscais e, posteriormente, encaminhados ao setor Jurídico, entretanto, alguns são extraviados, encaminhados à outros setores e podem não chegar a ser apurados através do procedimento previsto na legislação, o que gera insegurança e pode levar à impunidade.

Desta forma, extrai-se que todo o trâmite realizado pelo Setor Jurídico, o alto volume de PAA's instaurados e a falta de pessoal para dar vazão aos procedimentos, contribuem para o acúmulo de processos em andamento.

3.1.4 Reparação e a penalização em matéria ambiental

Após o trânsito em julgado administrativo se consolidam as obrigações impostas, a fim de que o infrator repare o dano causado e/ou pague a multa arbitrada.

A reparação do dano causado ao meio ambiente é o principal objetivo do processo administrativo ambiental, todavia, com a demora na conclusão do processo o dano causado pode ter se tornado irreparável, de modo que a Administração Pública Municipal desperdiçou tempo e recursos com o processamento da infração e, no fim, o processo foi inócuo.

Sendo possível a reparação do dano causado, o infrator tem obrigação de repará-lo às suas expensas, mas, quando este não o faz, o fiscal pode lhe aplicar uma nova infração pelo descumprimento de ato emanado pela autoridade ambiental (artigo 138, XXIII do CMMA de Joinville) e, ainda, o Município pode postular em juízo a reparação do dano ambiental causado pelo infrator (artigo 150, *caput* do CMMA de Joinville), o que acaba postergando a reparação do dano ambiental.

²⁰⁴ JORNAL DO MEIO-DIA. *Fiscal denuncia irregularidades no setor jurídico da Fundema, em Joinville*. Disponível em: <<http://ricmais.com.br/sc/ambiente/videos/fiscal-denuncia-irregularidades-no-setor-juridico-da-fundema-em-joinville/>>.

Dentre às penalidades previstas no artigo 132 do CMMA de Joinville, cabe destacar o embargo e a interdição, pois, embora as sanções administrativas sejam autoexecutórias, o fiscal atua sozinho e sem apoio pode ter problemas para realizar o embargo e/ou a interdição de obras, estabelecimentos ou atividades, ou, ainda, pode haver o descumprimento da determinação pelo infrator, seja pelo rompimento dos lacres ou pelo prosseguimento da atividade ou obra, o que pode ocasionar uma nova infração e/ou a necessidade de postular em juízo pela cessação do descumprimento.

Os problemas relacionados à reparação e à penalização podem fazer com que o processo não atinja a sua finalidade, pois a reparação e cessação do dano são primordiais e caracterizam a eficiência do sistema repressivo de proteção ao meio ambiente.

4 Propostas de melhorias para o sistema de proteção ao meio ambiente em Joinville

Neste tópico serão apresentadas propostas de melhorias para o Sistema de Proteção ao Meio Ambiente aplicado em Joinville através da Secretaria do Meio Ambiente – SEMA.

4.1 Meios de prevenção

Para melhorar a eficiência no âmbito da prevenção a Secretaria do Meio Ambiente – SEMA deve desenvolver mais programas e eventos relacionados ao meio ambiente, com intuito de conscientizar a população, os comércios e as indústrias que desenvolvem suas atividades em Joinville.

Para tanto a Secretaria do Meio Ambiente deve estruturar uma equipe voltada ao desenvolvimento, execução e acompanhamento de projetos de educação ambiental.

Outra proposta, é a compra de projetos desenvolvidos em escolas e universidades, com a realização de licitação na modalidade de concurso, assim, a administração pública lança um edital com os requisitos do projeto e de seus participantes, após a apresentação dos projetos uma comissão julgadora decidirá, através de critérios objetivos previsto no edital, o vencedor do concurso, o qual receberá a verba para o desenvolvimento do projeto.

O *site* da Secretaria de Meio Ambiente deveria ser atualizado com mais frequência, realizando uma ampla divulgação dos programas de educação ambiental e de informações relevantes à preservação do meio ambiente, bem como, poderia contar com jogos *online* voltados, principalmente, para a conscientização da população infantil do município.

O licenciamento ambiental, por se tratar de uma análise prévia dos impactos ambientais, é considerado outra frente de atuação no âmbito da prevenção e a demora em seu processamento acarreta prejuízos não só ao meio ambiente como também para a população que necessita da autorização para exercer a sua atividade.

A instrução da população acerca do procedimento e requisitos indispensáveis para emissão da licença auxiliar para o aumento da eficiência do processo de licenciamento ambiental. Logo após o protocolo do requerimento para licenciamento uma equipe deveria verificar se o processo está pronto para análise, caso falte algum documento ou requisito, o requerente deveria ser informado para sanar a irregularidade sob pena de arquivamento, após todas as irregularidades serem sanadas o processo ficaria aguardando a análise técnica.

A equipe de análise técnica deve ser estruturada e compatível com a demanda de processos, comuns a uma cidade de grande porte como Joinville, buscando ao máximo a otimização do tempo para emissão de licenças ambientais.

Com a aplicação das propostas apresentadas no âmbito da prevenção e com o aumento da conscientização e orientação da população, diversas infrações seriam evitadas, aumentando a eficiência do sistema de proteção ao meio ambiente e, conseqüentemente, diminuindo a demanda de Procedimentos Administrativos Ambientais.

4.2 Fiscalização ambiental

Inicialmente, deveria ser sanada a omissão legislativa quanto à qualificação que o fiscal deve possuir, para que os concursos posteriores sejam adequados, a fim de que os fiscais possuam conhecimento técnicos que auxiliem no desenvolvimento de suas atribuições. Assim, sugere-se que seja exigido no concurso público para o cargo de Fiscal de Obras e Posturas, no mínimo, qualificação técnica nas áreas de atuação do cargo, sendo considerado ideal a formação de nível superior na área.

Posteriormente, os fiscais deveriam receber treinamento adequado para que seja desenvolvido um trabalho de acordo com o procedimento previsto na legislação. Para esse treinamento, a própria SEMA poderia desenvolver um curso contendo informações básicas sobre a legislação e o procedimento a ser seguido nos casos mais comuns, poderia, ainda, ser desenvolvido um manual dos procedimentos fiscalizatórios mais importantes, destacando os dados indispensáveis para a apuração das infrações ambientais.

A quantidade de fiscais atuantes na área de meio ambiente deve condizer com as dimensões da cidade de Joinville, pois pouco mais de dez fiscais não são suficientes para atender as denúncias realizadas diariamente, as solicitações de outros setores e, ainda, realizar os retornos necessários. Lembrando que desses dez fiscais, cinco atuam no período da manhã e cinco a tarde. Assim, sugere-se que hajam pelo menos dez fiscais por turno para que todas as ocorrências possam ser atendidas com a maior brevidade, e mantendo em dia os retornos necessários.

O setor de fiscalização deve contar com uma equipe de apoio proporcional ao número de fiscais, bem como, deve possuir os materiais necessários ao desenvolvimento das atividades

fiscalizatórias, principalmente quanto os carros, que devem estar em pleno funcionamento para que o fiscal possa se deslocar em segurança para realizar as fiscalizações necessárias.

A realização de operações conjuntas é de suma importância para garantir a efetividade das determinações administrativas, principalmente nos casos de embargos, interdições e demolições. Assim, a realização de convênios entre a Secretaria do Meio Ambiente e outras Secretarias, e também, com a Polícia Militar seria de extrema importância para a garantia de efetivo apoio e cooperação entre os órgãos, nos casos em que for necessário, seja prestando apoio policial ou operacional.

A partir das propostas apresentadas poderia ser elevado o desempenho da fiscalização ambiental, a qual atuaria com maior confiança e efetividade para proteção do meio ambiente e evitaria a realização de procedimentos incorretos, que prejudicariam o desenvolvimento do Procedimento Administrativo Ambiental.

4.3 Procedimento administrativo ambiental

Após analisados os principais problemas encontrados no Procedimento Administrativo Ambiental – PAA, previsto na Lei Complementar nº 29/1996 - Código Municipal do Meio Ambiente de Joinville, serão apresentadas sugestões de melhorias e modificações no procedimento estabelecido pela legislação e na atuação da administração pública para buscar maior efetividade no Sistema de Proteção ao Meio Ambiente aplicado em Joinville.

Considerando que a legislação dispensa a manifestação através de advogado, no procedimento administrativo ambiental é possível que o infrator apresente sua defesa pessoalmente, todavia, existem casos em que os infratores não possuem os conhecimentos necessários para a realização de uma defesa técnica que assegure a preservação de seus interesses.

Desta forma, a Secretaria do Meio Ambiente de Joinville deveria desenvolver uma cartilha com informações sobre o Procedimento Administrativo Ambiental, instruindo os infratores de como se portar diante do recebimento de um auto lavrado pelo fiscal, de como apresentar provas, bem como, deveria instruir os fiscais a prestarem as informações do trâmite processual logo após a lavratura do auto para que a população não fique desamparada na defesa de seus interesses.

Nos casos de ausência do autuado ou sua recusa em assinar o auto lavrado pelo agente fiscal, devem constar a assinatura de duas testemunhas e do fiscal, entretanto, conforme observado, em alguns casos, torna-se inviável a obtenção da assinatura de duas testemunhas, e a sua ausência caracteriza vício de legalidade, podendo o ato ser anulado.

Para solucionar esse problema, cabe retomar um dos principais atributos dos atos administrativos, que é a presunção de legitimidade e veracidade, conforme explica Barbosa:

Os atos administrativos são presumidos verdadeiros e legais até que se prove o contrário. Assim, a Administração não tem o ônus de provar que seus atos são legais e a situação que gerou a necessidade de sua prática realmente existiu, cabendo ao destinatário do ato o encargo de provar que o agente administrativo agiu de forma ilegítima. Este atributo está presente em todos os atos administrativos.²⁰⁵

Desta forma, não haveria necessidade de que o fiscal colhesse a assinatura de duas testemunhas, pois seus atos e manifestações se presumem legítimos e verdadeiros, incumbindo ao destinatário do ato o ônus de provar o contrário. Assim, para a solução do impasse, bastaria a retirada do requisito em questão do Código Municipal do Meio Ambiente de Joinville.

Para a graduação da penalidade o fiscal observará o dano causado ao meio ambiente e as circunstâncias agravantes e atenuantes aplicáveis ao caso, posteriormente, classificará a infração em leve, grave, muito grave e gravíssima.

Entretanto, não há previsão legal de como classificar as infrações nos casos de se constatar cumulativamente atenuantes e agravantes. Assim, sugere-se que, para a classificação da infração e a atribuição de seu valor, as atenuantes e agravantes tenham o mesmo peso, de forma que a presença de uma atenuante afaste a incidência de uma agravante e com base no saldo a infração será classificada.

As agravantes previstas nos incisos I e VII do artigo 137 do Código Municipal do Meio Ambiente de Joinville, que tratam da reincidência e da não comunicação da infração à autoridade competente, não devem surtir efeitos, sendo retiradas da legislação, pois violam os princípios do *non bis in idem* e *nemo tenetur se detegere*.

Para solucionar esses problemas, deve-se reformar o Código Municipal do Meio Ambiente de Joinville, retirando os dispositivos não aplicáveis e fazendo previsão para as situações em que o atual é omissivo ou, deve-se regulamentá-lo através da Secretaria do Meio Ambiente – SEMA.

Atualmente, o Código Municipal do Meio Ambiente de Joinville se encontra ultrapassado pelas necessidades da sociedade e da administração pública, pois a teoria legal não se amolda ao trâmite realizado na prática.

Não há previsão para emissão de boletim de fiscalização, nem para a instauração de procedimento administrativo somente após a lavratura do auto de infração ambiental, o que é utilizado e ocorre na prática.

Assim, para solucionar os conflitos seria necessária a regulamentação da legislação existente, contendo: a previsão para a lavratura de Boletins de Fiscalização; a instituição do auto de infração como ato administrativo que instaura o Procedimento Administrativo Ambiental; a permissão para que os autos de notificações cumpridos, ou seja, que não gerassem um auto de

205 BARBOSA, Carlos. *Atos administrativos*: parte 1. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Carlos_Barbosa_Atos_administrativos_Parte_1.pdf>.

infração, fossem arquivados por simples despacho do coordenador de fiscalização ou do servidor competente, com as respectivas anotações no sistema, para posterior consulta de seu conteúdo.

Considerando a visível inadequação entre o processo previsto pela legislação e a prática processual, faz-se necessário, inicialmente, a regulamentação do processo administrativo, conforme o artigo 154 do CMMA de Joinville, até que seja reformada ou editada a legislação que trata do Sistema de Proteção ao Meio Ambiente.

Inicialmente, a fim de evitar o extravio de documentos, sugere-se que os Procedimentos Administrativos Ambientais sejam abertos já no setor de Fiscalização pela equipe de apoio, com a confecção de capas, a atribuição de uma numeração única, a juntada de todos os documentos que se relacionam ao auto de infração lavrado, bem como, sejam numeradas todas as páginas contidas no procedimento.

Outra opção para evitar o extravio de documentos é a utilização de um sistema digital de processamento de infrações, onde todos os documentos seriam digitalizados e o Procedimento Administrativo Ambiental tramitaria *online*.

Posteriormente, os PAA's seriam encaminhados ao setor jurídico que daria sequência ao trâmite administrativo, juntando os documentos relativos a defesa do autuado e à instrução processual e, após o encerramento da instrução, a autoridade competente proferirá Julgamento de 1ª Instância Administrativa, do qual o infrator será notificado e poderá recorrer ao Conselho Municipal do Meio Ambiente – COMDEMA em segunda e última instância administrativa.

Para aumentar a vazão dos Procedimentos Administrativos Ambientais, sugere-se a instalação de uma procuradoria especializada em meio ambiente com, pelo menos, um Procurador do Município concursado e um comissionado, um coordenador, cinco servidores, incluindo um engenheiro, com atribuição para emissão de pareceres técnicos, e três estagiários. Com a estruturação da equipe de apoio se aumentará a vazão dos procedimentos já acumulados, buscando a duração razoável do processo.

Após o trânsito em julgado do Procedimento Administrativo Ambiental, o setor Jurídico realiza a inscrição desses no sistema da Prefeitura para, em seguida, encaminhá-los fisicamente à Secretaria da Fazenda do Município. No entanto, a competência para a realização da inscrição de débitos no sistema da Prefeitura é da Secretaria da Fazenda e não do Setor Jurídico da Secretaria do Meio Ambiente.

Assim, o procedimento apresentado deve ser realizado pela Secretaria da Fazenda, que após a inscrição em dívida ativa do município deve emitir um título executivo, conhecido como Certidão de Dívida Ativa, que será encaminhado para a Procuradoria Geral do Município que tomará as medidas judiciais cabíveis.

Com as modificações apresentadas haveria a diminuição de extravios de documentos e o aumento da vazão de procedimentos administrativos ambientais, conseqüentemente, reduzir-

se-iam os processos acumulados sem andamento, garantindo maior efetividade ao Sistema de Proteção ao Meio Ambiente de Joinville.

A fim de garantir a efetividade no campo repressivo, o procedimento administrativo ambiental não deve se prolongar no tempo, pelo contrário, sua tramitação deve ser célere, conforme previsão constitucional: “Art. 5º. LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Assim, a Constituição garante como direito de todos a duração razoável do processo administrativo, bem como, dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Após o trânsito em julgado do procedimento, caso não haja o cumprimento das determinações pelo infrator, deve a administração pública postular judicialmente o seu cumprimento, de forma que, com a diminuição do tempo de tramitação do processo administrativo, mais rapidamente será iniciado o processo judicial, buscando garantir a proteção ao meio ambiente.

Desta forma, o Procedimento Administrativo Ambiental deve tramitar de forma célere para garantir a efetividade relacionada à reparação e à penalização, cessando os danos causados ao meio ambiente e evitando que situações irregulares se consolidem como passar do tempo.

4.4 Panorama geral das propostas aplicadas no sistema de proteção ao meio ambiente em Joinville

Para melhor compreensão das sugestões apresentadas referente ao trâmite do Processo Administrativo Ambiental, desenvolveu-se um fluxograma com as alterações e modificações sugeridas, incluindo os acontecimentos que constituem o processo e identificando o setor responsável por seu andamento.

A esquematização do processo, conforme as sugestões de melhorias apresentadas e desenvolvidos ao longo da pesquisa realizada, auxilia na compreensão das principais falhas e omissões do processo em geral, permitindo uma análise aprofundada do tema, buscando melhorar a efetividade do Sistema de Proteção ao Meio Ambiente desenvolvido pela Secretaria do Meio Ambiente em Joinville.

5 Considerações finais

Através dos estudos e análises realizados, pôde-se reforçar os fundamentos e conhecimentos basilares do Direito Ambiental, conhecendo seu desenvolvimento no Brasil e, posteriormente, buscando compreender a relação da administração pública com o meio ambiente e as formas de tutela administrativa para garantir a proteção desse.

Foi examinada a legislação aplicável ao tema, buscando, inicialmente, as delimitações da competência municipal para atuar em matéria ambiental e, também, realizou-se uma análise detalhada do Sistema de Proteção ao Meio Ambiente aplicado em Joinville, incluindo os métodos preventivos e repressivos, e desenvolveu-se um fluxograma do processo administrativo para apuração de infrações ambientais.

Posteriormente, fez-se uma análise da problemática encontrada no Sistema de Proteção ao Meio Ambiente que é atualmente aplicado pela Secretaria do Meio Ambiente de Joinville e, em seguida, desenvolveu-se propostas para a melhoria da efetividade desse sistema e, ainda, um novo fluxograma com as modificações sugeridas no Processo Administrativo Ambiental.

Com o desenvolvimento desse trabalho, atingiu-se o objetivo inicialmente posto, demonstrando aos leitores como é desenvolvido e aplicado em Joinville, atualmente, o processo de educação, fiscalização e penalização em matéria ambiental pela Secretaria do Meio Ambiente - SEMA, apresentando a problemática do sistema e propondo modificações para elevar a sua eficiência.

Diante o estudo realizado, conclui-se que o sistema atualmente aplicado pela Secretaria do Meio Ambiente - SEMA tem sua eficiência reduzida pelos problemas apresentados, não atendendo as necessidades de uma cidade do porte de Joinville.

Assim, dentre as diversas propostas apresentadas, destacam-se: a regulamentação da Lei Complementar nº 29/1996 – Código Municipal do Meio Ambiente de Joinville, até que seja realizada a reforma do Código ou um novo entre em vigor; a expansão das atividades relacionadas à educação ambiental e à conscientização da população e das empresas que atuam no município; a reestruturação das equipes de licenciamento e fiscalização ambiental; a implantação de uma Procuradoria especializada em matéria ambiental, com a estruturação de uma equipe de apoio; a modificação do Processo Administrativo Ambiental.

Com a aplicação das propostas apresentadas nesse trabalho será possível elevar a eficiência do Sistema de Proteção ao Meio Ambiente em Joinville, buscando evitar a prática de infrações ambientais, mas caso essas sejam constatadas, garantindo a educação e punição do infrator, bem como, a reparação do dano causado ao meio ambiente.

Assim, busca-se o desenvolvimento de um pensamento e uma cultura popular voltada à proteção e preservação do meio ambiente por todos os cidadãos e pelo Estado, a fim de garantir a todos o direito à um meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme previsto na Constituição da República Federativa do Brasil.

Referências

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*. 4.ed. São Paulo: Método, 2013.

BATISTA, João. *Veículos da Secretaria de Meio Ambiente de Joinville estão parados por falta de manutenção*. Jornal Notícias do Dia. Disponível em: <<http://ndonline.com.br/joinville/noticias/247999-veiculos-da-secretaria-de-meio-ambiente-de-joinville-estao-parados-por-falta-de-manutencao.html>>. Acesso em 23 maio 2015.

BARBOSA, Carlos. *Atos administrativos: parte 1*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaTvJustica/portaTvJusticaNoticia/anexo/Carlos_Barboosa_Atos_administrativos_Parte_1.pdf>. Acesso em: 25 maio 2015.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. In: CANOTILHO, José Joaquim G.; LEITE, José Rubens M. (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 set. 2014.

_____. *Decreto 6.514/2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm>. Acesso em: 02 mar. 2015.

_____. *Lei Complementar nº 140/2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp140.htm>. Acesso em: 23 fev. 2015.

_____. *Lei nº 6.938/1981*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 12 out. 2014.

_____. *Lei nº 9.605/1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 02 mar. 2015.

_____. *Lei nº 9.784/1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 25 maio 2015.

_____. *Lei nº 9.795/1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm>. Acesso em: 23 out. 2014.

BRATZ, Jusara Aparecida. *Competência do município para legislar em matéria ambiental à luz do princípio da subsidiariedade*. Belo Horizonte: Interesse Público, ano 13, nº 67, mai/jun 2011.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DERANI, Cristiane. *Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica*. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (org.). *Temas de direito ambiental e urbanístico*. Lisboa, 1994.

DINO NETO, Nicolao. Introdução ao estudo das infrações administrativas ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, nº 62, 2011.

FÉLIX, Joana D'Arc Bicalho. Meio ambiente, benefícios e responsabilidades. *Revista Jurídica Consulex*, ano XIV, n.º 317, 2010.

FERREIRA, Helene Sivini. Competências ambientais. In: CANOTILHO, José Joaquim G.; LEITE, José Rubens M. (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Joinville*. Disponível em: <<http://cod.ibge.gov.br/233FF>>. Acesso em: 23 maio 2015.

JESUS, Gabriel Costa de. O direito de não produzir provas contra si mesmo e prova da embriaguez ao volante. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3130. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20941>>. Acesso em: 27 maio 2015.

JOINVILLE. *Lei Complementar nº 29/1996*. Disponível em: <<http://leismunicipa.is/brfki>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

_____. *Lei Complementar nº 418/2014*. Disponível em: <<http://leismunicipa.is/tshlj>>. Acesso em: 26 fev. 2015.

_____. *Lei Ordinária nº 5.712/2006*. Disponível em: <<http://leismunicipa.is/blhre>>. Acesso em: 23 fev. 2015

JORIO, Israel Domingos. Princípio do non bis in idem. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n.1161. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8884>>. Acesso em: 28 maio 2015.

JORNAL DO MEIO-DIA. *Fiscal denuncia irregularidades no setor jurídico da Fundema, em Joinville*. Disponível em: <<http://ricmais.com.br/sc/ambiente/videos/fiscal-denuncia-irregularidades-no-setor-juridico-da-fundema-em-joinville/>>. Acesso em: 29 maio 2015.

LUCHESI, Celso Umberto. *Considerações sobre o princípio da precaução*. São Paulo: SRS Editora, 2011.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MAGALHÃES, Juraci Perez. *A evolução do direito ambiental no Brasil*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1998*. São Paulo: Malheiros, 2008.

OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. *Introdução à legislação ambiental brasileira e licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves. *Difusos e coletivos: direito ambiental*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

PRATES, Marcelo Madureira. *Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia*. Coimbra: Edições Almedina SA, 2005.

ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito administrativo: parte I*. Coleção Sinopses Jurídicas, v.19, Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, nº 35, abr/maio 2011.

SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE. *Fiscalização*. Disponível em: <<https://meioambiente.joinville.sc.gov.br/conteudo/17-Fiscaliza%C3%A7%C3%A3o.html>>. Acesso em: 29 maio 2015.

SILVA, Paulo Regis Rosa. Repartição constitucional de competências em matéria ambiental. *Revista do Ministério Público*, nº 27. Porto Alegre: Nova Fase, 1992.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Linha do tempo: um breve resumo da evolução da legislação ambiental no Brasil*. Disponível em: <http://stj.jus.br/portal_stj/objeto/texto/impresao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=398&tmp.texto=97547>. Acesso em 09 set. 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula 467*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=53>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula Vinculante 5*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1199>>. Acesso em: 24 maio 2015.

TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. Evolução do direito ambiental no Brasil. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 13, nº 65, jan/fev. 2011

_____. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

WALACER, Fernando Cavalcanti et al. Notas sobre a LC 140/2011. *Revista de Direito Ambiental*, nº 70, 2013, pg. 39 a 73.

WEINER, Ann Helen. *Legislação ambiental brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

O retrocesso do Novo Estatuto da Família: uma análise do artigo 2º do Projeto de Lei nº 6.583/2013 à luz do princípio da vedação ao retrocesso social

Fabíola Cristina da Graça Müller²⁰⁶

Resumo: A presente pesquisa está direcionada a uma análise do art. 2º do Projeto de Lei nº 6.583/2013 a partir do princípio da proibição do retrocesso social, a fim de demonstrar a flagrante violação do referido princípio em relação à delimitação do conceito de família. O desenvolvimento deste trabalho é especialmente relevante perante o atual posicionamento conservador do Congresso Nacional, em que o ambiente se encontra bastante propício ao enfrentamento dos direitos fundamentais, institutos consagrados e protegidos pela Constituição Federal. O estudo realizado demonstra a evolução do conceito de entidade familiar na história legislativa brasileira, abordando sua transformação desde o período colonial até a sociedade atual, o papel dos princípios, especialmente da proibição do retrocesso social, e sua relação direta com os princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica no ordenamento jurídico pátrio, bem como o posicionamento do Novo Estatuto da Família frente ao atual entendimento jurisprudencial e hermenêutico sobre o tema. Os resultados alcançados por meio da análise da temática sob o filtro do contexto social, dos princípios jurídicos, da jurisprudência e da hermenêutica jurídica, evidenciam o retrocesso do projeto no campo de direitos sociais já garantidos, especificamente quanto ao conceito de entidade familiar.

Palavras-chave: *Família. Retrocesso. Legislação. Jurisprudência. Hermenêutica.*

1 Introdução

A necessidade de definir de que forma pode ser interpretado o art. 2º do Projeto de Lei (PL) nº 6.583/2013 a partir da ótica da proibição do retrocesso social se torna evidente nestes tempos de expressivas manifestações preconceituosas e de lamentáveis propostas de regressão nos direitos sociais, resultado da ação dos parlamentares componentes do Congresso Nacional mais conservador desde o período ditatorial brasileiro, demandando uma análise criteriosa dos projetos de lei desenvolvidos nesse contexto de permissividade quanto à violação de institutos consagrados e protegidos pela Constituição Federal.

A primeira parte desta pesquisa trata da transformação sofrida pelo conceito de entidade familiar na história legislativa brasileira, considerando o contexto político e econômico da sociedade que influenciou nos processos de implementação legal a fim de adequá-los aos anseios sociais e objetivos políticos e econômicos em voga.

Na segunda etapa do estudo é abordado o princípio da vedação ao retrocesso social, desde o seu surgimento até sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, conceituando-o e demonstrando sua vinculação com outros princípios, bem como seu papel no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no âmbito dos direitos fundamentais sociais, cuja delimitação e fundamentalidade serão igualmente apresentadas.

Por fim, esta pesquisa apresenta o Novo Estatuto da Família, selecionando o trecho do

²⁰⁶ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

texto legal que contraria o princípio da vedação ao retrocesso social e colacionando o atual posicionamento jurisprudencial e legislativo sobre o conceito de entidade familiar, expondo o conflito do PL nº 6.583/2013 com a interpretação contemporânea da Constituição Federal.

2 A transformação do conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro

A colonização portuguesa do Brasil trouxe consigo os preceitos da Igreja Católica Apostólica Romana e, como reflexo direto no direito vigente no país, as Ordenações Filipinas, de 1595. Ambas as formas de matrimônio previstas na legislação filipina, a formada pelo casamento solene e o casamento decorrente do trato público e da fama, tinham em comum o caráter de indissolubilidade, visando atender os preceitos católicos, independentemente da religião adotada por minorias da população (CUNHA, 2010).

A Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, manteve a vigência das Ordenações Filipinas, de modo que, segundo Castanho (2012), “o direito das famílias continuou sendo objeto das leis portuguesas e da igreja”. Já a primeira Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 1891 e demonstrando claramente a intenção política de retirar da Igreja Católica o poder sobre o ato jurídico do casamento, instituiu, em seu art. 72, § 4º, que “a república só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.

No primeiro Código Civil (CC) brasileiro, promulgado em 1916, as famílias reconhecidas eram aquelas formadas a partir do matrimônio legitimado pelo direito canônico, com a visão da família consagrada pelo paternalismo e hierarquia, representada pela posição do homem como chefe da sociedade conjugal e com a mulher relegada ao segundo plano em virtude de sua posição relativamente incapaz (GAGLIANO, 2012). Este código entrou em vigor no século XX, entretanto, com as ideias ancoradas no século anterior e firmemente vinculadas a questões patrimoniais, sem apresentar preocupações com os direitos da filiação havida fora do casamento ou com as uniões sem matrimônio legalmente reconhecido (VENOSA, 2008). Assim, o referido diploma legal já entrou em vigor sem corresponder à realidade de um Brasil cuja maioria da população encontrava-se em situações familiares que não estavam amparadas pela lei.

Em 1934, a segunda Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil veio responder aos anseios das classes sociais mais vulneráveis, inclinando-se nitidamente para a questão social e determinando ao Estado o dever de prestar especial proteção à família, destacando-se especialmente a disposição de que o desquite e a anulação de casamento seriam determinações da lei civil, a caracterização da igualdade de efeitos no casamento religioso e civil, a exigência de registro civil do casamento e o reconhecimento dos filhos naturais (CASTANHO, 2012).

A terceira Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1937, e a quarta, de idêntica denominação, promulgada em 1946, tiveram como principal preocupação o

aperfeiçoamento do papel do Estado na assistência à família, à maternidade, à infância e à adolescência, em perfeita sintonia com o contexto social de migração das famílias do meio rural, com proles numerosas e sem qualificação profissional, para os centros urbanos.

No âmbito das constituições do período ditatorial brasileiro, respectivamente de 1967 e 1969, não houve qualquer inovação no campo da família, configurando os respectivos textos apenas em repetição dos direitos já conferidos nas constituições anteriores, entretanto, a jurisprudência passou a conceder os mesmos efeitos jurídicos às uniões livres, ajustando-se às concepções culturais e sociais (TAPIA).

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), promulgada em 1988, dispensou um tratamento especial à família, destacando um capítulo inteiro para as disposições concernentes ao tema, fundando-se em preceitos como igualdade, solidariedade e respeito à dignidade da pessoa humana. Ao mesmo tempo em que preservou disposições já garantidas nas constituições anteriores, a CRFB inovou ao reconhecer a união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes como entidade familiar, igualar o homem e a mulher na sociedade conjugal e vedar qualquer diferença de direitos, qualificação ou tratamento entre filhos havidos dentro ou fora do casamento e por adoção (CUNHA, 2010).

Entretanto, apenas a Lei nº 8.971, de 1994, veio a disciplinar a união estável, tendo em vista que CRFB deixou os requisitos necessários para sua caracterização nas mãos do legislador ordinário. Esta lei estabeleceu os elementos caracterizadores desse tipo de união, conferindo o direito à pensão alimentícia quando comprovadas a necessidade do alimentado e as possibilidades do alimentando (CAMPOS, 2003).

Em 1996, a Lei nº 9.278, por sua vez, foi promulgada com o fim de definir juridicamente a instituição da união estável. Esta lei dispõe em seu art. 1º que a união estável é a constituição da “convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

O atual Código Civil entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003 e, embora seu projeto original datasse de 1975, anterior, portanto, à CRFB, este diploma legal divergiu da larga ordem de valores por ela introduzidos, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana (DIAS, 2013). Contudo, a CRFB instituiu o que foi chamado de constitucionalização do Direito Civil, que impôs a releitura do CC/02 sob o filtro da CRFB. Segundo Donadel (2003), este processo pelo qual o Direito Civil foi obrigado a passar levou “à releitura do Código Civil, das leis especiais e de todo ordenamento à luz dos preceitos da Constituição”, passando, portanto, tal diploma legal a ser interpretado de acordo com os dispostos no texto da Lei Maior.

Entre os princípios mais importantes instituídos pela CFRB e adotados pelo CC, encontra-se o princípio da não intervenção, disposto no art. 1.513 do diploma legal e reforçado pelo art. 1.565, § 2º. O texto destes artigos trata sobre a proibição de qualquer pessoa de direito público ou privado de interferir coativamente na vida da família, inclusive no planejamento

familiar (TARTUCE, 2015). Este princípio mantém relação direta com o princípio da autonomia, igualmente protegido pela CRFB e de particular importância no âmbito das relações familiares. Isso porque, quando se escolhe com quem ficar, namorar, noivar, casar ou ter uma relação estável com base no afeto, na verdade, fala-se em autonomia privada (TARTUCE, 2015).

Ainda assim, a despeito dos esforços legislativos e do longo tempo dedicado à elaboração do projeto, muitos aspectos importantes não foram abordados. De acordo com Gagliano (2012), “o fato é que necessárias questões não foram devidamente enfrentadas, a exemplo da superação da culpa como paradigma jurídico, o tratamento da família monoparental e a união entre pessoas do mesmo sexo”. Num contexto em que a união entre pessoas do mesmo sexo não foi mencionada no diploma civil, e, importante ressaltar, tampouco na CRFB, esta modalidade de núcleo familiar não se encaixaria na equiparação com a união estável, tendo em vista que o texto constitucional é explícito ao admitir tal entidade familiar apenas quando composta de homem e mulher. A união homoafetiva permaneceu, portanto, mesmo após o advento do atual CC, sem reconhecimento como entidade familiar.

Atualmente, o termo família pode assumir diferentes significações, de acordo com a área das ciências humanas que o estuda, esta pesquisa se ocupa dos conceitos utilizados na ciência jurídica. Na lição de Gagliano (2012), a definição do núcleo familiar é complexa, “reveste-se de alta significação psicológica, jurídica e social, impondo-nos um cuidado redobrado em sua delimitação teórica, a fim de não correremos o risco de cair no lugar comum da retórica vazia ou do exacerbado tecnicismo desprovido de aplicabilidade prática”.

Sendo assim, a legislação brasileira não possui um conceito único e absoluto do vocábulo família que seja considerado apto a delimitar a complexa e múltipla gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, mas abrange vários significados em seu ordenamento jurídico (GAGLIANO, 2012). A maior parte dos doutrinadores classifica a família como uma união de pessoas, subordinada às normas sociais vigentes, que a sociedade utiliza como forma de regular a procriação e o desenvolvimentos dos filhos, e que o direito reconhece como instituição ao dispor sobre sua regulamentação. Desta forma, em síntese, para o direito brasileiro, a família consiste no conjunto social formado por indivíduos com alguma forma de laço sanguíneo, jurídico ou afetivo.

A sociedade em que esse conceito está inserido, como outras sociedades contemporâneas, é complexa e se transforma constantemente, alterando diretamente a realidade sociocultural e privada dos cidadãos. Essas mudanças sociais influenciam na concretização de uma miscelânea de valores, inclusive novos arranjos e composições familiares que, muitas vezes, não permitem que a lei tenha tempo de prever e proteger (HIRONAKA, 2007).

E dessas transformações, com o objetivo de alcançar um ordenamento jurídico mais humanitário e inclusivo, surgiu o PL nº 2.285/2007. Popularmente conhecido como Estatuto das Famílias, o projeto visa proteger e beneficiar todas as formas de família, que, segundo Pereira

(2013), “hoje, deixou de ser essencialmente um núcleo econômico para dar lugar à livre manifestação do afeto”. Uma grande inovação trazida pelo referido PL, em seu art. 68, foi a possibilidade de reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares. A partir desta proposta, por consectário lógico, os direitos e deveres advindos desse tipo de união passariam a ser assegurados de forma regulamentada (SILVA, 2010).

Por fim, está em trâmite o PL nº 5.120/2013, que propõe a alteração de vários artigos do CC, a fim de reconhecer e regulamentar o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Este projeto busca a adequação da legislação civil às demandas sociais, almejando um acesso igualitário aos direitos de família a todos os brasileiros. Nas justificativas apresentadas para a proposta, encontra maior relevância o argumento de que a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo é uma violação dos direitos fundamentais, principalmente do direito à igualdade.

3 O princípio da vedação ao retrocesso social

O surgimento do princípio da vedação ao retrocesso social deu-se na Itália, quando, em 1955, o doutrinador Ballardore Pallieri citou o princípio pela primeira vez, constatando que, ao alcançar determinado patamar, o direito social não poderia ser diminuído de forma a voltar à situação anterior (DERBLI, 2010). Em 1984, foi em Portugal que encontrou acolhida a concepção de que os direitos fundamentais sociais assumiram a condição de direitos de defesa contra medidas de cunho retrocessivo.

O princípio da proibição do retrocesso social encontra-se implícito e tem sede material na CRFB, decorrendo diretamente dos princípios do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais. Ademais, resulta da influência da imposição constitucional de ampliação dos direitos fundamentais sociais e da construção de uma sociedade solidária e socialmente justa, seguindo a tendência do direito internacional de promover a progressiva implementação da proteção social pelos Estados (FILETI, 2009).

A ideia central deste princípio se relaciona diretamente à necessidade de manutenção da segurança jurídica e da preservação da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2007), no sentido de garantir a proteção de direitos já consolidados contra a atuação do legislador que possa causar a supressão ou redução na tutela desses direitos. Sua fundamentação está diretamente vinculada ao pensamento do constitucionalismo dirigente, que atribui tarefas ao Estado e à sociedade a fim de ampliar o alcance dos direitos sociais. No Brasil, essa influência no texto constitucional ficou evidente nos princípios basilares aos quais o texto legal voltou maior atenção: a proteção e a efetivação dos direitos humanos e a sedimentação da democracia (MOREIRA, 2008).

No constitucionalismo contemporâneo brasileiro, em que as normas constitucionais, especialmente as principiológicas, foram promovidas ao núcleo do ordenamento jurídico, o resgate da normatividade conferiu aos princípios três funções primordiais: concentrar os valores mais importantes da coletividade, proporcionar unidade e harmonia ao sistema jurídico e condicionar a interpretação das normas constitucionais (BARROSO, 2006). Assim, visualiza-se nitidamente o caráter do princípio da vedação ao retrocesso social no ordenamento jurídico: um princípio de eficácia negativa e vedativa ao retrocesso, com o objetivo de condicionar a interpretação das normas jurídicas e direcionamento à proteção de direitos fundamentais já adquiridos e pacificamente aceitos pela sociedade.

O conteúdo deste instituto está centralizado na vinculação do legislador aos ditames constitucionais concernentes aos direitos sociais, significando que, uma vez alcançado um determinado grau de concretização de uma norma constitucional definidora de direito social, o legislador fica proibido de suprimir ou reduzir essa concretização sem a criação de mecanismo equivalente ou substituto (FILETI, 2009). Nesse contexto, tanto a legislação quanto a jurisprudência não podem retroceder na evolução que tiveram ao longo dos anos quanto à aplicação do direito constitucional no âmbito dos direitos fundamentais.

3.1 A vedação ao retrocesso social no campo dos direitos fundamentais sociais

A doutrina adotada pela CRFB segue o entendimento de que os direitos sociais são os direitos fundamentais do homem social, consistindo em mais do que somente uma categoria de direitos fundamentais, mas, como ensina Silva (2007) num “meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades”.

Esses direitos caracterizam-se principalmente em prestações positivas impostas às autoridades públicas pela Constituição. Entretanto, a segunda dimensão dos direitos fundamentais não engloba apenas os direitos de cunho positivo, mas também as denominadas liberdades sociais (SARLET, 2007). Enfim, embora em sua essência os direitos sociais configurem para o Estado a obrigação de proteger e fomentar, nem todas essas ações são prestacionais ou obrigatórias, ficando a critério do Estado escolher o melhor dentre os meios possíveis para atingir o fim definido pela Constituição.

Os direitos fundamentais constituem expressões da dignidade da pessoa humana que tendem a se ampliar sempre que as circunstâncias fáticas e jurídicas o permitam. Para que seja reconhecida aos direitos sociais a mesma medida de justiciabilidade que possuem os direitos fundamentais, há que se considerar a sua indispensabilidade para a consecução de uma existência digna dentro dos padrões de cada Estado e sociedade, pois, ao contrário de resultar numa desvalorização da noção de direitos fundamentais, os direitos sociais representam um passo adicional na caminhada para possibilitar uma existência humana digna.

Assim, as liberdades jurídicas garantidas pelos direitos fundamentais, no entendimento de Fileti (2009), “representam meras fórmulas vazias para os indivíduos que não possuem a liberdade fática necessária para exercê-las”. Portanto, tendo em vista que os direitos fundamentais têm como objetivo principal possibilitar o livre desenvolvimento do ser humano e de sua dignidade, faz-se necessário que o ordenamento constitucional inclua a previsão não apenas das liberdades necessárias para esse desenvolvimento, mas também dos meios que possibilitam o exercício dessas liberdades.

A indeterminação do conteúdo dos direitos fundamentais sociais tampouco impede a aquiescência de um conteúdo essencial, mínimo, cuja não realização ou violação levaria os poderes públicos a incidir em inconstitucionalidade, pois a indeterminação do conteúdo é uma problemática que também se aplica aos direitos fundamentais clássicos (FILETI, 2009).

Outro argumento favorável à fundamentalidade dos direitos sociais pode ser extraído da própria Constituição. Quando a CRFB estabelece, em seu preâmbulo, o compromisso, enquanto Estado Democrático de Direito, de assegurar o exercício dos direitos sociais, denota-se a obrigação jurídica do Estado de proteger esses bens jurídicos, direta ou indiretamente.

Por fim, um último argumento com peso considerável para o reconhecimento dos direitos fundamentais sociais é aquele relativo aos direitos das minorias, que, sob uma perspectiva política, são grupos possuidores de determinadas características históricas ou sociais cuja representação adequada não é verificada no âmbito político (FILETI, 2009). Como Estado Democrático de Direito, é primordial fomentar na sociedade o respeito ao princípio da dignidade humana, criando mecanismos na via constitucional capazes de evitar a opressão das minorias.

A CRFB estabelece que sejam adotadas todas as medidas para a efetivação dos direitos fundamentais, bem como gera para o legislador o dever de assegurar a concretização dos direitos fundamentais sociais. É necessário criar a segurança de que esses direitos não serão cerceados por ausência de amparo normativo, bem como garantir que as leis responsáveis por esta função não sejam revogadas, sem que haja uma norma substitutiva. É também inadmissível a ocorrência de qualquer restrição arbitrária ou desproporcional da base normativa infraconstitucional de um direito social (CARVALHO, 2013).

Em se tratando de direitos fundamentais, é assegurado ao indivíduo a prestação obrigatória de um mínimo existencial, direito que o Estado não pode negar, mesmo diante da inexistência de recursos. Esse mínimo existencial significa o próprio conteúdo do núcleo essencial, sendo ambos, na verdade, expressões sinônimas amparadas legalmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir do momento em que um direito social é concretizado, adquire o status de direito de defesa e, nessa qualidade, o Estado deve respeitar o nível de tutela social auferido, abstendo-se de violar, suprimir ou restringir a conservação ou desenvolvimento desse direito. Importante ressaltar que esse direito de defesa é um direito fundamental e, como tal, está incluso nas

cláusulas pétreas da CRFB, sendo, portanto, vedada a sua violação, supressão ou restrição de seus efeitos (CARVALHO, 2013).

Conforme anteriormente abordado nesta pesquisa, o princípio da proibição do retrocesso social está intimamente conectado com os princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, funcionando como um mecanismo de manutenção de institutos jurídicos como o direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada e vedação de norma retrocessiva quanto aos direitos fundamentais. Dessa forma, o movimento de esfacelamento de direitos sociais representa uma flagrante violação à ordem constitucional, na medida em que viola os direitos e garantias sociais presentes nas cláusulas pétreas. A qualidade de direitos fundamentais dos direitos sociais os torna intangíveis e irredutíveis, providos da garantia da suprema rigidez constitucional, o que torna inconstitucional qualquer ato tendente a restringi-los ou aboli-los.

4 O Novo Estatuto da Família e o atual entendimento jurisprudencial e legislativo sobre o tema

O PL nº 6.583/2013, popularmente conhecido como Novo Estatuto da Família, restringe a definição de entidade familiar à união formada entre homem e mulher ou ainda pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos, sem mencionar outros arranjos familiares atualmente reconhecidos e protegidos pela legislação brasileira, excluindo da proteção constitucional as famílias com arranjos anaparentais, ou seja, aquelas sem relação direta de descendência, como tios que cuidam de sobrinhos, irmãos que vivem juntos ou, especialmente, núcleos familiares homoafetivos.

Contudo, ainda que o referido PL esteja em conformidade com as modalidades de família que a CRFB admitiu de forma expressa, quais sejam, a família fundada no matrimônio, a família fundada pela união estável, e a família fundada pela monoparentalidade, a interpretação constitucional contemporânea é aberta e, portanto, torna-se inviável considerar, de forma restritiva, que apenas a tradicional família nuclear, formada pelos cônjuges e sua descendência representam o modelo ideal de entidade familiar.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 foi proposta em 2008, sob a alegação de que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, todos previstos na CRFB. A partir deste argumento, a tese adotada defendia que o Supremo Tribunal Federal (STF) deveria aplicar o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no art. 1.723, do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro.

Um dos argumentos utilizados na referida ADPF foi o da proibição de discriminação das pessoas em razão da orientação sexual de cada qual, fundamentado no art. 3º, IV, da CRFB, afirmando que, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, o sexo

das pessoas não pode se prestar a fator de desigualação jurídica, sob pena de violar o supramencionado artigo e, como consectário lógico, o objetivo constitucional da promoção do bem de todos. A tese utilizada defende que a preferência sexual consiste emanação direta do princípio da dignidade da pessoa humana e que o uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas, sendo, portanto direito fundamental e cláusula pétrea da CRFB (BRASIL, 2011).

Outro aspecto abordado pela referida ADPF foi o a necessidade de uma interpretação extensiva do substantivo família, com base no *caput* do art. 226 da CRFB, pois, sendo o núcleo familiar o principal *locus* institucional dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada, imprescindível se faz uma interpretação constitucional a fim de garantir a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos, que somente ganha plenitude de sentido quando visa a formação de uma família.

Assim, ressalta-se no texto a imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição, que também pode se formar por vias distintas do casamento civil, tendo em vista que a CRFB avançou no plano dos costumes, na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural, não podendo portanto, sob o risco de incoerência, permitir preconceito quanto à orientação sexual das pessoas (BRASIL, 2011).

Há também na ADPF nº 132 uma menção específica ao § 3º do art. 226 da CRFB, no âmbito da dicotomia entre homem e mulher. Baseando-se na inexistência de diferença na qualidade jurídica das formas de relação entre heteroafetivos e homoafetivos, pois, na interpretação do STF (2011), a CRFB não proíbe expressamente a formação de família por pessoas do mesmo sexo, razão pela qual a tese do requerente clama pela “consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem [...], o que não se dá na hipótese *sub judice*”.

A última justificativa levantada na ADPF em questão foi o requisito de interpretação do art. 1.723, do CC, em conformidade com a CRFB. A tese adotada é a da necessidade da utilização da técnica de interpretação através do filtro constitucional, a fim de evitar interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do referido artigo.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, inicialmente protocolada na Corte como ADPF 178, buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, além de pedir, ainda, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. Além disso, a ADI em questão teve como fundamentos legais os mesmos anteriormente abordados, encampados pela ADPF nº 132, razão pela qual ambas foram julgadas conjuntamente pelo pleno do STF.

Assim, em votação conjunta com a ADPF nº 132, o STF, de forma unânime na ADI nº 4.277, atribuiu às relações homoafetivas os mesmos direitos e obrigações das relações

heteroafetivas, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

O Recurso Especial (REsp.) nº 1.183.378, por sua vez, interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que extinguiu a ação movida pelos requerentes sem julgamento, por entender que o pedido era juridicamente impossível, foi ajuizado a fim de converter a união estável entre duas mulheres em casamento civil.

Além da repetição das alegações constantes nas ações previamente citadas, um dos argumentos que fundamentou essa ação foi a necessidade de interpretação dos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil, sob o filtro da CRFB, tendo em vista que inexistente vedação expressa à união de pessoas do mesmo sexo e, desse modo, a vedação implícita afrontaria os princípios constitucionais da igualdade, da não discriminação, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo e livre planejamento familiar (BRASIL, 2012). Ademais, foi alegada como inaceitável a adoção pelo tribunal recorrido de orientação principiológica diversa da conferida pelo STF no julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277, sob a justificativa de que a concepção constitucional do casamento deve ser plural, porque plurais também são as famílias na sociedade atual.

Dessa forma, o STJ julgou procedente o REsp. nº 1.183.378, concluindo que a dignidade da pessoa humana não sofre variação na sua importância em razão do uso da sexualidade e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para discriminar famílias da proteção jurídica conferida constitucionalmente ao casamento.

Por fim, apesar do texto bastante curto, a Resolução nº 175, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que disciplina a habilitação, celebração de casamento civil e a conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo, foi fundamentada nos acórdãos previamente apresentados neste trabalho, ações nas quais os tribunais reconheceram a inconstitucionalidade da distinção de tratamento legal às uniões homoafetivas e decidiram pela inexistência de óbices legais para a celebração de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, o texto da Resolução nº 175, ao dispor que a vedação às autoridades competentes para recusar a habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, representa um grande avanço no direito civil brasileiro, garantindo a efetivação dos direitos dos homossexuais, que, até sua publicação e sem nenhuma justificativa, não eram considerados dignos de acesso ao casamento civil, tampouco do reconhecimento como entidade familiar.

4.1 O Projeto de Lei nº 6.583/2013 sob o filtro dos métodos de interpretação e dos princípios jurídicos constitucionais

O caminho a ser seguido pelo intérprete para a extração do significado do enunciado da norma constitucional é chamado de método de interpretação. Nesse sentido, vários são os métodos possíveis, entretanto, em relação ao tema do presente estudo, duas maneiras de

interpretação merecem maior atenção: método científico-espiritual e método normativo-estruturante.

A ideia central do método científico-espiritual é a de que a Constituição não é um mero instrumento de organização do Estado, mas sim um compêndio de valores econômicos, sociais, políticos e culturais que devem se integrar à vida dos cidadãos como ferramenta de superação de conflitos e de promoção do desenvolvimento da sociedade (LIMA, 2007). Sobre o tema, ensinam Mendes, Coelho e Branco (2008) que o direito constitucional consiste num “conjunto de normas que só se compreendem com referência a essas mesmas realidades espirituais, as quais, por seu turno, só se realizam, de forma plena e continuada, por força dessa positivação, que lhes confere normatividade” e, portanto, não apenas permite, mas exige uma interpretação extensiva e flexível que deve se renovar continuamente frente às transformações da realidade que por ele regulada.

O método normativo-estruturante, por sua vez, parte da premissa de que o texto normativo constitui apenas um feixe inicial do real significado do comando jurídico, que tem uma ligação muito mais profunda com a concretização do caso. Dessa forma, o conteúdo de uma norma é quase insignificante, necessitando, para fazer sentido, de uma análise da situação concreta que tal norma regula. Nesse contexto, esclarecem Mendes, Coelho e Branco (2008), que para normatizar a conduta humana em relação a cada caso do cotidiano, “a norma [...] precisa de concretização, o que só será possível se nesse processo forem levadas em consideração, junto ao contexto normativo, também as peculiaridades das concretas relações vitais, que essa norma pretende regular”, sob risco de não lograr êxito em resolver as questões que motivaram sua disposição.

Analisando-se o art. 2º do PL nº 6.583/2013 sob o filtro dos princípios jurídicos que norteiam a CRFB, inicialmente em relação ao princípio da igualdade, tanto o legislador quanto o intérprete não podem conferir tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais, sendo-lhes constitucionalmente vedadas quaisquer diferenciações baseadas no sexo ou orientação sexual, tratamento jurídico que deve seguir as mesmas diretrizes no âmbito do direito de família, onde, diante da existência de vazios legais, o reconhecimento de direitos é realizado através da identificação de semelhança significativa, ou seja, por meio da analogia, que tem como base o os fundamentos do princípio em questão.

O princípio da liberdade, na temática em estudo, corresponde à liberdade individual, definida pela liberdade do poder de agir no meio social segundo a própria determinação. É a representação da autonomia privada em sua dimensão existencial, manifestando-se na possibilidade de orientar-se sexualmente sem interferência alheia. No contexto específico dos relacionamentos homoafetivos, cabe ressaltar que a liberdade sexual consiste num direito humano de primeira geração, uma liberdade individual que exige tratamento igualitário e independe da tendência sexual do indivíduo, além de, como todos os direitos humanos de

primeira geração, ser inalienável e imprescritível. Ainda nesse sentido, são pertinentes os esclarecimentos de Dias (2003), de que “não se pode deixar de considerar a livre orientação sexual como um direito de segunda geração, dando origem a uma categoria social merecedora de proteção diferenciada”.

Concernente ao princípio da dignidade da pessoa humana, definida como a prerrogativa de todo ser humano de realizar todos os seus projetos pessoais e coletivos de vida, que são merecedores de respeito, consideração e reconhecimento, este é considerado um contexto no qual não cabe ao Estado dispensar tratamento destinado a suprimir a liberdade homoafetiva, pois, conforme Pereira (2006), “a intervenção do Estado deve apenas e tão somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo”.

Já o princípio da segurança jurídica, essencial e inerente ao Estado Democrático de Direito, segundo os ensinamentos de Magalhães (2013), “vincula-se à garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito, bem como à garantia de previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos do poder público”. Portanto, é de entendimento geral que qualquer incerteza quanto ao reconhecimento, já pacificado nos tribunais superiores, da união homoafetiva, bem como suas consequências jurídicas, pode acarretar insegurança jurídica ainda maior, tanto para as famílias homoafetivas quanto para a própria sociedade.

Por fim, sob o viés do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, a imposição de restrições precisa ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos da mesma hierarquia. Assim, especialmente no contexto dos direitos fundamentais, caso não haja justificativa, é alta a probabilidade de que a decisão tomada seja caso de mero preconceito ou autoritarismo moral, razão pela qual o controle exercido pelo Poder Judiciário nesses casos deve ser tanto maior quanto for a evidência de equívoco da premissa escolhida pelo Poder Legislativo (ÁVILA, 2005).

Portanto, tanto sob o viés dos métodos interpretativos, quanto através do filtro dos princípios constitucionais acima expostos, torna-se perfeitamente cabível uma interpretação extensiva do texto constitucional, que reconheça outros arranjos familiares, não apenas aqueles compostos exclusivamente por homem e mulher ou qualquer dos genitores e descendentes, consistindo o PL nº 6.583/2013, portanto, em flagrante violação do princípio da vedação ao retrocesso social.

5 Considerações finais

A delimitação do conceito de família apresentada no texto do Novo Estatuto da Família constitui flagrante violação do princípio da vedação ao retrocesso social. A partir do estudo da evolução da definição de família na legislação brasileira, da detalhada análise do princípio da

proibição do retrocesso social e outros com ele relacionados, do apurado exame dos métodos de interpretação constitucional atualmente aplicados, bem como da ampla pesquisa legislativa e jurisprudencial realizada nesta pesquisa, deduz-se que a definição de família apresentada no PL nº 6.583/2013 constitui um retrocesso no âmbito dos direitos sociais.

Comprovou-se que os padrões de comportamento social são mutáveis e, com eles, modifica-se também a legislação a fim de adequação. Esta necessidade de adaptação aos anseios sociais é contínua e permanente, demonstrando que, apesar de definições fixadas em lei, é bastante recorrente a ocorrência de novas interpretações e releituras conceituais de acordo com a realidade social vigente.

Ademais, restou demonstrado que o princípio da vedação ao retrocesso social é perfeitamente aplicável aos direitos fundamentais sociais e que, neste campo, detém o papel chave de garantir, mediante vinculação do Poder Público, que esses direitos não sejam objeto de qualquer medida retrocessiva.

Por fim, concluiu-se que a conceituação de entidade familiar defendida pelo Novo Estatuto da Família configura retrocesso social, pois desconsidera os princípios que fundamentam o teor da Constituição Federal, no sentido de incentivar e proteger a liberdade individual e a busca pela plena realização pessoal dos cidadãos, e contraria, inclusive, o entendimento jurisprudencial pacificado de que o objetivo da família é a convivência afetiva, não cabendo, neste contexto, discriminação por conta de orientação sexual dos seus componentes.

Dessa forma, restou caracterizada a explícita violação do princípio da proibição do retrocesso social pelo Novo Estatuto da Família, ao limitar, em seu art. 2º, o conceito de família apenas àquelas formada pela união de homem e mulher ou de um dos genitores e seus descendentes. O posicionamento consiste nitidamente em visão retrógrada e preconceituosa do afeto, principalmente entre pessoas do mesmo sexo, mas também discrimina os componentes de outros tipos de arranjos familiares que já tiveram seus direitos à constituição de núcleos familiares garantidos pelo Poder Judiciário.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na arquição de descumprimento de preceito fundamental 132 Rio de Janeiro*. Relator: Britto, Ayres. Publicado no Dje de 14/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão no recurso especial nº 1.183.378 Rio Grande do Sul*. Relator: Salomão, Luís Felipe. Publicado no Dje de 01/02/2012. Disponível em:

<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/inteiro-teor-21285515>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

CAMPOS, Patrícia Eleutério. *A união estável e o novo Código Civil*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4342/a-uniao-estavel-e-o-novo-codigo-civil>>. Acesso em: 25 out. 2015.

CARVALHO, Felipe Grangeiro de. *Os direitos fundamentais à luz do princípio da proibição do retrocesso social e da cláusula de reserva do possível*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,os-direitos-fundamentais-a-luz-do-principio-da-proibicao-do-retrocesso-social-e-da-clausula-de-reserva-do-poss,43553.html>> Acesso em: 2 abr. 2016.

CASTANHO, Maria Amélia Belomo. A família nas constituições brasileiras. *Revista Argumenta-UENP*, Jacarezinho, n. 17, p. 181-204.

CUNHA, Matheus Antonio da. *O conceito de família e sua evolução histórica*. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica>>. Acesso em: 16 out. 2015.

DERBLI, Felipe. *A aplicabilidade da proibição do retrocesso social no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *A igualdade desigual*. Disponível em: <[http://www.mariaberenicedias.com.br/manager/arq/\(cod2_646\)32__a_igualdade_desigual.pdf](http://www.mariaberenicedias.com.br/manager/arq/(cod2_646)32__a_igualdade_desigual.pdf)>. Acesso em: 22 jun. 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DONADEL, Adriane; et al. *Tendências constitucionais no direito de família: estudos em homenagem ao prof. José Carlos Teixeira Giorgis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *O princípio da proibição de retrocesso social*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social>>. Acesso em: 3 abr. 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; et al. *Estatuto das famílias: projeto de lei nº 2.285/2007*. Porto Alegre: Magister, 2007.

LIMA, Henrique. *Métodos de interpretação constitucional*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=367>. Acesso em: 22 jun. 2016.

MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. *Características da segurança jurídica no Brasil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-22/observatorio-constitucional-caracteristicas-seguranca-juridica-brasil>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, Nelson Camatta. Constitucionalismo dirigente no Brasil: em busca das promessas descumpridas. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 3, p. 87-128.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo

Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; *et al.* *Estatuto das famílias corrige enganos e injustiças*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/estatuto-familias-corrige-enganos-exclusoes-injusticas-desrespeitos>>. Acesso em: 4 nov. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Paulo Lins e. *O estatuto das famílias no direito comparado*. Disponível em: <http://www.pasquali.adv.br/public/uploads/downloads/o_estatuto_das_familias_no_direito_comparadoibdfamnov.2011.pdf>. Acesso em 5 nov. 2015.

273

TAPIA, Eloisa Veloso Rodriguez. *O conceito jurídico de família nas constituições brasileiras de 1824 a 1988: um estudo histórico-historiográfico*. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/viewFile/14679/9424>>. Acesso em: 18 out. 2015.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRUPO DE TRABALHO: DIREITO, EDUCAÇÃO E INFÂNCIA

Alienação parental e a defesa da dignidade da criança

Luana Cristina da Silva
Roberta Cristina Emmenderfer
Yasmin Giovana Zopellaro

Resumo: O trabalho aborda a alienação parental como um exemplo de violação ao direito da criança à convivência familiar, bem como o direito-dever do genitor alienado. Ademais, expõe-se como o juiz, o advogado e outros auxiliares da justiça podem utilizar da lei e outras fontes do direito para agir em defesa não somente do direito a convivência familiar, mas também a dignidade humana da criança. Objetiva-se primeiramente possibilitar o reconhecimento dos problemas causados para criança e, por consequência, no seio da sociedade, com a concretização da alienação parental. Como resultado posteriormente, procura-se identificar como o direito pode servir como instrumento para o combate da alienação parental, por meio dos profissionais do direito. É notório que a empatia e alteridade devem ser desenvolvidas pelos profissionais da área jurídica e também pelos estudantes para que a alienação parental não seja tratada apenas pelas áreas da saúde, como a psicologia, uma vez que o tema é interdisciplinar e possui grande relevância social. Ou seja, o direito deve dialogar com as outras áreas, já que o tema incide diretamente na violação do direito da criança e do genitor alienado.

275

Palavras-chave: *Alienação Parenta. Dignidade da criança. Direito.*

Introdução

Inicialmente, conforme o texto de Lei 12.318/10 há 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.

Há também o conceito que surgiu em 1985, em decorrência de estudos realizados pelo psicólogo americano Richard Gardner:

[...] é um distúrbio que surge inicialmente no contexto das disputas em torno da custódia infantil. Sua primeira manifestação verifica-se numa campanha que visa denegrir a figura parental perante a criança, uma campanha que não tem justificação. Esta síndrome resulta da combinação de um programa de doutrinação dos pais (lavagem cerebral) juntamente com a contribuição da própria criança para envilecer a figura parental que está na mira desse processo.

Segundo Maria Berenice Dias, a alienação parental, em que um genitor ou outro membro da família que possui a guarda ou a vigilância sobre o menor, faz comentários e relatos falsos contra o outro genitor, caracterizando-o com inúmeros defeitos e promovendo o sentimento de repulsa na criança perante seu próprio antecedente, torna a criança um “instrumento da agressividade direcionada ao parceiro”.

Porém, há casos que após a separação, um dos genitores faz a alienação parental porque não conseguindo enfrentar o período de transição do fim do relacionamento, conforme Dias faz da alienação parental, “a forma encontrada para compensar o abandono, a perda do sonho do amor eterno, acaba recaindo sobre os filhos, impedindo que os pais com eles convivam”.

No mesmo diapasão, afirma a autora Maria Helena Diniz, “com a intenção de afastar a criança do convívio com o outro genitor, o guardião fomenta a Alienação Parental que é o início, propriamente dito, do processo de afastamento entre genitor não guardião e o filho”. Mas, ao contrário, infelizmente a criança que tem assegurado o direito à convivência familiar, tem seu direito violado e torna-se “órfã” de um dos genitores que está ainda vivo, conforme salienta Dias, a criança “levada a afastar-se de quem a ama, o que gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ela e o pai. Acaba aceitando como verdadeiro tudo que lhe é informado. Identifica-se com o genitor patológico e torna-se órfã do genitor alienado”.

O assunto tem tamanha relevância social que ultrapassou os limites do lar, sendo assunto tratado também pelo direito. Ademais, há um dia consagrado mundialmente para conscientização sobre alienação parental que é o dia 25 de abril, para que se evite a alienação parental devido aos efeitos nocivos no desenvolvimento da criança.

2 Como identificar a alienação parental

A identificação da alienação parental pode ser observada através do padrão de conduta do genitor alienador, onde este demonstra por meio de atitudes, condutas diversificadas, dificultando o bom relacionamento do filho com o outro genitor.

Segundo François Podevyn:

Para identificar uma criança alienada, é mostrado como o genitor alienador confia a seu filho seus sentimentos negativos e às más experiências vividas com o genitor ausente. Dessa forma, o filho vai absorvendo toda a negatividade que o alienador coloca no alienado, levando-o a sentir-se no dever de proteger, não o alienado, mas, curiosamente, o alienador, criando uma ligação psicopatológica similar a uma “*folie a deux*”.

A Lei 12.318/10, em seu parágrafo único do art. 2º, demonstra um rol de hipóteses que caracterizariam a alienação parental. Eis, contudo, as hipóteses previstas em lei:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar sua convivência com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

O estudo de 700 casos de separação litigiosa, examinados no decorrer de 12 anos, permitiram que os Dr. J. Michael Bone e Dr. Michael R. Walsh(1999) identificassem 4 critérios para subentender que a alienação pode estar ocorrendo.

2.1 Obstrução a todo contato

A razão dada pelo alienador é que o outro genitor não teria mais motivo para ficar junto aos filhos e que ver o outro genitor não é conveniente para os filhos, pois estes necessitam de um tempo para adaptar-se. Conta ainda com a mensagem de que o outro genitor não é mais importante na família, fazendo com que os filhos acham desagradável ir vê-lo. O que se quer com esse conjunto de atitudes é que o outro genitor seja excluído da vida dos filhos.

2.2 Denúncias falsas de abuso

Frequente que o alienante levante suspeitas sobre o abuso dos filhos, em relação ao outro genitor, principalmente o abuso sexual. O mais comum é ocorrerem essas superposições quando os filhos ainda são pequenos e manipuláveis.

O abuso que mais é levantado como suspeito é o abuso emocional. O genitor alienador utiliza as diferenças entre os genitores como sendo falhas do outro genitor, em vez de apresentá-las como fonte de riqueza. O clima emocional que se cria é claramente alienador para o filho.

2.3 Deterioração da relação após a separação

Este é o critério de maior relevância e para considerar pertinente, deve-se fazer uma pesquisa da relação anterior à separação. É importante destacar que esse estudo deve ser detalhado e minucioso para posteriormente compará-la à situação atual.

2.4 Reação de medo da parte dos filhos

Esta é uma reação considerada delicada, pois atua sobre a emoção mais basilar dos seres humanos: O medo de ser abandonado. Além disso, é perceptível que a criança seja coagida a escolher apenas um dos genitores.

Segundo Bone e Walsh:

O filho pode mostrar uma reação de medo de desagradar, ou de estar em desacordo, com o genitor alienador. A mensagem dele é clara: “é preciso *“me” escolher*”. Se o filho desobedece a esta diretiva, especialmente expressando aprovação ao genitor ausente, o filho

aprenderá logo a pagar o preço. É normal que o genitor alienador ameace o filho de abandoná-lo ou de mandá-lo viver com o outro genitor. O filho se põe numa situação de dependência e fica submetido regularmente a provas de lealdade.

Além desses 4 critérios, salienta-se as frases marcantes, que segundo Denise Maria Peressini da Silva (2003), são proferidas pelo genitor alienador, que com o passar do tempo causam grandes impactos na criança, pois a formação psicológica esta sujeita ao comportamento dos pais com os filhos e, neste sentido, a imagem do genitor alienado fica comprometida, tendo em vista ainda que as atitudes do genitor alienador não só interferem na vivencia atual da criança com o outro genitor, como também influenciará possivelmente em futuros problemas psicológicos e a sua identidade também será infectada.

Dentre as frases, destacam-se as trazidas pela psicóloga Denise da Silva(203), com fortes indicações da instalação da Síndrome de Alienação Parental (SAP):

"Cuidado ao sair com seu pai (ou mãe). Ele(a) quer roubar você de mim."

"Seu pai (sua mãe) abandonou vocês!"

"Seu pai me ameaça, ele vive me perseguindo!"

"Seu pai não nos deixa em paz, vive chamando ao telefone."

"Seu pai é desprezível, vagabundo, inútil..."

"Vocês deveriam ter vergonha do seu pai!"

"Eu fico desesperada quando você sai com o seu pai!"

"Seu pai é muito violento, ele pode bater em você!"

3 Consequências da alienação

Segundo Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca (2006), uma vez efetivada a alienação e a desistência do alienado de estar com os filhos, dá-se o nome a Síndrome da Alienação parental, comprometendo, definitivamente, o normal desenvolvimento da criança.

Anota ainda Priscila da Fonseca (2006) que:

A síndrome, uma vez instalada no menor, enseja que este, quando adulto, padeça de um grave complexo de culpa por ter sido cúmplice de uma grande injustiça contra o genitor alienado. Por outro lado, o genitor alienante passa a ter papel de principal e único modelo para a criança que, no futuro, tenderá a repetir o mesmo comportamento.(...) Como decorrência, a criança (ou o adulto) passa a revelar sintomas diversos: ora apresenta-se como portadora de doenças psicossomáticas, ora mostra-se ansiosa, deprimida, nervosa e, principalmente, agressiva.

Além dos efeitos acima citados, são considerados também consequências da síndrome da alienação parental, a depressão crônica, transtornos de identidade, comportamento hostil, desorganização mental e, às vezes, suicídio, conforme os estudos de Gadner (*apud* Family Courts, 1999).

Segundo Priscila da Fonseca (2006),

É escusado dizer que, como toda conduta inadequada, a tendência ao alcoolismo e ao uso de drogas também é apontada como consequência da síndrome. [...] Por essas razões, instilar a alienação parental em criança é considerado, pelos estudiosos do tema, como comportamento abusivo, tal como aqueles de natureza sexual ou física.

Pelos motivos acima citados pela autora Priscila (2006), fica evidente que as consequências da SAP não afetam somente a pessoa do genitor alienado e a criança, mas também todas as demais pessoas próximas aos envolvidos, pois priva-se a criança do necessário e o indicado convívio com o seu núcleo familiar.

4 Princípios violados pela alienação parental

4.1 Dignidade Humana da criança

Jürgen Habermas (2004) explica que a dignidade humana não é uma propriedade que se pode ter por natureza, como por os olhos azuis. Na verdade, tem um significado nas relações interpessoais de reconhecimento recíproco e no relacionamento igualitário entre as pessoas.

Assim é possível salientar também a visão constitucionalista de José Afonso da Silva (2000) que afirma:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos exigência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

Para Fábio Konder Comparato (2004), todos os seres humanos têm direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, sendo tal fator registrado na lei como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem em uma sociedade organizada. O autor ainda observa que na Grécia, a lei escrita tornou-se fundamento da sociedade política, e cita Eurípedes que expressou na peça “As Suplicantes”:

“uma vez escrita às leis, o fraco e o rico gozam de um direito igual; o fraco pode responder ao insulto do forte, e o pequeno, caso esteja com a razão, vencer o grande”.

Assim, o homem é um fim em si mesmo, não podendo ser considerado como uma coisa ou utilizado como forma de obtenção de qualquer objetivo, pois ao contrário das coisas que tem apenas valor, a dignidade humana é inerente ao ser humano. Nesse sentido Immanuel Kant (2008) sustenta:

[...] um ser humano considerado como uma pessoa, isto é, como o sujeito de uma razão moralmente prática, é guiado acima de qualquer preço, pois como pessoa (homo noumenon) não é para ser valorado meramente como um meio para o fim de outros ou mesmo para seus próprios fins, mas como um fim em si mesmo, isto é, ele possui uma dignidade (um valor interno absoluto) através do qual cobra respeito por si mesmo de todos os outros seres racionais do mundo.

280

Veja trecho do preambulo da Assembleia Geral das Nações Unidas de 20 de novembro de 1989, dispondo sobre a Convenção sobre os Direitos da Criança do qual o Brasil e Estado parte:

Convencidos de que a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade; Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão; Considerando que a criança deve estar plenamente preparada para uma vida independente na sociedade e deve ser educada de acordo com os ideais proclamados na Carta das Nações Unidas, **especialmente** com espírito de paz, **dignidade humana**, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade.(GRIFO NOSSO)

Portanto, percebe-se que a vida familiar é muito importante para o desenvolvimento pleno da pessoa humana. O que significa, no entender de Dias, que a dignidade humana encontra na família o solo apropriado para florescer.

A proteção integral às crianças e adolescentes está consagrada nos direitos fundamentais inscritos no artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e nos artigos 3 e 4 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990). A promulgação de tais direitos fundamentais tem respaldo no status de prioridade absoluta dado para criança e para o adolescente, uma vez que estão em desenvolvimento. Vale ressaltar o artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990):

Art.3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Observado a importância fundamental deste princípio, tanto para a criança, mas também aos familiares que com ela convive, é evidente que para dignidade ser atingida

efetivamente os pais precisam perceber que os reflexos nefastos do fim do relacionamento geram efeitos na vida dos seus filhos, principalmente quando são menores de idade e dependentes na parte material e no suporte emocional.

4.2 Afetividade

No Dicionário Aurélio (1994), o verbete afetividade está definido da seguinte forma: “Psicol. Conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões, acompanhados sempre da impressão de dor ou prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagradado, de alegria ou tristeza.”

Conforme La Taille (1992, p. 76):

A emoção ocupa o papel de mediadora no desenvolvimento infantil que se realiza nas interações para a satisfação das necessidades básicas e realização das relações sociais. Com base nas interações emocionais, é necessária a afetividade a fim de ampliar o horizonte da criança e levá-la a transcender sua subjetividade e inserir-se no social.

Como afirma Saltini (1997, p. 89), “essa interrelação é o fio condutor, o suporte afetivo do conhecimento”. Complementa o referido autor que o continente é o espaço onde podemos depositar nossas pequenas construções e onde elas tomam um sentido, um peso e um respeito, enfim, onde elas são acolhidas e valorizadas. Dessa forma, o direito não ignora o princípio da afetividade nas relações familiares, sendo ele norte para o sistema jurídico brasileiro, a fim de propiciar, principalmente, o desenvolvimento da criança.

5 Aspectos Jurídicos

Ora, os genitores, devem trabalhar para o desenvolvimento da criança, independentemente de estarem separados, uma vez que mesmo com o fim da relação entre o casal, as suas obrigações, bem como seus direitos, não desaparecem, conforme constata-se do artigo 1636, Código Civil, “Artigo 1.636: O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro”.

Mas, ao contrário, devido ao fim do vínculo afetivo entre o casal a mágoa restante impulsiona para um denegrir o outro, ou seja o genitor alienador destrói a relação do filho com o genitor alienado e, assim, esse último é impossibilitado a exercer seu direito-dever. Em seu exemplo, o genitor alienado seria o pai e, assim Dias afirma que “o pai passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço”.

Dessa forma, torna-se notório que, conforme leciona Bone-Walsh, apud François Podevyn, a alienação parental é “uma violação direta e intencional de uma das obrigações

mais fundamentais de um genitor, que é a de promover e estimular uma relação positiva e harmoniosa entre a criança e seu outro genitor”.

Sendo assim, observa-se que o direito-dever do genitor alienado, que está previsto na Carta Magna, é violado, conforme é possível extrair dos artigos 227 e 229:

Art. 227. É dever da **família**, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com **absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar e comunitária**, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

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

282

No mesmo diapasão, é o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 1990, em seus artigos 19 e 22, que leciona:

Art. 19. 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.

Art. 22 Aos pais incumbe o **dever** de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir as determinações judiciais.

Inegável que quando comete a alienação parental, o genitor alienador prejudica principalmente o desenvolvimento da criança, além de que viola o direito a convivência familiar, por tal fato, deve ser ter como norte o artigo 4º do 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**. (grifo nosso)

Ora, observa-se que o direito à convivência familiar, derivado do princípio da afetividade, já tratado anteriormente, deve ser preservado para permitir a integridade moral e psíquica da criança. Tal concepção não norteia apenas o ordenamento jurídico brasileiro, mas é tema tratado a nível internacional e presente em convenções internacionais específicas elaboradas em prol da proteção à criança.

Dessa forma, exemplifica-se a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959:

PRINCÍPIO II- DIREITO À ESPECIAL PROTEÇÃO PARA O SEU DESENVOLVIMENTO FÍSICO, MENTAL E SOCIAL: A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se

física, mental, moral, espiritual e socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.

Além disso, há a Convenção sobre os Direitos da Criança de 20 de novembro de 1989, da Assembleia Geral das Nações Unidas, do qual o Brasil é Estado parte:

Convictos de que a família, elemento natural e fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e a assistência necessárias para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade; Reconhecendo que a criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão.

283

Complementa-se ainda, de acordo com Santos, que “a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, proclama, em seu artigo 7.1, o direito da criança “a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles”. Por isso, constata-se que em consonância com o art. 98 do ECA, o Estado não pode se omitir diante dos casos de alienação parental, sendo assim, possível utilizar das leis e dos auxiliares da justiça para combater tal violação aos princípios constitucionais e aos direitos da criança, conforme Guilhermano, “a Alienação Parental, além de ser uma afronta aos princípios constitucionais e aos direitos da criança do adolescente, é inaceitável por tornar esses seres em pleno desenvolvimento vítimas de um abuso emocional que lhes gera graves consequências psicológicas”.

6 Função do advogado

Observa-se que o papel do advogado não se restringe a utilizar da sua capacidade postulatória em face do Poder Judiciário para representar os interesses do seu cliente, mas ter empatia e alteridade para identificar que está perante um caso de alienação parental.

Salienta-se que o advogado pode ser procurado pelo genitor alienado que foi privado do seu direito-dever mais fundamental, mas que desconhece que se trata de alienação parental, devendo o advogado identificar tal fato.

Em contrapartida, o advogado pode ser procurado pelo genitor alienante, sendo necessário nesses casos ter como primazia a defesa dos direitos e interesses do autor, ou seja, da criança, não do seu representante. Dessa forma, Fonseca salienta que:

Quando está patente o processo de alienação parental, promovido pelo progenitor alienante, não se permite aos advogados, em nome de uma suposta defesa de seus direitos, prejudicar aquele que é, em tais casos, o interesse maior a ser protegido: o do menor. Em tais situações, a recusa ao patrocínio da causa do progenitor alienante impõe-se, também por força do comando constitucional que erige à condição de dever da sociedade – e, por conseguinte, de todo e qualquer cidadão, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar.

Sabe-se que muitas vezes o genitor alienador, como representante, faz acusações inverídicas contra o genitor alienado, relacionadas principalmente com a prática de incesto, sendo necessário cautela do advogado em tais casos. Observa-se que Maria Berenice Dias ressalta que:

A falsa denúncia de abuso sexual não pode merecer o beneplácito da Justiça, que, em nome da proteção integral, de forma muitas vezes precipitada ou sem atentar ao que realmente possa ter acontecido, vem rompendo vínculo de convivência tão indispensável ao desenvolvimento saudável e integral de crianças em desenvolvimento. Assim, flagrada a ocorrência de alienação parental, necessário que haja a responsabilização do genitor que assim atua por saber da dificuldade de ser aferida a veracidade dos fatos. Mister que sinta que há o risco, por exemplo, de perda da guarda, caso reste evidenciada a falsidade da denúncia levada a efeito. Sem haver punição a posturas que comprometem o sadio desenvolvimento do filho e colocam em risco seu equilíbrio emocional, certamente continuará aumentando esta onda de denúncias envolvendo casos de falsos incestos.

Não pode então, o advogado se tornar instrumento do genitor alienador que ignora os malefícios que são causados para criança com tal situação, uma vez que, segundo Dias, o genitor alienador pode fazer uso das falsas denúncias e, assim, o advogado é colocado em uma situação de grande conflito, devendo ter cautela, como assevera Maria Berenice Dias:

De um lado, há o dever de tomar imediatamente uma atitude e, de outro, o receio de que, se a denúncia não for verdadeira, traumática será a situação em que a criança estará envolvida, pois ficará privada do convívio com o genitor que eventualmente não lhe causou qualquer mal e com quem mantém excelente convívio.

6 Papel do Juiz

Além do advogado, é de suma importância o papel do juiz para concretizar a tutela jurisdicional e, conseqüentemente, proteger a dignidade da criança e a convivência familiar. Dessa forma, com o advento da Lei 12.318/10, que trata especificamente sobre a alienação parental, é permitido ao juiz de ofício ou a requerimento, em um processo incidental ou não, mas sempre com prioridade e ouvindo o Ministério Público, determinar as medidas necessárias para averiguar o caso e proteger a integridade moral e psíquica da criança, bem como reestabelecer o convívio familiar entre a criança e o genitor alienado, conforme o artigo 4º da Lei 12.318/10.

Observa-se que o juiz não poderá ignorar os indícios de alienação parental, mas ao contrário deve prestar a tutela jurisdicional visando a proteção da criança, e, por esse motivo, Fonseca adverte que “[...] não se pode tolerar é que, diante da presença de seus elementos identificadores, não adote o julgador, com urgência máxima, as providências adequadas, dentre elas, o exame psicológico e psiquiátrico das partes envolvidas”.

Segundo Guilhermano, sobre as medidas legais permitidas ao juiz, “O caráter de tais medidas é de prevenção e proteção à integridade do menor”. Assim, os incisos do artigo 6º, da Lei 12.318/10 dispõem sobre a aplicabilidade das medidas que podem ser utilizadas de forma independente ou cumulativa”

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Mas, é inegável que o Poder Judiciário sozinho não pode resolver todos os casos de alienação parental, sendo necessário o trabalho conjunto do juiz e de psicólogos e psiquiatras, conforme Maria Berenice Dias:

Para isso, é indispensável não só a participação de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, com seus laudos, estudos e testes, mas também que o juiz se capacite para poder distinguir o sentimento de ódio exacerbado que leva ao desejo de vingança a ponto de programar o filho para reproduzir falsas denúncias com o só intuito de afastá-lo do genitor.

Guilhermano acrescenta que “a intervenção de um profissional da área psíquica é de grande auxílio para resolver litígios de forma menos danosa às partes envolvidas”. Dessa forma, para embasar o convencimento do juiz, é necessário que a perícia psicológica, se necessária, seja realizada de acordo com o art. 5 da lei 12.318/10:

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Por último, vale acrescentar que segundo Bone e Walsh, identificada a alienação se deve fazer uso, se possível, da mediação entre os genitores:

Identificada a alienação, a primeira medida é tentar resolver o conflito por meio da **mediação**, onde procurando-se descobrir uma forma de acordo e uma maneira de viver em harmonia. Em relação a mediação, está se torna a medida preferível em contraposição a recorrer diretamente a justiça, pois uma ação na justiça pode vir a deteriorar de maneira dramática a relação entre os genitores por um grande período.

7 Considerações Finais

Diante do exposto, é inegável a necessidade de se utilizar o direito como ferramenta para propiciar que a alienação parental não afete o desenvolvimento ea integridade moral e psíquica da criança, bem como não viole o direito à convivência familiar e o direito-dever do genitor alienado de zelar e cuidar do seu filho. Não se deve calar diante das evidências de casos de alienação parental, uma vez que como demonstrado há inúmeras consequências negativas. Assim, os profissionais do direito, juntamente com profissionais de outras áreas, podem utilizar o respaldo legal e doutrinário, bem como ter como norte os princípios da afetividade e da dignidade humana para agir em prol da criança.

Referências

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O reconhecimento legal do conceito de família*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/9138/o-reconhecimento-legal-do-conceito-moderno-de-familia>> Acesso em 20 out. 2016.

ALIENAÇÃO PARENTAL MERECE ATENÇÃO DA SOCIEDADE. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI199679,61044Alienacao+parental+merece+atencao+da+sociedade>> Acesso em 2 de out de 2016

BRASIL. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: Acesso em: 19 out. 2016.

_____. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.

_____. Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010. Lei da Alienação Parental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em 03 out. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Disponível em <https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf> Acesso em 11 de out de 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf> Acesso em 11 de out de 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Síndrome de Alienação Parental: o que é isso?* Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI26732,21048-Sindrome+da+alienacao+parental+o+que+e+isso> Acesso em 12 out. 2016.

_____. *Alienação parental e suas consequências*. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/aliena%E7%E3o_parental_e_suas_consequencias.pdf> Acesso em 7 out. 2016

_____. *Alienação parental- um abuso invisível*. <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_501\)4__alienacao_parental_um_abuso_invisivel.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_501)4__alienacao_parental_um_abuso_invisivel.pdf)> Acesso em 10 out. 2016.

DICIONÁRIO AURÉLIO. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Editora Nova Fronteira. 1 cd-rom. 1994.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Côrrea da. *Síndrome de Alienação Parental*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32874-40890-1-PB.pdf>> Acesso em 11 de out de 2016.

GARDNER, Richard. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)*. Tradução de Rita Rafaeli. Acesso em: 19 out. 2016.

GOLSE, B. *O desenvolvimento afetivo e intelectual da criança*. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

GUILHERMANO, Juliana Ferla. *Alienação parental: aspectos jurídicos e psíquicos*. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/juliana_guilhermano.pdf> Acesso em 28 de set de 2016.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Trad. de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

JORGE, Alan de Matos, ALMEIDA, Eliane de Oliveira. *Síndrome de Alienação Parental e o direito brasileiro*. Disponível em <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12714&revista_caderno=14> Acesso em: 20.out. 2016

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

LA TAILLE, Yves de *et al. Piaget, Vygotsky, Wallon: teorias psicogenéticas em discussão*. São Paulo: Summus, 1992.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SALTINI, Cláudio J. P. *Afetividade e inteligência*. Rio de Janeiro: DPA, 1997.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Pais, filhos e danos*. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI5294,101048-Pais+filhos+e+danos>> Acesso em 7 de out de 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL. Disponível em <<http://www.pailegal.net/sap/mais-a-fundo/821-sindrome-de-alienacao-parental>> Acesso em 11 de out de 2016.

SOUZA, Paulo Ferreira Feijó. *A relevância do princípio da afetividade nas relações familiares*. Disponível em < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/paula_souza.pdf> Acesso em 20 out. de 2016

Direito e Quadrinhos

Nielson Ribeiro Modro²⁰⁷

Resumo: Este trabalho apresenta um breve estudo acerca de histórias em quadrinhos que possuem em seu conteúdo questões jurídicas. O projeto de pesquisa LEITOR - “A Linguagem dos Quadrinhos: Literatura, Arte e Conhecimento” tem como objetivo principal buscar elementos que auxiliem quanto ao uso das histórias em quadrinhos didaticamente e tem atuado há alguns anos na pesquisa de quadrinhos que possam ter finalidade educativa além da mera recreação. A metodologia aplicada é a investigação bibliográfica acerca da linguagem dos quadrinhos analisando as possíveis relações que tenham ligação com aspectos jurídicos. Os resultados obtidos até o momento são animadores pois percebe-se que há uma vasta produção de quadrinhos cuja temática remete diretamente a questões jurídicas do cotidiano percebendo-se ainda que o projeto auxilia na indicação de material que possa servir como fundamento para o processo ensino-aprendizagem, de forma lúdica, porém de maneira séria e profunda.

Palavras-chave: *Quadrinhos. Direito. Educação.*

1 Introdução

Hoje já foi modificada a ideia de que os quadrinhos são apenas mero entretenimento, pois sabe-se que a utilização de uma literatura verbo-imagética possibilita ampliar o uso da racionalidade humana, explorando não apenas o hemisfério esquerdo (lógico) do cérebro como também o hemisfério direito (emocional, artístico). O projeto de pesquisa LEITOR - “A Linguagem dos Quadrinhos: Literatura, Arte e Conhecimento” tem como objetivo principal buscar elementos que auxiliem quanto ao uso das histórias em quadrinhos didaticamente, atuando já há alguns anos na pesquisa de quadrinhos que possam ter finalidade educativa além da mera recreação. Em 2016 o foco da pesquisa foi direcionado no estudo de quadrinhos que possuam aspectos jurídicos pertinentes quanto a uma possível discussão posterior. A metodologia aplicada é a investigação bibliográfica acerca da linguagem dos quadrinhos bem como de produções literárias desta manifestação, analisando as possíveis relações e usos pertinentes de obras estudadas, relacionados com o Direito ou que tenham ligação com aspectos jurídicos.

2 Histórias em Quadrinhos

Seriam as histórias em quadrinhos uma subliteratura? Esta é a questão que gera inúmeras e aparentemente infundáveis discussões. Via de regra, a literatura em quadrinhos é estigmatizada como sendo mero entretenimento ou subliteratura, porém é inegável que povos

²⁰⁷ Professor do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

orientais a valorizam como arte, bem como inúmeros autores a classificam como a nona arte, ao lado da literatura, pintura, escultura, etc. Pode-se citar exemplos como as obras de Roy Lichenstein, nitidamente inspiradas na linguagem dos quadrinhos e elevando-a incontestavelmente ao patamar da arte (pintura). Também pode ser citada a estreita ligação com a literatura verbal pois possuem a mesma estrutura, já que contam com um narrador e são compostas por personagens, tempo, ação, espaço. Obviamente que, assim como há muitos bons livros mas inúmeros outros descartáveis, os quadrinhos possuem bons exemplos e outros dispensáveis. No Japão os mangás (histórias em quadrinhos) são maciçamente consumidos por praticamente todos, possivelmente pela relação que se estabelece com a própria linguagem, essencialmente construída por ideogramas, portanto de caráter iconográfico. Segundo De Gregori (1999) o cérebro humano possui um funcionamento triádico: a lógica formal/racional (hemisfério esquerdo do cérebro), a lógica irracional/pensamento selvagem/fé (hemisfério direito), e a lógica dos fatos/bom senso/força/o lado comum/pragmático (porção central). Segundo o autor a parte cerebral central (porção réptil) foi a responsável pela atuação na evolução, enquanto os hemisférios direito e esquerdo foram os responsáveis pela racionalidade que culmina na exacerbação do cientificismo em detrimento das modalidades "não lógicas" do hemisfério direito do cérebro. Assim, percebe-se que: "A comunicação é a ponte que integra subjetividades através de ferramentas de linguagem – os signos, as técnicas e as tecnologias comunicativas. [...] A comunicação transforma-se, assim, em veículo que liga interioridade e exterioridade, reconstituindo o elo perdido entre o homem e o mundo que o rodeia. Em razão disso, a expressão humana dirige-se para o real, constituindo-o, impregnando-o de um simbolismo que o acultura e o torna partilhável." (COSTA, 2002, p.12). A partir destas constatações é possível ainda verificar que os povos ocidentais diferem dos povos orientais em relação ao processamento e uso da racionalidade. Via de regra, os ocidentais trabalham mais com a racionalidade, ou o hemisfério esquerdo do cérebro, enquanto que os orientais trabalham com o hemisfério direito e conseqüentemente com uma predisposição maior ao abstracionismo, o que gera a noção de que "condenamo-nos, igualmente, a não perceber o quanto permanecem problemáticas e incertas as relações entre o que os ocidentais – mas somente os ocidentais – chamam de realidade e imaginário." (LAPLANTINE; TRINDADE, 1997. p. 45). O deixar de lado as possibilidades artísticas em detrimento do racional gera a dificuldade do ocidental em estabelecer níveis de leitura mais profundos, tanto no verbal quanto principalmente no imagético, afinal "a linguagem racional tem suas bases numa linguagem pré-racional, arcaica, na qual o elemento pictórico, e com ele o elemento "visual", tem papel preponderante. Como resultado, uma linguagem desse tipo deve, por razões muito fundamentais, mais do que por razões "literárias", utilizar-se da metáfora como uma transferência de expressões que são tomadas do domínio dos sentidos e, especialmente, do "visual"." (GRASSI, 1978, p.83). Assim, inegável a constatação de que o assunto merece uma análise profunda, mesmo porque o Ministério da

Educação e Cultura (MEC) recentemente não apenas sugere como adotou as histórias em quadrinhos como material educativo obrigatório. O projeto LEITOR já teve como fruto uma publicação voltada à temática ambiental, em 2011, com os personagens joinvillenses Os Monstrinhos do Cachoeira (o nome Cachoeira, remete ao rio que corta a cidade e há décadas é um esgoto a céu aberto), criados nos anos 80 e que tiveram uma vasta produção publicada por anos principalmente no jornal A Notícia, cujo caráter era nitidamente o de conscientização ambiental. Foram reunidas 160 tiras e 10 histórias em um livro publicado pelo projeto. Atualmente a proposta do projeto é continuar com a pesquisa e seleção de quadrinhos que possam ser utilizados didaticamente, numa nova perspectiva, desta feita analisando histórias que possam servir como base para discussões e análises sobre questões jurídicas, possibilitando promover discussões quanto a questões direcionadas às questões do campo do Direito. Pesquisar acerca do assunto e aprofundar o que tem sido produzido é antes de tudo estar em sintonia com o que tem sido exaustivamente discutido na atualidade. Demonstrar e desmistificar que as histórias em quadrinhos podem, e devem ser utilizadas no dia-a-dia com finalidade não apenas de entretenimento é oportunizar novas formas de aprendizagem que extrapolem a racionalidade da linguagem verbal e incorporem a versatilidade da linguagem artística. Os resultados certamente poderão ser úteis não apenas à comunidade acadêmica, mas também a toda a comunidade, de forma direta ou indireta, visto tratar-se de um assunto que desperta o interesse e gera polêmicas e ainda proporciona muito a ser desvendado e explorado.

3 Metodologia

A metodologia utilizada para o desenvolvimento da pesquisa é a investigação bibliográfica acerca da linguagem dos quadrinhos bem como a pesquisa sobre as diversas modalidades de produções literárias desta manifestação, buscando localizar e selecionar material que possa ser eventualmente utilizado para análises e discussões relativas a questões de ética e moral. São analisadas, a partir do material pesquisado, as possíveis relações e as possibilidades de usos didaticamente pertinentes de obras estudadas. Assim, tendo por base a pesquisa desenvolvida pretende-se elucidar as possibilidades do uso das histórias em quadrinhos em sala de aula, desmistificando-as de seu caráter dito subliterário, buscando subsídios para complementar o estudo tradicional baseado nitidamente apenas no verbal. A seleção e análise de histórias em quadrinhos das mais variadas espécies (infantil, juvenil, adulta, autorais ou não) realizando críticas que sirvam como exemplo de material cultural expressivo e que possa eventualmente ser utilizado como material didático.

4 Exemplos

A seguir serão dados alguns exemplos de histórias em quadrinhos que possuem em seu conteúdo elementos ligados ao mundo jurídico. Tratam-se de exemplos coletados em jornais, internet ou disponibilizados através de redes sociais.

Calvin é um personagem norte-americano bastante conhecido e sua principal característica é tecer críticas ao mundo adulto. Um similar da Mafalda, personagem feminina portenha com características idênticas. No exemplo abaixo o mesmo traz uma breve análise acerca de direitos básicos e, de forma bem humorada, trabalha com a noção de ditadura:



Algo idêntico ao personagem Armandinho, que é publicado no Jornal A Notícia diariamente. Em vários momentos faz análises bastante interessantes da realidade, como no exemplo abaixo em que também fala sobre direito essenciais:



O direito à vida e a um ambiente sustentável é um direito não apenas que quem está atualmente neste planeta mas também das gerações futuras.

Também do Armandinho uma reflexão interessante sobre educação e direito individual em detrimento do direito alheio. Algo comum, quando critica-se a atitude dos outros em detrimento das próprias atitudes:

ARMANDINHO - Alexandre Beck



Mesma temática que pode ser encontrada no personagem Edibar:



Percebe-se, nestes breves exemplos que, apesar de histórias breves e bem humoradas, há ainda um nítido tom de crítica quanto a aspectos da sociedade que remetem a questões pertinentes no campo do Direito. É possível, a partir de uma breve história destas, gerar um bom caminho para discussões mais profundas acerca dos temas apresentados.

5 Resultados

Os resultados obtidos até o momento são animadores pois percebe-se que há uma vasta produção de quadrinhos cuja temática remete diretamente a questões jurídicas do cotidiano,

podendo-se citar como por exemplo temas ligados a direitos humanos, direitos fundamentais e conscientização política. Entende-se que o projeto auxilia na indicação de material que possa servir como fundamento para o processo ensino-aprendizagem, de forma lúdica, porém de maneira séria e profunda, valorizando a literatura dos quadrinhos sendo mais que meras narrativas literárias mas também incorporadoras da linguagem artística, iconográfica.

Referências

ANDRAUS, Gazy. *Existe o quadrinho no vazio entre dois quadrinhos?* (ou: O Koan nas Histórias em Quadrinhos Autorais Adultas). São Paulo: Unesp, 1999. Dissertação apresentada como exigência para obtenção do título de Mestre em Artes Visuais, pelo Instituto de Artes da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”- UNESP.

CALAZANS, Flávio (org.). *As histórias em quadrinhos no Brasil – teoria e prática*. São Paulo: UNESP/PROEX, 1997.

CIRNE, Moacy. *História e crítica dos quadrinhos brasileiros*. Rio de Janeiro: Europa/Funarte, 1990.

CITELLI, Adilson (coord.). *Aprender e ensinar com textos não escolares*. São Paulo: Cortez, 1997. (volume 3).

COSTA, Maria Cristina Castilho. *Ficção, comunicação e mídias*. São Paulo: Senac, 2002.

DE GREGORI, Waldemar. *Os poderes dos seus três cérebros*. São Paulo: Pancast, 1999.

EDUCAÇÃO Básica – escolas públicas recebem histórias em quadrinhos. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/busca-geral/211-noticias/218175739/7318-sp-141316219>>. Acesso em 04 de novembro de 2015.

GRASSI, Ernesto. *Poder da imagem, impotência da palavra racional: em defesa da retórica*. São Paulo: Duas cidades, 1978.

LAPLANTINE, François; TRINDADE, Liana. *O que é imaginário*. São Paulo: Brasiliense, 1997. (Coleção Primeiros Passos, 309).

POERNER, Geraldo; ROCKENBACH, Luciano, MODRO, Nielson Ribeiro. *Os Monstrinhos do Rio Cachoeira*. Joinville: Univille, 2011.

SANTOS, Roberto Elísio dos. *A história em quadrinhos na sala de aula*. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2003/www/pdf/2003_NP11_santos_roberto.pdf>. Acesso em 04 de novembro de 2015. Anais do XXVI Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – BH/MG – 2 a 6 set. 2003.

O processo de adoção por casais homoafetivos sob a perspectiva de acadêmicos do curso de Direito

Mayara Yasmim de Lima Alice²⁰⁸
Mariana Datria Schulze²⁰⁹
Janaína Silveira Soares Madeira²¹⁰

Resumo: A presente pesquisa visa mostrar a perspectiva que 152 acadêmicos do curso de Direito do 6º ao 10º semestre matutino e noturno da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE, como futuros operadores da lei, têm acerca do processo de adoção realizado por casais homoafetivos. A sociedade evolui com o tempo, assim como a concepção da palavra família, que com o passar dos anos vem se modificando. Contudo, família homoafetiva ainda é uma palavra geradora de conflitos e lacunas no universo jurídico, dentre eles, no que tange a adoção. Objetiva-se assim com esse estudo, compreender as concepções que o processo de adoção por casais homoafetivos possuem para os acadêmicos do curso de Direito com base no princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, haja vista serem esses os futuros operadores da Lei, além de ser um tema que ainda não foi suficientemente analisado e discutido no universo acadêmico. Para a consecução deste objetivo, utiliza-se, em especial, pesquisa de campo com abordagem qualitativa de nível exploratório. Os resultados indicam que o preconceito em relação à adoção por casais homoafetivos é presente no meio acadêmico do curso de Direito e que a discussão e prática jurídica baseada na ética profissional é urgente.

Palavras-chave: *Adoção. Casais Homoafetivos. Perspectivas de Acadêmicos. Preconceito. Legislação.*

1 Introdução

O objeto desta pesquisa é a investigação acerca da perspectiva que 152 acadêmicos do curso de Direito do 6º ao 10º semestre matutino e noturno da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE, como futuros operadores da lei, têm acerca do processo de adoção realizado por casais homoafetivos.

O objetivo geral da pesquisa é compreender as concepções que a adoção por casais homossexuais possuem para os acadêmicos do curso de Direito e os objetivos específicos são identificar como a temática da adoção é compreendida pelos universitários, perceber através dos relatos se há diferença de visão quando questionados sobre a adoção por casais homoafetivos, bem como averiguar se os estudantes demonstram alguma forma de discriminação em relação aos homossexuais.

Desta forma, os objetivos específicos desta pesquisa estão diretamente relacionados à compreensão da questão do processo de adoção por casais homoafetivos pelos acadêmicos do

²⁰⁸ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

²⁰⁹ Orientadora, professora do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

²¹⁰ Orientadora, professora do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

curso de Direito, vez que se trata de um tema pouco abordado no universo acadêmico. Adotou-se o método qualitativo, de nível exploratório, operacionalizado com as técnicas da pesquisa bibliográfica, fichamentos, bem como pesquisa de campo. Finalizando o teor investigatório, será averigado nas considerações finais o que se concluiu da presente pesquisa.

2 Conceito de adoção

O conceito de adoção é um dos institutos mais antigos da história, ao ver pelo Direito Romano que assim conceituava: "Adoptio est actus solemnus quo in loco filii vel nepotis adscicitur qui natura talis non est" (RODRIGUES, 1976, p. 22), na língua vernácula, a adoção é o ato solene pelo qual se admite em lugar de filho quem pela natureza não é.

Nesse passo, é de todo oportuno trazer à baila o entendimento de Pereira (1994, p. 211) que obtempera, "adoção é o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independente de existir entre elas qualquer parentesco consanguíneo ou afim".

Conforme entendimento de Dias (2011, p. 472), "a adoção é um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. Cria um vínculo jurídico de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica".

Em suma, a adoção é o acolhimento de uma criança ou adolescente de forma definitiva, a fim de lhe oferecer um ambiente familiar seguro, proporcionando-lhe um bem maior, qual seja, educação, saúde, lazer e principalmente afeto (GRANATO, 2010).

Apesar da diversidade de conceitos dado a esse supracitado instituto, dentre os doutrinadores, o caráter de fictio iuris prevalece (GONÇALVES, 2014).

Assim, a adoção está condicionada a aprovação do judiciário tendo em vista ser um ato jurídico semelhante ao efeito de uma filiação biológica, pois gera um vínculo - entre pessoas desconhecidas, de paternidade-maternidade-filiação.

2.1 Os princípios atravessadores do processo de adoção

Os princípios são as estruturas, a base do sistema positivo, é a viga-mestra, se encontram num plano superior das normas constitucionais (ARAÚJO, 2012). Ao ver de Bonavides (2006, p. 265), os princípios "são qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição".

Frente a isso, os princípios são os alicerces do sistema, ampara o conhecimento jurídico, retém valores fundamentais, possuem efeitos sobre todo o mundo jurídico.

Dentre todos os princípios, o princípio da dignidade da pessoa humana é o que norteia todo o sistema jurídico, pois têm como escopo assegurar ao ser humano o desempenho de seus afazeres cotidianos de uma forma digna, reprovando atos que atentem contra o ser humano, é o propósito de ser do Direito, o fundamento dos ditames políticos e equilíbrio social (COELHO, 2004).

Assim estabelece o artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) ao mencionar que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]”.

Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana é à base dos direitos fundamentais dos seres humanos, o qual resguarda os direitos e deveres mínimos de cada indivíduo para a garantia de uma existência mais propícia.

Não menos importante é o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que se originou com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e está previsto implicitamente no artigo 227, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 4º, caput, e 5º e é considerado um direito fundamental, portanto, tudo que envolva questões relativas às crianças e adolescentes, deve-se, acima de tudo, levar em consideração o melhor interesse da criança ou do adolescente (SOBRAL, 2015).

Ao ver de Dias (2011, p. 472), “ao aplicar a lei, deve o juiz, antes mesmo de se apegar demasiadamente às normas formais, perscrutar os superiores interesses de crianças e adolescentes”. Dessa forma, o magistrado deve priorizar em sua decisão, acima de tudo, o melhor interesse da criança e do adolescente antes de qualquer coisa, até mesmo dos preceitos formais.

2.2 A possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos

No Brasil, há um silêncio legislativo no que tange a adoção por casais homoafetivos. Não existe legislação que trate da adoção em conjunto por homossexuais que possuam uma união com coabitação pública, contínua e perene, o que acaba por violar os direitos que os casais homoafetivos possuem, pelo fato de não existir uma lei que regulamente essa adoção (CUNHA, 2016).

Tanto o Estatuto da Criança e do Adolescente quanto o Código Civil Brasileiro, não trazem em seus dispositivos nenhuma restrição em relação ao sexo, estado civil ou orientação sexual do adotante. O direito de adotar é conferido tanto a mulher, como ao homem, seja em conjunto ou isoladamente, bem como independe do estado civil. Diante disso, perante a falta de

impedimentos, deve predominar o princípio afamado pelo Estatuto, que permite a adoção quando esta é fundada em desígnios legítimos e apresenta reais vantagens ao adotando (DIAS, 2011).

Impende asseverar que nos termos do artigo 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), todos são iguais perante a lei, “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”.

Diante disso, de acordo com Cunha (2016), tendo em vista que o livre-arbítrio da sexualidade é um componente que integra o ser humano, o princípio da igualdade deve ser da mesma forma empregada aos casais homoafetivos. Outrossim, tal princípio se faz amplo para anuir elementos que têm sido utilizados como embasamento para não equiparações e pré-conceitos. Deste modo, um recinto familiar profícuo e equilibrado em nada se correfere com a orientação sexual do adotante. Além de que, essa vinculação é inconstitucional, o que fere o princípio da igualdade.

A justiça brasileira vem evoluindo no sentido de viabilizar a adoção por casais do mesmo sexo. Essas deliberações fundamentam-se nos princípios da dignidade e igualdade.

Nesse diapasão, impende destacar a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²¹¹, o Estado precursor no reconhecimento da adoção por casais homossexuais:

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE HABILITAÇÃO À ADOÇÃO CONJUNTA POR PESSOAS DO MESMO SEXO. ADOÇÃO HOMOPARENTAL. POSSIBILIDADE DE PEDIDO DE HABILITAÇÃO (Grifo da autora). [...]. A adoção é um mecanismo de proteção aos direitos dos infantes, devendo prevalecer sobre o preconceito e a discriminação, sentimentos combatidos pela Constituição Federal, possibilitando, desse modo, que mais crianças encontrem uma família que lhes conceda afeto, abrigo e segurança. Estudo social que revela a existência de relacionamento estável entre as habilitandas, bem como capacidade emocional e financeira, sendo favorável ao deferimento da habilitação para adoção conjunta, nos termos do § 2º do art. 42 do ECA, com a redação dada pela Lei 12.010/2009. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70031574833, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 14/10/2009).

Nesse passo, é de todo oportuno trazer à baila a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina²¹²:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO. LEGALIDADE, DESDE QUE CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS PREVISTAS NO ECA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. [...]. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE DEVE PREPONDERAR SOBRE FORMALIDADES, APARÊNCIAS E

²¹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 70031574833, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 14 out. 2009.

²¹² SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.º 2015.024925-1, Rel. Des. Domingos Paludo, j. 28 maio 2015.

PRECONCEITOS (Grifos da autora). RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2015.024925-1, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Domingos Paludo, j. 28-05-2015).

Ainda, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça²¹³:

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO DE MENORES POR CASAL HOMOSSEXUAL. SITUAÇÃO JÁ CONSOLIDADA. ESTABILIDADE DA FAMÍLIA. PRESENÇA DE FORTES VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS MENORES E A REQUERENTE. IMPRESCINDIBILIDADE DA PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DOS MENORES. RELATÓRIO DA ASSISTENTE SOCIAL FAVORÁVEL AO PEDIDO. REAIS VANTAGENS PARA OS ADOTANDOS. ARTIGOS 1º DA LEI 12.010/09 E 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. (Grifos da autora). DEFERIMENTO DA MEDIDA. [...] 4. Mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. A matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. [...] 13. A adoção, antes de mais nada, representa um ato de amor, desprendimento. Quando efetivada com o objetivo de atender aos interesses do menor, é um gesto de humanidade. Hipótese em que ainda se foi além, pretendendo-se a adoção de dois menores, irmãos biológicos, quando, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, que criou, em 29 de abril de 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, 86% das pessoas que desejavam adotar limitavam sua intenção a apenas uma criança. 14. Por qualquer ângulo que se analise a questão, seja em relação à situação fática consolidada, seja no tocante à expressa previsão legal de primazia à proteção integral das crianças, chega-se à conclusão de que, no caso dos autos, há mais do que reais vantagens para os adotandos, conforme preceitua o artigo 43 do ECA. Na verdade, ocorrerá verdadeiro prejuízo aos menores caso não deferida a medida. 15. Recurso especial improvido. (REsp 889.852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010).

À vista disso, resta evidente a possibilidade da adoção conjunta, em decorrência desta equiparação, a qual também gera efeitos, pois, confere à união homoafetiva as mesmas proteções da união heteroafetiva, haja vista já ter sido admitida e aprovada pelo Supremo Tribunal Federal como entidade familiar, não há mais fundamento teórico ou argumentativo, que não seja unicamente discriminatório, para que se negue a adoção por casais homoafetivos e a outorgue tão-somente aos casais heteroafetivos (COELHO, 2016).

3 Definições do percurso metodológico

De acordo com Marconi e Lakatos (2007, p.73), o estudo bibliográfico, “é colocar o pesquisador em contato direto com tudo o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado

²¹³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Resp n.º 889.852/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27 abr. 2010.

assunto, inclusive conferências seguidas de debates que tenham sido transcritos por alguma forma, quer publicadas, quer gravadas”.

Nesse sentido, foi realizado um levantamento de publicações e investigações acerca da teoria geral da adoção, especialmente em seu aspecto jurídico, por meio de doutrinas e artigos científicos, com o intuito de melhor compreender e sustentar os processos posteriores de análise dos dados a serem coletados, bem como para produção do desfecho desse estudo – qual seja, compreender as concepções que acadêmicos do curso de Direito possuem acerca do processo de adoção por casais homoafetivos. Todavia, esta pesquisa não tem como percurso metodológico o propósito ou objetivo da pesquisa bibliográfica, mas sim uma pesquisa de cunho qualitativo e exploratório. Assim, entende-se necessário elucidar que o objetivo geral desta investigação foi compreender que concepções os acadêmicos do curso de Direito possuem acerca do processo de adoção por casais homoafetivos, incluindo as convergências, divergências e discriminações nos posicionamentos expressados frente ao tema e à futura atuação jurídica.

Deste modo, por ser essa temática relativamente pouco explorada, optou-se pela pesquisa exploratória, visto que a mesma permite uma maior familiaridade com o problema, o aprimoramento de ideias e a flexibilidade nas considerações dos diferentes aspectos do fenômeno pesquisado, critérios estes coerentes para a realização do projeto.

A investigação se deu em um curso de Direito de uma universidade comunitária, localizada no Estado de Santa Catarina.

O instrumento utilizado para a coleta de dados foi o questionário - o qual, segundo Gil (2000), é considerado um dos meios disponíveis mais importantes para a obtenção de dados em pesquisas sociais, constituído por dez perguntas fechadas e abertas para considerações por universitários do 6º ao 10º semestre do curso de Direito da referida instituição, tendo em vista que é a partir do 6º semestre que os estudantes passam a ter uma noção mais sistemática e sustentada acerca do Direito, bem como por já estarem na parte final da graduação.

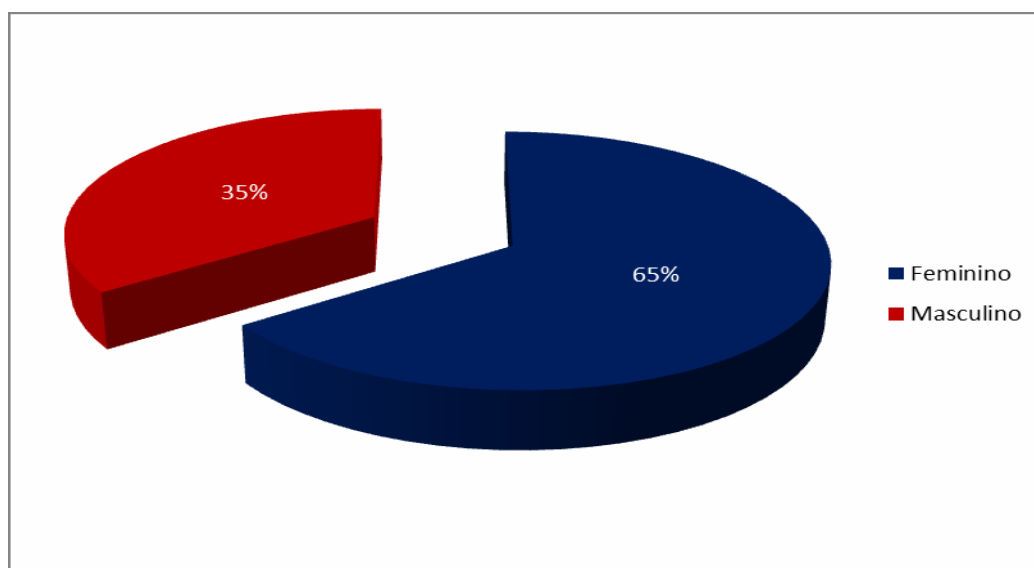
Dos itens presentes no instrumento, o primeiro campo estava destinado à identificação do sexo, idade, semestre e turno. Adiante, seguiram questões que versavam sobre: a orientação sexual dos participantes; o debate sobre a adoção em sala de aula; os critérios entendidos como necessários para o processo de adoção; as concepções acerca da adoção por casais homoafetivos e se haveria diferenciação para com casais heteroafetivos; bem como os aspectos positivos e negativos acerca da adoção por casais homoafetivos.

4 Resultado e análise dos questionários

Participaram da pesquisa, 152 estudantes do 6º ao 10º semestre matutino e noturno do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE, sendo 53 do sexo

masculino, totalizando 35% do total e 99 do sexo feminino, totalizando 65% do total.

Gráfico 1 – Sexo dos participantes da pesquisa.

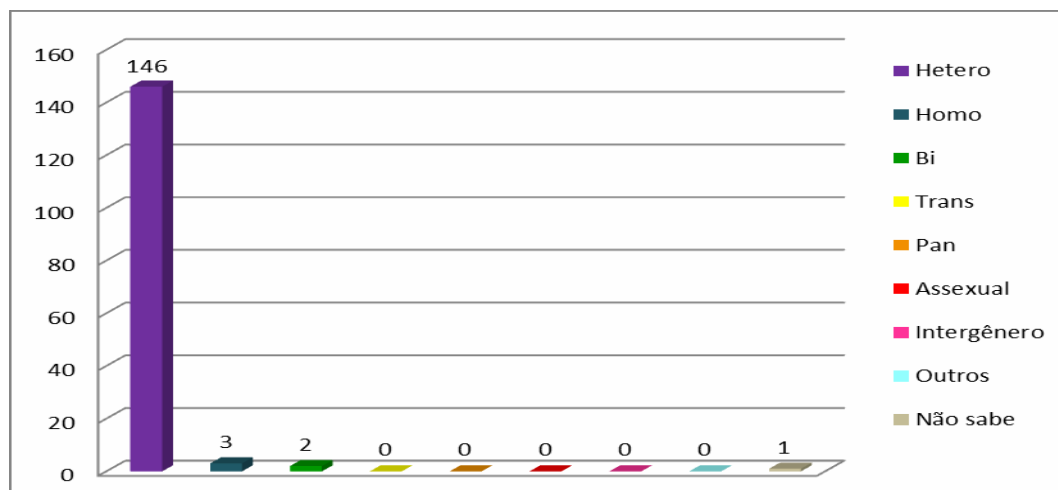


Fonte: Primária.

Ainda, dos 152 participantes, 118 destes têm entre 20 a 25 anos, 18 destes têm entre 26 a 30 anos, 10 destes têm entre 31 a 35 anos, 4 destes têm entre 36 a 40 anos e 2 destes têm entre 41 a 50 anos.

No que tange a orientação sexual e afetiva dos participantes, dos 152 questionários válidos à pesquisa, 146 se declararam heterossexuais – atração pelo sexo oposto; 3 se declararam homossexuais – atração pelo mesmo sexo; 2 se declararam bissexuais – atração por ambos os sexos; e 1 declarou não saber a sua orientação. Nenhum dos participantes se declarou transexual – opção por mudança de sexo; pansexual – atração por todos os tipos de gêneros sexuais; assexual – falta de orientação e desejo sexual, intergênero – sem identidade sexual e outros.

Gráfico 2 – Orientação afetiva e sexual dos participantes.

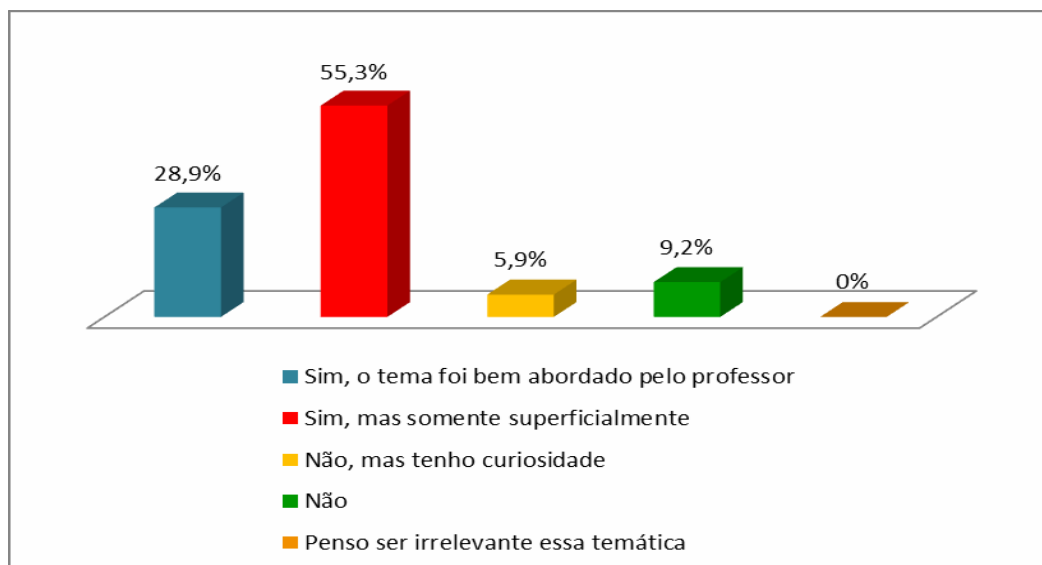


Fonte: Primária.

Não é despidendo observar que, é no mínimo inusitado que de 152 participantes dessa pesquisa, apenas cinco declararam ter outra orientação sexual que não a heteroafetiva. A formação de chavão afigura-se inerente à sistematização da sociedade, mas se posto no círculo sociocultural exacerbam as desigualdades e desfraldam possibilidades de preconceitos – motivo pelo qual talvez poucas foram as manifestações contrárias à orientação considerada padrão para a sociedade. Cumpre obtemperar, todavia, que não admitir o dissemelhante é ignorar que existe uma sociedade diversificada, o que inibe a obtenção de igualdade de direitos e consequentemente fere a liberdade individual (SOUZA, 2016).

Neste passo, quando perguntado se a temática adoção foi pauta de conteúdo em sala de aula, dos 152 participantes, 44 afirmaram que o tema foi bem abordado pelo professor da matéria, o que perfaz 28,9% do total; 85 asseveraram que foi comentado superficialmente, o que perfaz 55,3% do total; 9 declararam que a temática não foi abordada e se tem curiosidade em conhecer o assunto, o que perfaz 5,9% do total; 14 somente alegaram que o tema não foi conteúdo em sala, o que perfaz 9,2% do total; e nenhum dos participantes mencionaram acreditar ser essa temática irrelevante.

Gráfico 3 – O tema adoção já foi pauta de conteúdo em sala de aula?

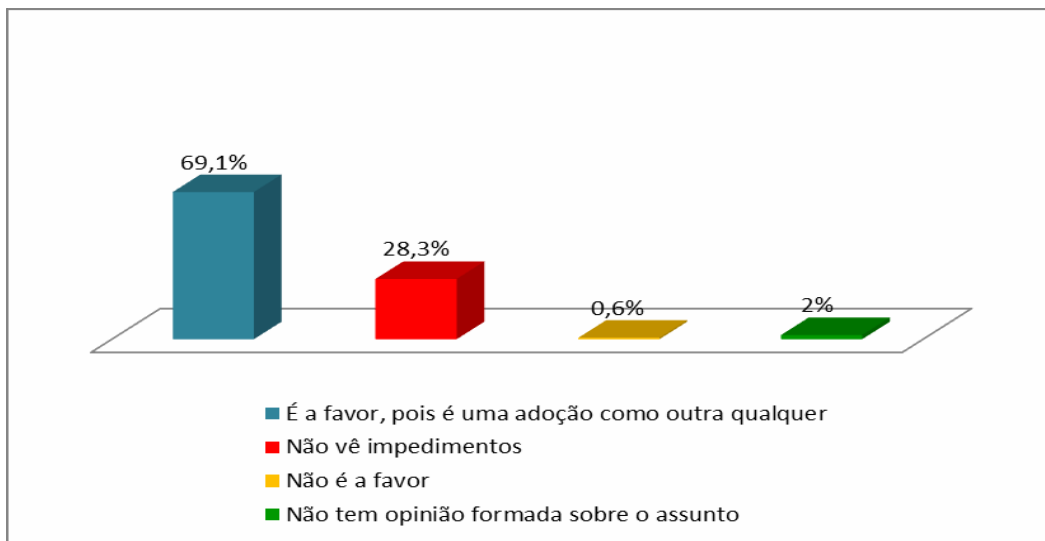


Fonte: Primária.

Partindo de tais dados, resta evidente que o tema adoção foi, para a maior parte dos(as) participantes, superficialmente abordado em sala de aula, impende assim salientar que os profissionais do Direito, têm a incumbência moral de instruírem-se a contar dos bancos universitários a fim de se empenharem desde cedo no combate ao senso de igualdade por vezes esmagado pela sociedade. Nítido é que, os profissionais do Direito não irão solucionar todos os infortúnios sociais, mas, certamente esta é uma marcha importante para o deslinde de adversidades (PRESTES, 2016).

Insta observar que, apesar do referido tema não ter sido bem abordado em sala de aula como constatado na questão 2 do questionário, alguns já vêm construindo uma opinião. Quando perguntado aos participantes quanto à opinião que possuem em relação à adoção por casais heterossexuais, 105 destes afirmaram ser a favor, o que remete a 69,1% do total; 43 não veem impedimentos, o que remete a 28,3% do total; 1 não é a favor, o que remete a 0,6% do total; e 3 não têm opinião formada sobre o assunto, o que remete a 2% do total.

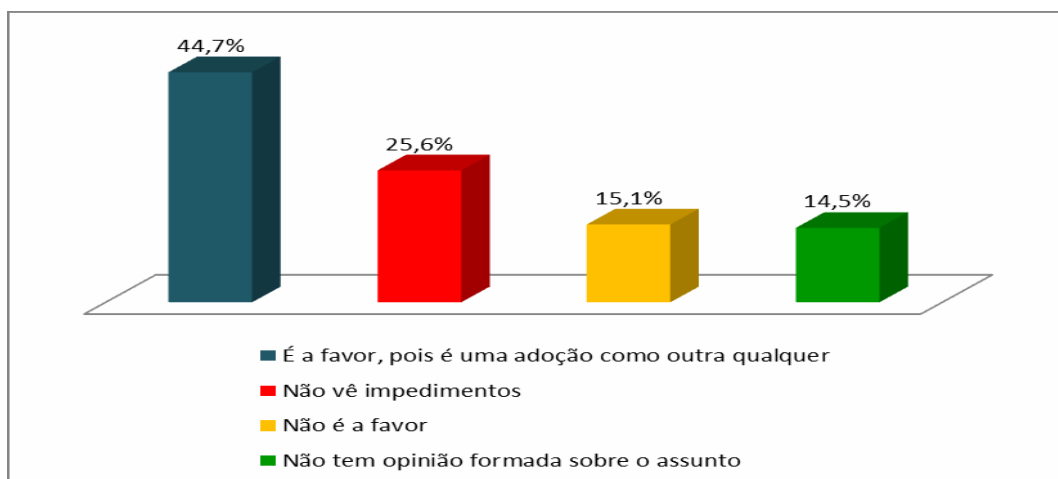
Gráfico 4 – Opinião dos participantes quanto à adoção por casais heterossexuais.



Fonte: Primária.

Em contrapartida aos dados obtidos no questionamento sobre adoção por casais heterossexuais, quando perguntado aos participantes quanto aos seus posicionamentos em relação a adoção por homossexuais, dos 152, 68 afirmaram ser a favor tendo em vista ser uma adoção como outra qualquer, o que remete a 44,7% do total; 39 não veem impedimentos, o que remete a 25,6% do total; 23 afirmaram não ser a favor, o que remete a 15,1% do total; e 22 não têm opinião formada sobre o assunto, o que remete a 14,5% do total.

Gráfico 5 – Opinião dos participantes quanto à adoção por casais homossexuais.



Fonte: Primária.

Primeiramente faz-se necessário destacar que há uma diminuição de quase 25% entre as respostas dadas quando se contrapõe a orientação sexual daqueles que serão responsáveis pela adoção. Em análise semelhante, considerando os resultados da pergunta sem identificação da orientação sexual, esse contraste não atinge 15%.

Outro aspecto intrigante numa comparação entre os resultados sobre a adoção nas

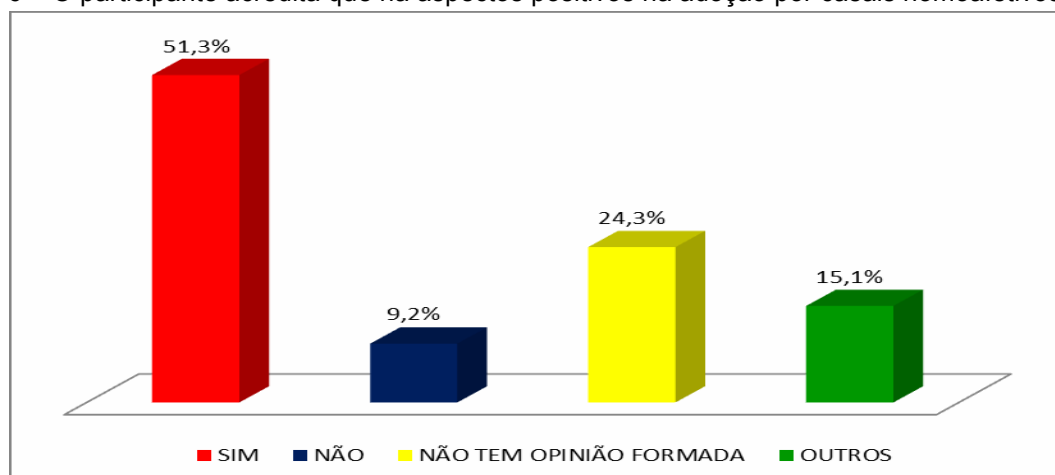
demarcações de orientação sexual é o aumento das respostas ‘não é a favor’ e ‘não tem opinião formada sobre o assunto’, passando de 0,6% para casais heterossexuais, a 15,1% para casais homossexuais, respectivamente. Propondo uma analogia entre o ‘não sei’, da adoção por qualquer pessoa, e “não tem opinião formada” das pessoas hetero ou homossexuais, novamente há uma dispare dilatada, sendo-os, na sequência 3,9%, 2% e 14,5%.

O que esses contrapontos podem relevar, retomando a disponibilidade na formação acadêmica desse tema e os envolvidos no processo de adoção, é a presença, mesmo que não totalmente externada, de regras sociais que saem da esfera jurídica. Ao considerar essas variações na quantidade de respostas obtidas em questões que apenas se diferenciavam pelos enunciados explicitarem três grupos de sujeitos que fariam a adoção (qualquer pessoa, casais heterossexuais e casais homossexuais) percebe-se, mesmo que de forma velada, a existência de ressalvas na perspectiva dos(as) estudantes investigados; com intensificação no que diz respeito à adoção para casais em relações homoafetivas.

Tal constatação pode ter outra vertente de análise a partir dos comentários presentes nos espaços destinados para tanto no questionário. Em primeiro lugar, obtiveram mais respostas à pergunta destinada à opinião sobre a adoção com casais homoafetivos do que a de casais heteroafetivos. Em segundo lugar, na averiguação dos comentários quanto aos casais homoafetivos, 4 disseram acreditar que a adoção realizada por eles pode afetar o desenvolvimento psicológico do menor; 2 disseram não ver impedimentos se o casal for bem estruturado e tiver por base uma boa educação, boa índole, que saiba dar amor e carinho ao menor; 2 afirmaram que a sociedade não está preparada; e 1 disse que com base na sua religião, os princípios ensinados por esses casais não são corretos na vontade de Deus.

Desta forma, apesar da maioria dos participantes (44,7%), declararem que são a favor da adoção por casais homoafetivos, é de se observar que há algo não declarado, um posicionamento ambíguo por parte de uma parcela do recorte atingido pelo presente estudo. Nessa vereda, perguntado sobre o entendimento dos aspectos positivos na adoção realizada por casais homoafetivos, 51,3% do total de participantes acreditam que há aspectos positivos nessa adoção; 9,2% acreditam que não há; 24,3% não têm opinião formada sobre o assunto; e 15,1% deram outras respostas.

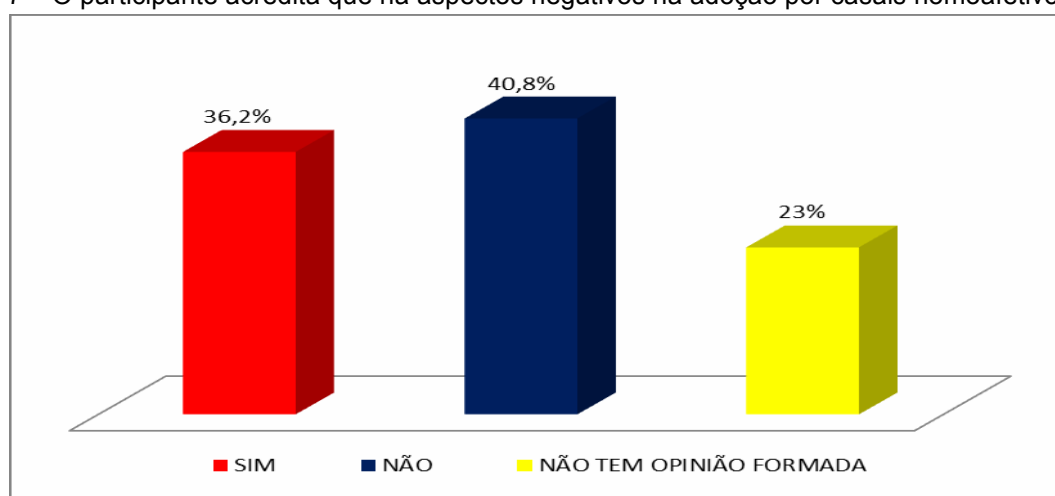
Gráfico 6 – O participante acredita que há aspectos positivos na adoção por casais homoafetivos?



Fonte: Primária.

Contudo, quando a pergunta passou a considerar os aspectos negativos, não se manteve a mesma porcentagem de aspectos positivos. A saber, 36,2% do total de participantes acreditam que há aspectos negativos, 40,8% acreditam que não há e 23% não têm opinião formada sobre o assunto.

Gráfico 7 – O participante acredita que há aspectos negativos na adoção por casais homoafetivos?



Fonte: Primária.

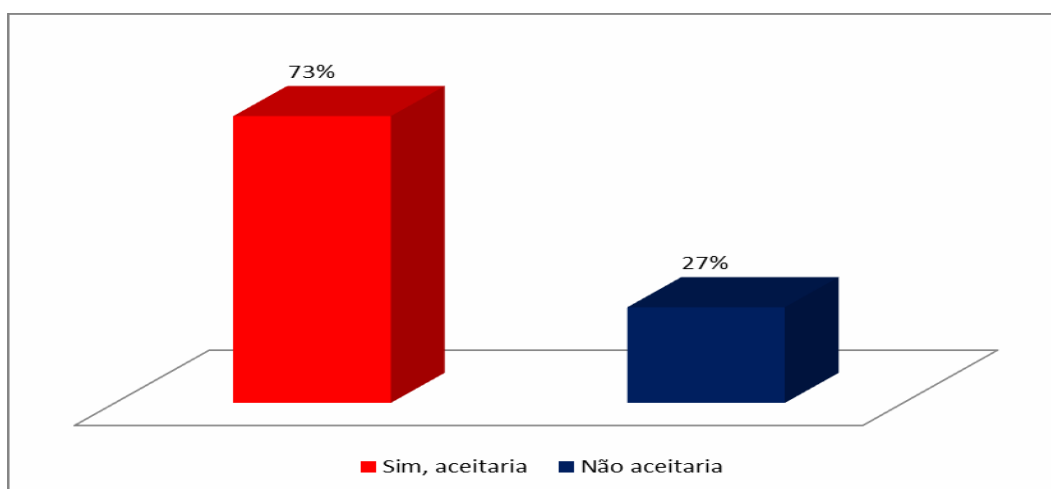
O que esses dois gráficos retratam é uma alternância de posicionamento. A informação de que há mais aspectos positivos (51,3%, conforme Gráfico 14), ainda que coerente, é contraditória ao se ponderar que os aspectos negativos aumentaram em praticamente quatro vezes em quantidade de respostas (36,2%). Da mesma forma que analisando os resultados da alternativa "não tem opinião formada" permanecer com quase 25% das respostas em ambas as questões. Tal disparidade ou inconsistência pode ser discutida a partir dos comentários obtidos quanto aos possíveis aspectos negativos, em que as alegações circundaram questões como o

preconceito ainda estar em grande pela sociedade, o que pode afetar o psicológico do menor adotado na escola e fora dela, além de que pode interferir em sua “natureza” e influenciar sua orientação sexual.

Posta assim a questão, há a perspectiva pautada da diferenciação, em preceitos sociais discriminatórios no que diz respeito aos homossexuais e a adoção no universo acadêmico de Direito pesquisado. Mesmo que não unânime – o que merece ser ressaltado em absoluto – é marcante como existe uma dificuldade em afirmar posicionamentos frente a esta temática. Nesse sentido, convém ponderar, tendo em vista que ao longo da história surgiram novos conceitos de família, dentre os prováveis aspectos, por que não considerar que um casal homoafetivo também apto a constituir uma família – e isso inclui a adoção de um órfão, como qualquer outro casal, a desempenhar tais funções (GRANJA, 2016).

Nesse passo, a penúltima pergunta do questionamento inquiria se, não sendo a favor da adoção por casais homoafetivos, o(a) estudante defenderia a causa. Todos os 152 questionários trouxeram resposta à questão, sendo que 111 (73%) afirmaram que aceitaria o desafio de defender uma causa de adoção homoafetiva mesmo não sendo a favor de tal; e 37 (27%) afirmaram que não aceitaria.

Gráfico 8 – Não sendo a favor da adoção homossexual, o participante aceitaria o desafio de defender uma causa de adoção homoafetiva?



Fonte: Primária.

Tendo em vista que nos processos de adoção o âmbito jurídico prescreve ser dever do operador das leis levar em consideração o interesse do menor, sem deixar de mencionar a obrigatoriedade de uma atuação pautada na ética profissional, perceber que 27% do total de estudantes pesquisados assinalou não defender a causa é um tanto intrigante e preocupante. Tal achado tem sua inquietação ampliada quando os comentários das respostas indicam que o “não” foi assinalado por não ser algo em que se acredita – o que confirma a instabilidade gerada

pela abordagem do tema e variação de posicionamentos pautarem-se em perspectivas discriminatórias para com casais homoafetivos.

Mantendo resultados bastante próximos, em relação a existência de jurisprudências que deferem a adoção homoafetiva, 74,3% do total são a favor, 11,2% não são e 14,5% não têm opinião formada sobre o assunto.

O que esses resultados expõem é a possibilidade de divisão dos participantes da pesquisa em dois grupos, os favoráveis e os desfavoráveis à adoção por casais homossexuais, sendo o primeiro majoritário, enquanto o segundo sustentando uma posição que pode ferir princípios éticos da atuação jurídica.

Em virtude dessas considerações, podemos averiguar dos dados colacionados nesta pesquisa que a aquiescência da adoção realizada por casais homoafetivos ainda percorrerá caminhos turbulentos, assim como foi, por exemplo, com a lei do divórcio, a qual enfrentou muito revés para ser enfim aceita pela sociedade que, preponderantemente é conservadora e intolerante. Destarte, é sabido que um novo caminho não se constrói somente com novas leis, mas precipuamente pela lucidez de um profissional do Direito comprometido com a moral e a ética, que tenha o propósito de defender o que é justo.

5 Considerações finais

No tocante a adoção, com base nos dados bem como nos resultados apresentados nessa pesquisa, observou-se que tal temática presentifica-se conforme a maioria dos estudantes pesquisados, de forma pontual, pouco debatida e problematizada ao longo das disciplinas. Insta observar, no entanto, que, apesar do referido tema não ser bem abordado em sala, os acadêmicos têm uma opinião quanto ao assunto.

Acerca do processo de adoção por casais homossexuais, pauta central desse estudo, constatou-se que mais da metade dos participantes da pesquisa afirmaram serem a favor. E, em relação às premissas favoráveis, grande parte alegou ser preciso respeitar os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, bem como o melhor interesse do menor.

Contudo, há uma parcela dos participantes contra e acreditam que não há aspectos positivos, utilizando-se de premissas fundamentadas principalmente na lei, na moral e no psicológico dos envolvidos – questões que fogem ao objeto e objetivo da formação jurídica, especialmente considerando a moral e a psicologia enquanto sustentadores desta posição.

Do exposto, os resultados evidenciam árduos tensionamentos em relação à adoção por casais homossexuais presentes no meio acadêmico do curso de Direito da UNIVILLE. Sem embargo, restou nítido o preconceito de alguns, inobstante isso, latente o de outros. Não se pode olvidar que, ao final da graduação, os profissionais do Direito fazem um juramento em que lhes

são outorgados deveres profissionais, no entanto, mesmo sendo jurado que trabalharão com qualquer causa, há aqueles que já sinalizam que não o farão.

Mister se faz ressaltar que, o apresto profissional e ético dos operadores da Lei compõem princípios demasiadamente importantes, pois são através desses profissionais que se proporcionam aos cidadãos um acesso igualitário à justiça, aos seus direitos e garantias sociais. Destarte, necessário se faz refletir sobre a emergente imprescindibilidade de formação de profissionais que estejam aptos a defender e buscar uma sociedade justa para todos, sem discrepância de qualquer natureza.

Nesse sentido ainda, os acadêmicos, como futuros operadores da lei, têm a obrigação de instruírem-se, desde a universidade, a fim de pelejar pela igualdade, bem como pela dignidade da pessoa humana, muitas vezes deixado de lado pela sociedade, pois, esta é uma caminhada lenta, contudo importante para o progresso social. Assim, é indispensável buscar a justiça em sua essência que se perdeu, abdicar a incredulidade que impera na sociedade para com o indivíduo.

Referências

ARAUJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 98.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. *Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana às relações privadas*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, 2004.

COELHO, Pedro Gabriel. *A adoção por par homoafetivo: uma configuração familiar duplamente estigmatizada*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 22 maio 2016.

CUNHA, A. M. O. *Adoção Por Casais Homoafetivos: do Preconceito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 22 maio 2016.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, direito de família*. v. 6. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 384.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. *Adoção: doutrina e prática*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 29.

GRANJA, Cícero Alexandre; MURAKAWA, Paulo Takaharo. Adoção por casais homoafetivos no Brasil. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12561>. Acesso em 11 jun. 2016.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Técnicas de pesquisa: elaboração e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração, análise e interpretação de dados*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PRESTES, Jacira. *Os desafios do profissional do direito: advogando pela defesa da liberdade democrática e a ética profissional*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10821>. Acesso em 11 jun. 2016.

RODRIGUES, Dirceu A. Victor. *Dicionário de Brocardos Jurídicos*. s.l.: Sugestões Literárias, 1976.

SOUZA, Ismael Francisco de; EUGÊNIO, Jessica Daminelli. *Diversidade e liberdade de expressão de orientação sexual: direitos, sociedade e conceitos na atualidade*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 10 set. 2016.

Quadrinhos e aspectos jurídicos

Letícia Narloch²¹⁴

Resumo: As histórias em quadrinhos (HQs) da era moderna tiveram como pioneiro Richard Outcault em 1895. Normalmente, vê-se que dentre as mais populares, encontram-se as HQs que relatam histórias de super heróis, de cunho infanto-juvenil e que passam a ocupar as telas de cinema. Contudo, nem toda HQ fica restrita à narrar histórias que preencham o imaginário desta faixa etária. É nisto que consiste a proposta do projeto “Quadrinhos e Aspectos Jurídicos”: apresentar histórias em quadrinhos que exponham assuntos jurídicos. Apesar de não ser considerado literatura, as HQs são um tipo de arte, pois combinam roteiros e desenhos que chamam muita a atenção, com diálogos que harmonizam metáforas, sonoplastia, ironia, dentre outras figuras linguísticas. Para a confecção das HQs, será feita uma investigação bibliográfica, e o conteúdo será essencialmente jurídico, para que possam servir como base para discussões e análises sobre questões deste âmbito. É interessante também que seja levado em consideração que as HQs, apesar de populares, são consideradas uma subleitura, essencialmente para o entretenimento. Para tanto, o projeto visa também valorizar as HQs, incluindo-a na sistemática didática nos cursos de Direito.

Palavras-chave: *Quadrinhos. Direito. Educação.*

1 Introdução

Com o presente trabalho, é esperado que as histórias em quadrinhos passem a ser mais utilizadas para a apresentação de conteúdos jurídicos. É evidente que a maioria dos que não estão habituados com estes discursos encontram dificuldades em entender o que se passa em certos textos forenses. Contudo, deve-se inserir essa parcela da sociedade – que é na verdade a maioria desta – neste tipo de linguagem. Por óbvio não se espera que as sentenças, por exemplo, passem a ser publicadas via HQs, mas sim que este tipo de arte sirva como uma ponte entre o texto jurídico e os que não estão habituados com o mesmo.

2 Suavização da linguagem jurídica

Conforme versa o artigo 5º, inciso XIV, CF/88 “ é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”. Portanto, infere-se do referido inciso, que o acesso à informação é assegurado a todos os cidadãos, entendendo-se portanto que o acesso à informação jurídica deve estar presente.

O acesso à informação contribui para o desenvolvimento do indivíduo por si só e na coletividade. Isto é intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, princípio básico do ordenamento jurídico brasileiro, vez que assegurada a dignidade, isto contribui para a realização de outros direitos, como a segurança, a saúde, educação, etc.

²¹⁴ Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille.

Entendendo a dificuldade que os indivíduos leigos têm de compreender o discurso jurídico, a AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), lançou em 2007 o livro *O Judiciário ao alcance de todos: noções básicas de juridiquês*. No livro, a AMB quis evidenciar a dificuldade dos cidadãos, escrevendo o seguinte trecho:

Afigura-se até mesmo ignominioso o emprego da liturgia instrumental, especialmente por ocasião de solenidades presenciais, hipótese em que a incompreensão reina. A oitiva dos litigantes e das vestigiais por eles arroladas acarreta intransponível óbice à efetiva saga da obtenção da verdade real. *Ad argumentandum tantum*, os pleitos inaugurados pela Justiça pública, preceituando a estocástica que as imputações e defesas se escudem de forma ininteligível, gestando obstáculo à hermenêutica. Portanto, o hercúleo despendimento de esforços para o desaforamento do 'juridiquês' deve contemplar igualmente a magistratura, o ínclito Parquet, os doutos patronos das partes, os corpos discentes e docentes do magistério das ciências jurídicas. Entendeu?

312

Ao final do trecho, o leitor é surpreendido com a pergunta "entendeu?". A indagação é feita, para mostrar que ao final, a resposta para a pergunta será provavelmente negativa, vez que o homem leigo quanto ao discurso jurídico terá certamente dificuldade em entender o que o trecho significa.

Em 18 de novembro de 2011 (com vigência a partir de 16 de junho de 2012), foi publicada a lei nº 12.527, chamada de Lei de Acesso à Informação, sendo considerada uma conquista para a sociedade. A referida lei tem o objetivo de efetivar o direito do acesso à informação, tendo os as informações necessárias para formar uma estrutura mais funcional de acesso.

Sendo considerado meio privilegiado de acesso à informação, a internet é utilizada também para a ampliação da linguagem forense. Logo, por este meio, as instituições jurídicas devem disponibilizar páginas eletrônicas de simples manuseio, com exceção dos municípios com menos de 10 mil habitantes, tendo em vista que geralmente se tratam de municípios humildes sem acesso à internet ou com localização que não oferece conexão de dados.

3 Histórias em quadrinhos: ponte de ligação

A primeira história em quadrinhos foi publicada em um jornal sensacionalista de Nova York. Contudo, a arte não recebeu a atenção devida dos críticos, sendo ainda considerada má influência para as crianças, pois continha temáticas um tanto quanto inadequadas para essa faixa etária.

Segundo Vergueiro (2009, p. 87-88), as histórias em quadrinhos surgiram com mais ênfase para apoiar os temas educativos na Europa, em 1970, tornando o processo de aprendizagem mais dinâmico. Quanto ao Brasil, a arte passou a transmitir conhecimentos sobre religião ou ainda sobre a história do próprio país. A primeira história em quadrinhos publicada

no Brasil, segundo Vergueiro (2009), foi estampada na revista O Tico-Tico, em 1905, que ensinava às crianças como deveriam se comportar para serem boas.

Ganha maior destaque as histórias em quadrinhos que trabalham a vida de super-heróis, que muitas vezes saem do papel e ganham espaço no cinema do mundo todo. Por outro lado, nem toda história em quadrinhos fica restrita a tratar da vida dos super-heróis: a exemplo de Marjane Satrap, que lançou um livro em quatro volumes, onde narra sua infância, enquanto iraniana, durante a Revolução Islâmica. Além do seu livro, há também a obra Maus, de Art Spiegelman, um americano judeu que conta a história de seus pais, que sobreviveram aos campos de concentração de Auschwitz. Em 1992, o livro Maus recebeu o primeiro prêmio Pulitzer, destinado a um livro de história em quadrinhos.

É justamente por essa versatilidade de temas que podem ser tratados nas histórias em quadrinhos que elas são tão interessantes. Então, por que não tratar de aspectos jurídicos através desta arte?

Utilizando as histórias em quadrinhos como ponte de comunicação entre os leigos e as leis, é possível impulsionar o desenvolvimento social. Segundo Bordieu (2004, p.225), o cidadão que não teve início na linguagem jurídica, ao se deparar com uma sentença ou uma decisão judicial, este não a compreende, causando assim sua exclusão:

A instituição de um espaço judicial implica a imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que, quando nele se acham lançados, permanecem de facto dele excluídos, por não poderem operar a conversão de todo o espaço mental – e, em particular, de toda a postura linguística – que supõe a entrada neste espaço social.

Logo, fica evidenciado que, aqueles que não estão “inseridos” na área jurídica acabam ficando excluídos desta, causando um tipo de segregação daqueles que não dominam o discurso legal.

Foucault (2010, p. 37) salienta que “ninguém entrará na ordem do discurso se não satisfazer a certas exigências ou se não for, de início, qualificado para fazê-lo”. Com isso, o filósofo tenta transmitir que os que fazem parte da área jurídica devem passar por um “ritual de qualificação”, onde aprendem a dominar o conteúdo legal, e que esse domínio vem acompanhado de certos gestos, comportamentos e consequências

Ao parar para analisar isto, é perceptível que os que dominam a linguagem jurídica possuem comportamentos e gestos diferentes daqueles que não a dominam, ocorrendo então, a já mencionada segregação.

4 As histórias em quadrinhos no discurso jurídico

Engana-se quem pensa que para entender a mensagem de uma história em quadrinhos não é necessário ter muito conhecimento sobre o assunto nela abordado.

Mendonça (2007, p. 195), parte da ideia de que as histórias em quadrinhos, por possuírem características peculiares, são facilmente identificáveis. São ainda, um gênero complexo, mas como são acessíveis a adultos com baixo grau de letramento e crianças em fase de aprendizado da linguagem e escrita, as pessoas partem do falso pensamento de que “ler quadrinhos é muito fácil”.

As histórias em quadrinhos possuem uma estrutura colorida, com balões e desenhos que chamam a atenção do leitor. O interessante é que sua estrutura chama a atenção de toda e qualquer faixa etária e gênero, instigando sua apreciação.

Para Pereira (2010, p.154), as histórias em quadrinhos são um instrumento muito eficaz para combater a dificuldade de comunicação existente entre juristas e o cidadão comum. O autor entende que para o profissional do Direito é impossível abandonar a linguagem jurídica, devendo então, haver um meio de o homem leigo compreender esta linguagem.

Maurício de Sousa, responsável pela criação dos gibis da Turma da Mônica, criou em 2006 uma cartilha voltada ao Estatuto da Criança e do Adolescente, onde de forma mais simplificada, transmite às crianças quais são seus direitos básicos.

Figura 1 – A turma da Mônica aprendendo sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente



Fonte: Sousa, (2006).

No gibi criado por Maurício, o personagem Franjinha convoca toda a turma para ensinar sobre o Estatuto da Criança e Adolescente, e assim acaba simplificando o significado da palavra “estatuto”.

Outro exemplo, é a utilização do personagem Menino Maluquinho, feito por Ziraldo. O criador fez um quadrinho onde existem vários meninos maluquinhos iguais, para passar a mensagem do art. 5º da Constituição Federal que versa sobre a igualdade de todos perante a lei.

Figura 2 – O Menino Maluquinho representando a igualdade dos indivíduos perante a lei.



Fonte: Ziraldo, (2008, p. 5)

Mozdzenski (2004, pg. 94), ao estudar as cartilhas que contém conteúdo legal, relatou que algumas apresentam um resumo sobre pontos principais da lei ou então seguem um esquema de pergunta-resposta. Mozdzenski salienta que o principal objetivo destas cartilhas com conteúdo jurídico é expandir o conhecimento na área, aproximando as leis de uma linguagem mais coloquial.

5 Considerações finais

Ao analisar as histórias em quadrinhos com conteúdo jurídico, pode-se perceber que há, na mente dos idealizadores, o propósito de auxiliar os indivíduos leigos a entender as normas legais, como por exemplo os direitos básicos e os fundamentos presentes na Constituição Federal.

Para atingir este objetivo, os autores utilizam de figuras coloridas e falas adaptadas ao público que não faz parte da esfera jurídica com operador de direito – porém faz parte como detentor de direitos e obrigações.

Necessário portanto, saber se essas histórias em quadrinhos têm seu objetivo alcançado. Será que as crianças entendem o que é “Estatuto” a exemplo do gibi do ECA feito por Maurício? Ou ainda, será que os pais entendem o que é “Estatuto”, segundo a mesma obra, para que possam então repassar o conceito aos seus filhos? Estas perguntas podem ser retomadas em uma continuação com pesquisas.

Contudo, é notório que as histórias em quadrinhos são sim uma ótima ponte de ligação entre leigos e normas jurídicas. É necessário que cada um entenda sobre seus direitos para que consiga exercê-lo, porém, é tão importante quanto que as pessoas passem a enxergar seus deveres, para contribuir com o desenvolvimento pessoal e coletivo.

O campo do Direito não é o único a se utilizar de linguagem técnica e rebuscada. É fato que um operador do Direito não tem como se abster, na maioria das vezes, da linguagem formal, mas sem um ouvinte/leitor que não o compreende, de nada adianta sua técnica rebuscada.

Portanto, é necessário que o entendimento sobre as normas legais estejam ao alcance de todos, pois uma vez que os indivíduos entendem seus deveres e obrigações, caminha-se rumo a um desenvolvimento e a uma justiça muito mais efetiva.

Referências

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS -AMB. **O judiciário ao alcance de todos:** noções básicas de juridiquês. 2. ed. Brasília: AMB, 2007.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 5 out. 1988a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 nov. 2010.

FOUCAULT, Michael. **A ordem do discurso.** 20. ed. São Paulo: Loyola, 2010.

MENDONÇA, Márcia Rodrigues de Souza. Um gênero quadro a quadro: a história em quadrinhos: In: DIONISIO, Ângela Paiva; MACHADO, Anna Rachel; BEZERRA, Maria Auxiliadora (Org.). **Gêneros textuais e ensino.** 5. ed. Rio de Janeiro: Lucerna, 2007. p. 194-207.

MOZDZENSKI, Leonardo Pinheiro. Desconstruindo a linguagem jurídica: multimodalidade e argumentatividade visual nas cartilhas de orientação legal. **Veredas:** Rev. Est. Ling., Juiz de Fora, v. 8, n. 1-2, p. 91-106, jan./dez. 2004.

PEREIRA, Marcio Henrique. **Chamando o direito às falas:** linguagem do direito, cidadania, e emancipação sociopolítica. Franca: UNIFRAN, 2010.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei nº 12527, de 18 de novembro de 2011. **Casa Civil:** Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 20/10/2016

SOUSA, Mauricio de. **A turma da Mônica em:** o Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Maurício de Sousa, 2006. Disponível em: <http://www.fundacaofia.com.br/ceats/eca_gibi/capa.htm>. Acesso em: 10 jul. 2011.

VERGUEIRO, Waldomiro. Quadrinhos e educação popular no Brasil: considerações à luz de algumas produções nacionais. In: VERGUEIRO, Waldomiro; RAMOS, Paulo (Org.). **Muito além dos quadrinhos:** análises e reflexões sobre a 9ª arte. São Paulo: Devir, 2009. p. 83-102.

ZIRALDO. **Os direitos humanos.** Brasília: Ministério da Educação, 2008. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/documentos/CarilhaZiraldo.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

