

Org. Laurinaldo Félix Nascimento
Elaine Freitas Fernandes

DIREITOS HUMANOS

Estudos Interdisciplinares
e Multiculturalismo

Volume **2**
2022



Org. Laurinaldo Félix Nascimento
Elaine Freitas Fernandes

DIREITOS HUMANOS

Estudos Interdisciplinares e Multiculturalismo

Volume **2**
2022



© 2022 – Editora MultiAtual

www.editoramultiatual.com.br

editoramultiatual@gmail.com

Organizadores

Laurinaldo Félix Nascimento

Elaine Freitas Fernandes

Editor Chefe e Organizador: Jader Luís da Silveira

Editoração e Arte: Resiane Paula da Silveira

Imagens, Arte e Capa: Freepik/MultiAtual

Revisão: Respectiveos autores dos artigos

Conselho Editorial

Ma. Heloisa Alves Braga, Secretaria de Estado de Educação de Minas Gerais, SEE-MG

Me. Ricardo Ferreira de Sousa, Universidade Federal do Tocantins, UFT

Me. Guilherme de Andrade Ruela, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF

Esp. Ricael Spirandeli Rocha, Instituto Federal Minas Gerais, IFMG

Ma. Luana Ferreira dos Santos, Universidade Estadual de Santa Cruz, UESC

Ma. Ana Paula Cota Moreira, Fundação Comunitária Educacional e Cultural de João Monlevade, FUNCEC

Me. Camilla Mariane Menezes Souza, Universidade Federal do Paraná, UFPR

Ma. Jocilene dos Santos Pereira, Universidade Estadual de Santa Cruz, UESC

Ma. Tatiany Michelle Gonçalves da Silva, Secretaria de Estado do Distrito Federal, SEE-DF

Dra. Haiany Aparecida Ferreira, Universidade Federal de Lavras, UFLA

Me. Arthur Lima de Oliveira, Fundação Centro de Ciências e Educação Superior à Distância do Estado do RJ, CECIERJ

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N244e Nascimento, Laurinaldo Félix
Direitos Humanos: Estudos Interdisciplinares e Multiculturalismo -
Volume 2 / Laurinaldo Félix Nascimento; Elaine Freitas Fernandes
(organizadores). – Formiga (MG): Editora MultiAtual, 2022. 222 p. : il.

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-65-89976-86-8
DOI: 10.5281/zenodo.7396858

1. Direitos Humanos. 2. Estudos Interdisciplinares e Multiculturalismo.
3. Ciências Jurídicas. 4. Jurisprudência. I. Fernandes, Elaine Freitas. II. Título.

CDD: 341.481
CDU: 342.7

*Os artigos, seus conteúdos, textos e contextos que participam da presente obra apresentam
responsabilidade de seus autores.*

Downloads podem ser feitos com créditos aos autores. São proibidas as modificações e os
fins comerciais.

Proibido plágio e todas as formas de cópias.

Editora MultiAtual
CNPJ: 35.335.163/0001-00
Telefone: +55 (37) 99855-6001
www.editoramultiatual.com.br
editoramultiatual@gmail.com
Formiga - MG
Catálogo Geral: <https://editoras.grupomultiatual.com.br/>

Acesse a obra originalmente publicada em:
[https://www.editoramultiatual.com.br/2022/12/direitos-
humanos-2.html](https://www.editoramultiatual.com.br/2022/12/direitos-humanos-2.html)



AUTORES

**BARBARA KAMYL A COSTA DA SILVA
BIANCA CARDOSO MARTINS
DANIELLE FERNANDES FARIAS DO VAL
ELAINE FREITAS FERNANDES
FABIANO LUCIO DE ALMEIDA SILVA
JOSELAIN E MAURA FIGUEIREDO SOARES
JULIANA RODRIGUES DE SOUZA
LARISSA LEMOS GARZON
LELIANE AGUIAR DA SILVA
MARIA DAS GRAÇAS PENELVA
MICHELLE BORGES CAVALCANTE CUNHA
PAULO DENILSON MAGALHÃES CARVALHO
RONALDO PINHEIRO SÉRGIO
WARLEY ALEXANDRO LIMA COSTA**

Direitos Humanos no Contexto do Pós-Covid e no Azo das Eleições 2022

Foi com enormes honra e satisfação que recebi o convite dos meus docentes-professores e membros do Grupo de Estudo em Constitucionalismo(s) Direitos e Democracia (CODIDEM): Laurinaldo Félix Nascimento e Elaine Freitas Fernandes, ambos doutorandos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (PPGD/UNESA) para prefaciar o trabalho em formato de E-book: Direitos Humanos: Estudos Interdisciplinares e Multiculturalismo.

A obra representará uma contribuição significativa no aspecto acadêmico, no campo das ciências sociais, com a consolidação de novas pesquisas sobre temas dos cenários jurídicos contemporâneo que transcorrem o panorama social, econômico e principalmente político que é vivenciado pelo mundo, e em especial, pelo Brasil na atual quadra do tempo de mudanças provocadas pelo *accountability* vertical, que é o processo eleitoral. Neste, a soberania popular é exercitada pela via democrática - que institucionalmente tem na Constituição de 1988, seu grande alicerce -, com a escolha dos novos quadros políticos que representam a vontade do povo brasileiro.

A premissa dos Organizadores, focada na proposta da coletânea de artigos, consiste em apresentar um conjunto de trabalhos na dimensão dos Direitos Humanos: campo de conhecimento jurídico em constante mudança e ebulição social e de grande alcance no contexto dos grande filósofos e juristas, para a composição deste E-book temático.

A concepção da obra foi pensada no sentido de promover os debates e reflexões em torno das diversas dimensões dos Direitos Humanos, abordando aspectos das cidadanias global e comunitária, bem como também o do desenvolvimento sustentável, a partir de diferentes visões produzidas pelas diversas áreas disciplinares: Educação e Novas Tecnologias, Ciência Política, Nova Governança, Intervenção Social e Comunitária na atuação do Estado.

Assim, os organizadores dão a obliquidade de orientação Interdisciplinar, selecionando os Capítulos de autores interessados nas temáticas propostas, além de possibilitar que a obra fosse construída por autores que se encontram em diferentes momentos de sua trajetória acadêmica. É bem verdade que, como ponto comum, possuem todos um elogiável devotamento ao desenvolvimento da Ciência do Direito, o que

possibilitou que a obra, em sua inteireza, nos conceda relevante conteúdo acadêmico, em uma perspectiva jurídico-epistemológica adequada.

O Estado Democrático de Direito no Brasil, vivencia suas bases em uma posição teórico-filosófica pautada em uma agenda pós-positivista, que busca aproximar o conceito de Direito aos valores justiça e legitimidade. Sabe-se, contudo, que essa busca é perseguida há muito, principalmente quando alguns dos principais pensadores da Grécia Antiga passam a colocar a questão da justiça como um elemento central na condução da vida na *polis*. Esse caminhar, que se mostrou tão sofisticado, influenciou fortemente uma tradição do pensamento jurídico-político, no sentido de que, até hoje, nossas cosmovisões se vinculam às intuições fundamentais ali desenvolvidas. Assim, o mundo jurídico-político contemporâneo ocidental está inarredavelmente vinculado a esta percepção fundante.

Em tempos mais recentes, na obra “O que é Justiça?”, Hans Kelsen, representando uma concepção tipicamente positivista do ponto de vista metodológico, conceituou a justiça como, primariamente, uma qualidade possível, todavia não necessária, de uma ordem social que regula as relações mútuas dos homens. Nessa linha, apenas secundariamente seria a justiça uma virtude do homem, já que o homem é justo, se seu comportamento está de acordo com as normas de uma ordem social supostamente justa.

Porém, a questão que se abriu de forma incontornável após a Segunda Grande Guerra foi a seguinte: o que realmente significa dizer que uma ordem social é justa? Uma resposta, certamente, não definitiva, mas aceitável (certamente de um ponto de vista não-positivista seria a de que uma ordem justa regula o comportamento dos homens de maneira satisfatória para todos os homens, isto é, para que todos os homens encontrem nela sua felicidade. O anseio por justiça é o anseio eterno de felicidade dos homens. Todavia, o homem não pode encontrar a felicidade como indivíduo isolado e, portanto, deve buscá-la em sua experiência como membro de um corpo social. Nessa perspectiva, a felicidade (do indivíduo) não pode ser atingida sem que exista uma ordem social adequadamente estruturada para esse fim. Seguindo Habermas, entendemos que o direito tem um papel central nesta organização social.

A atividade jurídica hoje se constitui num palimpsesto de ideias, que no decorrer da história, são apagadas, reescritas ou até mesmo reestruturadas, como se faziam com antigos pergaminhos. O cenário jurídico, como não poderia deixar de ser, percorre o mesmo sentido. Embora as experiências passadas sirvam como elementos de reflexão, são as experiências circunstanciais da vida presente que impulsionam o surgimento de novas

ideias e concepções. Assim, sem desprezar as contribuições de escolas fundamentais do pensamento jurídico, tais como o Jusnaturalismo, o Juspositivismo, o Realismo Jurídico (todas em suas perspectivas mais amplas, que abarcam muitas outras sub-Escolas), podemos pensar as possibilidades contemporâneas também a partir de perspectivas Pós-Positivistas, em um quadro político que se abre para linhas liberais deliberativas e também multiculturais.

As concepções de uma sociedade democrática necessariamente plural ou, indo mais adiante, multicultural, ampliaram-se de forma contundente nos anos 90 do Século passado. Nessa perspectiva, não se faz mais possível pensar em um regime jurídico que se pretenda democrático e que desconsidere a pluri/ multiculturalidade como um valor essencial do Estado Democrático de Direito.

Em tempos recentes, de forma muito veemente, o tema se tornou central, por exemplo, no âmbito de uma União Europeia que reunifica tanta diversidade étnico-cultural e linguística, outrora incitadora de inúmeros embates bélicos. Porém, também entre nós, na América do Sul o tema vem recebendo grandes desenvolvimentos, principalmente no entorno de dois temas: as discussões que tratam da existência de múltiplas nações dentro de Estados Nacionais; e também a questão da legitimidade que possuem os povos originários a um ordenamento jurídico que se coadune com suas tradições culturais, com todas as consequências que daí decorrem.

Evidentemente que essas discussões se expandem por todo o globo e são, na esfera da discussão acerca da dignidade (de pessoas e grupos), fundamentais para superação de antagonismos ancestrais. Há, pela via dialógica, um esforço pragmático de promover um novo pacto social, que leve em conta problemas tão nucleares como diversidade étnica, imigração e processos de refugiados de governos autoritários. Todas essas questões, de uma forma mais ou menos eloquentes, reportam-se às posições hoje tão debatidas por liberais deliberativos e multiculturalistas.

O Brasil não escapa dessa realidade e nem pode ter a pretensão de que o problema não o atinja. Seja porque somos um Estado Democrático de Direito (que pressupõe diversidade em sua formação), seja porque diversos grupos formadores de nossa sociedade clamam por reconhecimento (e não apenas por tolerância), o desafio dirigido à academia não é passível de ser ignorado, posto ser fato a existência de uma profunda divisão nos costumes (que vem se projetando de forma incisiva na política), com amplos reflexos no campo jurídico.

O sentido no qual se direcionam os Capítulos deste E-book impulsionam novas dinâmicas do estudo do Direito. Aproveitando a significativa marca de trinta e quatro anos da Constituição da República de 1988, os trabalhos apresentados buscarão pontuar às observações de destacados autores de várias titulações acadêmicas, desde graduandos até pós-doutores, que comporão livremente suas pesquisas, quer enfatizando um lado mais descritivo, quer invadindo uma perspectiva mais exploratória, ou mesmo fazendo predominar uma vertente explicativa dos fenômenos jurídicos, políticos ou sociais, no âmbito do quadro investigatório a que se propuseram.

A obra aborda ainda as análises críticas demonstrando a Função Social do Direito e compondo um lado mais diretamente relacionado à Sociologia Jurídica. Nesta via, buscou entender o atual momento de mudanças sociais da realidade jurídica vivenciada no Brasil, inclusive o que alguns identificam como “solipsismo judicial”, possivelmente gerador de desequilíbrio no processo de divisão de poderes do Estado.

A produção reúne obras originalmente separadas, o que foi feito com bastante liberdade e alteridade.

Do exposto, exalta-se o ineditismo propositivo e coragem do trabalho aqui desenvolvido que dentre o coloca em destaque no conteúdo jurídico pátrio, sendo estimulante prefaciar este E-book.

É com altivez e aprazível satisfação que apresento e recomendo a presente obra.

Boa leitura e reflexões!

Prof. Dr. Marcelo Machado Costa Lima

Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Estácio de Sá. É professor no curso de Direito do Ibmec-RJ. Leciona nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito na Universidade Estácio de Sá. Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2016). Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa (2007). Pós-doutor em Direito Constitucional-Econômico pela Università degli Studi "G.D'Annunzio" Chieti-Pescara em cooperação interinstitucional com a Università di Roma Tor Vergata. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1999). Graduado em História pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1990). Líder do Grupo de Pesquisa Constitucionalismo(s), Direitos e Democracia, UNESA- RJ (DGP/CNPq). Colíder do Grupo de Pesquisa SOCEDIR ("A Sociedade Civil e o Estado de Direito: mutações e desenvolvimento), responsável pelas Linhas de Pesquisa Paradigmas da Justiça e Teoria do Estado e Teoria da Constituição?, IBMEC - RJ (DGP/CNPq).

SUMÁRIO

Capítulo 1 A MOROSIDADE PROCESSUAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO PROCESSO DE ADOÇÃO NO BRASIL <i>Elaine Freitas Fernandes; Barbara Kamyla Costa da Silva</i>	12
Capítulo 2 O DIREITO DE POSSE AGRÁRIA DAS COMUNIDADES TRIBAIS: APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO 169 DA OIT AOS MEMBROS DA COMUNIDADE JOVENIANO PANTOJA NO MUNICÍPIO DO MARAJÓ/PA (2020) <i>Paulo Denilson Magalhães Carvalho; Maria das Graças Penelva</i>	35
Capítulo 3 MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: UM MÉTODO RUMO À PACIFICAÇÃO <i>Bianca Cardoso Martins</i>	50
Capítulo 4 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONCESSÃO DE CUIDADORES ESCOLARES NA REDE PÚBLICA DE ENSINO BÁSICO BRASILEIRO <i>Larissa Lemos Garzon</i>	67
Capítulo 5 ASPECTO CONSTITUCIONAL DO MÉTODO ADEQUADO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO PELA CONCILIAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO ATRAVÉS DO PROCON <i>Ronaldo Pinheiro Sérgio</i>	79
Capítulo 6 O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS COMO TUTELA DA IGUALDADE NA “SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO”: UMA ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR <i>Danielle Fernandes Farias do Val</i>	92
Capítulo 7 ENCARCERAMENTO EM MASSA, JUDICIALIZAÇÃO E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS: REFLEXOS DA AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DESENCARCERADORAS <i>Larissa Lemos Garzon; Warlley Alexandro Lima Costa</i>	110
Capítulo 8 RESTRICÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA <i>Fabiano Lucio de Almeida Silva</i>	124
Capítulo 9 O DEPOIMENTO ESPECIAL DA LEI 13.431/17: O COMBATE DA REVITIMIZAÇÃO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE VÍTIMAS OU TESTEMUNHAS DE ABUSO SEXUAL <i>Juliana Rodrigues de Souza; Leliane Aguiar da Silva</i>	150
Capítulo 10 O PROTAGONISMO DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA FRENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO <i>Joselaine Maura Figueiredo Soares</i>	179

Capítulo 11	
O QUE SENTEM AQUELES BOIS QUE CORREM NA PISTA DE AREIA E CAEM DERROTADOS NOS OLHANDO COM PAVOR? - UM ESTUDO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO NO CASO DA VAQUEJADA <i>Michelle Borges Cavalcante Cunha</i>	195
OS AUTORES	217
OS ORGANIZADORES	221

Capítulo 1
A MOROSIDADE PROCESSUAL E SUAS IMPLICAÇÕES
NO PROCESSO DE ADOÇÃO NO BRASIL

Elaine Freitas Fernandes
Barbara Kamyla Costa da Silva



A MOROSIDADE PROCESSUAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO PROCESSO DE ADOÇÃO NO BRASIL

Elaine Freitas Fernandes

Advogada; Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA, na linha de pesquisa: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional; Doutoranda em Direito Público e evolução social- Direitos fundamentais e novos direitos pela Universidade Estácio de Sá – UNESA; Professora universitária e Coordenadora de curso; Email: elainefff@hotmail.com.

Barbara Kamyla Costa da Silva

*Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Sá
e-mail: barbarakamyla@hotmail.com*

Resumo

O presente trabalho tem por escopo tratar do processo de adoção no Brasil e suas implicações quanto a morosidade processual junto ao Poder Judiciário. Nesse sentido, será explanado acerca da história da adoção e sua evolução legislativa no Brasil, se analisará o conceito de adoção, e em continuidade se demonstrará quais os requisitos necessários para a adoção legal. Em ato contínuo, será abordado sobre a Lei Nova da Adoção no Brasil. Após, será feito um esboço sobre o Processo de Adoção no Brasil e por fim, de modo mais apurado, a problemática das implicações quanto a morosidade no processo de adoção. A metodologia será realizada por meio de pesquisa bibliográfica e de uma abordagem qualitativa, utilizando-se do método dialético, pautada na análise da doutrina abalizada, dos dispositivos constitucionais, bem como da legislação infraconstitucional relacionada à temática.

Palavras-Chave: Adoção; Morosidade; Processo; Cadastro Nacional.

Abstract

The present work has the scope to deal with the adoption process in Brazil and its implications regarding procedural delays with the Judiciary. In this sense, it will be explained about the history of adoption and its legislative evolution in Brazil, the concept of adoption will be analyzed, and then the necessary requirements for legal adoption will be demonstrated. In a continuous act, it will be discussed about the New Law of Adoption in Brazil. Afterwards, an outline will be made about the Adoption Process in Brazil and finally, in a more accurate way, the problem of the implications regarding the delay in the adoption process. The methodology will be carried out through bibliographic research and a qualitative approach, using the dialectical method, based on the analysis of

authoritative doctrine, constitutional provisions, as well as infraconstitutional legislation related to the theme.

Keywords: Adoption; slowness; Process; National Registry

1 INTRODUÇÃO

Segundo Paiva (2004), levando em consideração as escrituras religiosas, a Bíblia já menciona um caso de adoção de criança, embora na época não houvesse legislação sobre o tema, foi presente na vida do personagem Moisés, no ano de 1250 a.C., no período em que o rei Faraó determinou que todas as crianças israelitas do sexo masculino fossem mortas, a genitora de Moises não se submetendo aquele decreto de morte, resolveu colocar seu filho dentro de um cesto à beira do Rio Nilo para que fosse encontrado e sobrevivesse, o que de fato ocorreu, foi achado pela filha de Faraó, que o adotou.

Na mesma linha de pensamento, segue o entendimento de Diniz (DINIZ, 2002, p.155) que afirma que o surgimento da adoção se deu atendendo imperativos de ordem religiosa. O autor comenta:

Sendo então uma espécie de naturalização política e religiosa, uma modificação de culto permitindo a saída de uma família e o ingresso em outra, a adoção garantiu o desenvolvimento pacífico do mundo antigo, sendo considerado um dos grandes catalisadores do progresso e da civilização.

Existiu um período na história do Brasil, especificamente na colonização, em que a adoção estava relacionada com a caridade, os que eram “bem financeiramente”, considerados ricos, ajudavam aos necessitados abrigando-os normalmente dentro de suas casas, muitas vezes, sendo chamados de “filhos de criação”. Essa situação ocorria sem qualquer formalidade legal. Ocorre que essa forma de “caridade” escondia uma oportunidade de mão-de-obra barata, ao mesmo tempo em que os “adotados” recebiam ajuda suas necessidades cotidianas, desta forma, foi surgindo a adoção “mascarada” no Brasil.

O presente artigo versará sobre o processo de adoção no Brasil, e suas implicações quanto à morosidade processual. A análise deste tema é relevante, pois a adoção está presente na sociedade desde o início da história da civilização em diferentes momentos da história da humanidade, em povos e culturas diversas.

O objetivo principal do artigo é analisar a morosidade no processo de adoção no Brasil, e suas consequências no processo de adoção, tendo como problemática as implicações da morosidade jurisdicional.

A metodologia utilizada cingiu-se na pesquisa de estudos em livros, artigos, sites e doutrinas, sendo, dessa forma, uma pesquisa de caráter bibliográfico.

O primeiro capítulo, tratará sobre a história da adoção e sua evolução legislativa no Brasil. Por conseguinte, no capítulo segundo, será abordado o conceito de adoção, trazendo as definições encontradas em diversas doutrinas. Posteriormente, o terceiro capítulo, mostrará quais os requisitos necessários para a adoção, pontuando-os de forma clara e objetiva, a fim de possibilitar maior compreensão. No capítulo quarto, será analisada a nova Lei sobre a adoção no Brasil – Lei nº 12.010/2009 que tratar sobre o processo de adoção no Brasil com enfoque nas implicações da morosidade processual.

Nas considerações finais constata-se que, diante da situação de desamparo da criança e do adolescente dependente do resultado do processo de adoção, almeja-se obter do Estado um processo de adoção mais ágil e eficaz capaz de proteger e garantir, acima de qualquer outro interesse, o bem-estar da criança e do adolescente.

2 A HISTÓRIA DA ADOÇÃO E SUA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL

Ao longo dos anos, percebe-se que a legislação brasileira, quando trata da adoção, teve diversas alterações. Em meados do século XIX e início do século XX foi que surgiram as primeiras políticas públicas visando à proteção das crianças. Nesse contexto, nasceu no Código Civil - Lei 3.071/1916, incluindo a adoção na parte do direito de família, registrado no livro I, Capítulo V, em dez artigos (368 à 378). Nesse período, a adoção acontecia por escritura, fazia-se um contrato onde o Cartório emitia o documento da adoção sem que houvesse a necessidade de processo judicial.

Na referida lei, continha que a adoção poderia ser feita somente para pessoas ou casais sem filhos biológicos, com idade mínima de 50 anos, com diferença de idade entre os adotantes e os adotados de 18 anos, caso os adotantes fossem um casal, deveriam ser necessariamente casados civilmente. Trazia também a possibilidade da adoção ser desfeita com a maioria da criança ou adolescente adotada, se ela e os adotantes assim desejassem, ou também em casos de ingratidão contra o adotante. Cabe ressaltar que não havia regulamentação do que seria considerada “ingratidão”.

Desta forma, em 1957, surge a Lei 3.133 trazendo novas alterações e, dentro do processo de adoção, surge à figura dos “juízes de menores”, os quais passariam a pressionar os Cartórios para que apenas regularizassem a escritura da adoção de infantes mediante uma autorização judicial. É neste momento que o poder judiciário começa a intermediar a prática da adoção¹.

Essa nova lei diminuiu a idade mínima do adotante para 30 anos, reduzindo também a diferença de idade entre o adotante e o adotado para 16 anos, colocando como requisito aos pretensos adotantes que fossem um casal, que tivessem pelo menos 5 anos de relacionamento oficial. A adoção deixou de ser exclusividade de casais sem filhos biológicos.

Um incremento interessante dessa lei foi a possibilidade do adotado, a seu critério, manter o sobrenome da família de origem e/ou acrescentar o sobrenome da família adotante.

Adiante, surgiu a Lei 4.665 de 02 de 06 de 1965, que trouxe novos aspectos à adoção, fazendo com que os adotados passassem a ter conexão mais ampla com a família.

Com isso, surgiu à denominação “legitimação adotiva”, que somente poderia ser admitida quando o menor até 7 (sete) anos de idade fosse abandonado ou órfão, sem qualquer reclamação por qualquer parente ultrapassado o prazo de 1 (um) ano ou cujo os pais tivessem perdido o pátrio poder e também na hipótese de filho natural reconhecido só pela mãe, impossibilitada de financiar sua criação. Após a idade de 7 (sete) anos era consentido a legitimação adotiva se ficasse comprovado a guarda anterior à época que o menor tivesse completado essa idade. A supracitada lei, não conferiu revogação à legitimação adotiva e o sistema jurídico brasileiro manteve a faixa etária entre adotante e adotado.

Com a entrada em vigor da Lei 6.697 de 10.10.1979, que tratava do “código de menores”, foi introduzida a adoção simples e adoção plena. No que se refere à adoção simples era aplicada à menores de 18 anos, com situação irregular, utilizando os dispositivos do código civil no que fosse relacionado, sendo realizado por meio de escritura pública. No tocante a adoção plena, era aplicada aos menores de 7 (sete) anos

¹ NINGUÉM NASCE SOZINHO. História da adoção no Brasil. Disponível em: <http://ninguemcrescesozinho.com.br/2016/12/12/a-historia-da-adocao-no-brasil>, Acessado em 05 de julho de 2022.

de idade, mediante procedimento judicial, tendo caráter assistencial, substituindo a figura da legitimação adotiva.

Nesse período, o filho adotivo passou a ser considerado legítimo juntamente com seus descendentes, integravam a família do adotante e seus parentes. Modificou ainda a adoção simples, tornando dispensável a autorização judicial e o estágio de convivência entre adotante e adotado, para o menor até um ano de idade. A aplicação deste código era prioritariamente ao menor que se encontrava em situação irregular.

A citada lei acarretou uma grande novidade à respeito da adoção plena que se tornou irrevogável e quanto a sucessão, o filho adotivo terá igualdade de direitos e deveres com relação aos filhos biológicos.

A adoção foi inserida na Constituição Federal do Brasil no art. 227, parágrafos 5º e 6º:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O art. 227, CF/88 demonstra o compromisso do Brasil com a proteção integral às crianças e aos adolescentes, como sendo sujeitos de direito, pessoas em desenvolvimento e com prioridade em detrimento do interesse do adulto.

Como resultado dessa nova roupagem conferida ao Direito de Família e conseqüentemente, a adoção, trazida pela CF/88, surge o Estatuto da Criança e do Adolescente – que nas palavras de Salomão (RESEDÁ, 2008, p. 35-36.):

(...) ao entrar em vigor, rompeu com a doutrina da situação irregular e passou a considerar a criança e o adolescente como sujeitos de direito, independentemente da situação em que se encontrem, considerando-os como titulares dos mesmos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros pela Constituição Federal.

A adoção passa a receber a assistência do Estado e deixa de ser apenas contratual. Outro ponto importante é que a Constituição Federal traz tratamento igualitário entre os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, quer seja legítimos ou legitimados, vedando qualquer forma de discriminação relacionada à filiação.

A partir da criação da Lei 8.069 de 13.06. De 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a criança e o adolescente obtiveram proteção integral e não apenas quando se encontrara em situação irregular. O ECA inspirado na Constituição Federal seguiu o princípio igualitário de tratamento entre os filhos sejam eles consanguíneos ou adotivos.

Um das mudanças trazidas pelo ECA foi a redução da idade mínima para adotar passando para 21 anos de idade, permanecendo a diferença de idade entre adotante e adotado em 16 anos.

Como o intuito da adoção é resguardar a integridade física, psicológica, emocional da criança ou do adolescente é garantida até os 18 anos de idade, situação em que se encontra em vulnerabilidade social excepcionalmente, para maiores de 18 anos que já estivesse sob a guarda ou tutela dos adotantes, bem como nos termos do Código Civil.

O Código Civil de 2002- Lei 10.406 de 10.01.2002, alterou a maioridade civil de 21 anos de idade para 18 anos, de acordo com o artigo 5º deste código, tratou ainda em seu bojo acerca da adoção seguindo os ditames estabelecidos pelo ECA, atribuindo exclusivamente ao Poder Judiciário, o procedimento da adoção, que somente por ele será obtida.

2.1 CONCEITO DE ADOÇÃO

Tratando-se de conceitos e definições de instituto jurídico, normalmente formulado pela doutrina, por serem baseados em uma determinada época, o conceito de adoção se modificou conforme a evolução legislativa, daí, ter sofrido várias alterações com o passar do tempo.

De acordo com o dicionário informal, o termo adoção vem do latim “*adoptio*” que em nossa língua significa “tomar alguém como filho”, assim, ação de adotar, tomar para si com cuidados².

² Dicionário Informal. **Adoção** (Definições encontradas). Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br/ado%C3%A7%C3%A3o/>. Acessado em: 10 de junho de 2022.

Pode-se encontrar no direito brasileiro diversos conceitos de adoção. A definição de Beviláqua (1943) para o autor a adoção é um ato civil pelo qual alguém aceita um estranho, na qualidade de filho.

No entendimento de Rodrigues (2002, p. 380): “a adoção é um ato do adotante pelo qual o traz, para sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha”.

Diz ainda, tratar-se de um negócio unilateral e solene. Essa unilateralidade é imperfeita e discutível, visto que a lei reclama o consentimento dos pais ou do representante legal do adotado (ECA art. 45), o que levou alguns escritores clássicos a definirem a adoção como um contrato solene, porque a lei lhe impõe forma, sem a qual o ato não tem validade, ou inexistente como tal.

Liberati (2003) discute o termo “assistencial” utilizado na afirmação de Wald, para ele adoção vai além de assistencialismo, vejamos:

A adoção não admite ter “pena” nem “dó”, “compaixão”; a adoção, como a entendemos nos dias de hoje, não se presta para resolver problemas de casais em conflito, de esterilidade, de transferência de afetividade pelo falecimento de um filho, de solidão etc. ela é muito, mas que isso; é a entrega de amor e dedicação a uma criança que, por algum motivo, ficou privada de sua família. Na adoção, o que interessa é a criança e suas necessidades: a adoção de ser vivida privilegiando o interesse da criança. (LIBERATI, 2003, p.20)

A adoção vai além de um sentimento de piedade, ou uma forma de solução de problemas entre casais, é pura entrega, dedicação, o bem prioritário é a criança. Deve-se entender que por algum motivo o menor estar privado do convívio familiar, e isso por si só já é um motivo de ter atenção especial as suas necessidades.

Na visão de Diniz (2002), conceitua adoção como sendo:

A adoção é ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. (Diniz, 2002, p.243)

Para que a adoção tenha seus efeitos jurídicos válidos e eficazes precisa necessariamente observar todos os requisitos indispensáveis à concretude do ato. A adoção traz para si, a responsabilidade legal sobre pessoa que passará a compor o grupo familiar do adotante, na condição de filho.

O instituto pode ser definido ainda Diniz (2009), como sendo um vínculo de parentesco civil, em linha reta, estabelecendo entre adotante e adotado um junção legal

de paternidade e filiação civil. Tal posição de filho será definitiva ou irrevogável, para todos os efeitos legais, uma vez que desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais de sangue.

A definição que mais se aproxima da nova visão do instituto de adoção é de Liberati (2003), considera a adoção como instituto de proteção e integração familiar da infância, que tem por finalidade dar uma família a uma criança ou adolescente.

Desta forma, diversos são os entendimentos doutrinários acerca do tema adoção, cada doutrinador, em sua visão, tenta conceituar o citado instituto.

3 REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A ADOÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõem de alguns requisitos para a adoção, dentre eles tem-se: a idade considerada razoável para o exercício da adoção sendo igual ou superior a 18 (dezoito) anos, independente do estado civil, conforme prescreve o artigo 42 e seus parágrafos, da Lei 8.069/90:

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

O parágrafo primeiro do artigo 4, veda a adoção feita pelos ascendentes e/ou pelos irmãos do adotando, já que os primeiros possuem por lei dever de guarda das crianças, onde já existe vínculo de filiação, configurando sucessores legítimos, sendo assim não há necessidade da adoção. Caso houvesse essa possibilidade de adoção, não haveria objeto para este ato jurídico. Ressalta-se que é possível a adoção pelo pai ou mãe do filho havido fora da relação conjugal. Para a adoção conjunta (pai e mãe) devem os adotantes ser casados ou conviventes em uma relação de união estável, comprovada a estabilidade familiar.

Outro requisito indispensável trata-se da diferença de idade que deve existir entre adotante e adotado. É evidente que não é permitido que o adotante possua a mesma idade do adotando ou que o adotando seja mais velho. Essa posição legal se justifica no fato de que a criança ou adolescente precisa receber educação de modo apropriado para a idade, devendo os pretensos pais demonstrarem maturidade no exercício do pátrio poder.

Nesse sentido, tem-se o parágrafo 3º do art. 42 da Lei 8.069/90:

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

O Art. 45 da lei em comento, afirma que: “A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando”. Com ressalvas dos parágrafos 1º e 2º onde está posto que:

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

O pai ou o tutor são os responsáveis legais da criança, desta feita, possuem o direito de consentir ou não no processo de adoção do menor. Se o adotado tiver mais de 12 (doze) anos de idade será preciso o seu próprio consentimento, este que deverá ser obtido em audiência.

No caso de criança ou adolescente com pais destituídos do poder familiar ou que tenham pais de origem desconhecida, até mesmo evidências de que a criança se encontra em situação de risco, abandonada ou que esteja sofrendo maus tratos, devidamente comprovada qualquer uma dessas situações em juízo, o consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente.

Dentro dos requisitos é necessário também possuir a documentação exigida para o processo de adoção, sendo: documento de identificação civil (RG), comprovante de residência, cópia autenticada da certidão de casamento ou nascimento, CPF dos requerentes, cópia do comprovante de renda mensal, atestado de sanidade física e mental, atestado de idoneidade moral assinado por duas testemunhas, com firma reconhecida e atestado de antecedentes criminais. Os documentos devem ser apresentados na Vara da Infância e da Juventude da comarca onde se processará a adoção.

Após dirigir-se a uma vara da Infância e Juventude e pretendente a adoção preenche um cadastro com informações pessoais, antecedentes criminais e judiciais, chamado Cadastro Nacional de Adoção (CNA), criado em 2008.

Essa ferramenta digital auxilia os Juízes da Vara da Infância e da Juventude na condução dos procedimentos para adoção, é um sistema que informa o Juiz, via e-mail, sobre a existência de uma criança compatível com o perfil que ele acabou de registrar, o principal objetivo do CNA é dar mais rapidez e transparência aos processos.

Após o acolhimento das informações e os dados do pretendente, o juiz analisa o pedido e verifica se os pré-requisitos legais foram devidamente atendidos. A partir daí, os interessados serão convocados para entrevistas e, se aprovados, passam a integrar o cadastro nacional. O casal inscrito no cadastro é convocado quando a criança ou adolescente está apto à adoção³.

Para Diniz (2007) existem diversos requisitos imprescindíveis para a adoção, dentre eles: o consentimento do adotado, de seus pais ou de seu representante legal; a intervenção do poder judiciário, já que a adoção só se aperfeiçoa com o devido processo legal; a irrevogabilidade do ato, sendo a adoção irreversível uma vez concedida, mesmo que os adotantes venham a ter filhos ou cheguem a óbito, não restituindo, neste caso, o poder familiar dos pais biológicos; outro ponto, diz respeito ao estágio de convivência entre os divorciados ou separados juridicamente e o adotando; e, por fim, caso a adoção seja requerida por convivente a comprovação da estabilidade da família se mantém necessária.

Logo, se os candidatos a pais não se enquadrarem no perfil exigido pela lei, serão conseqüentemente impedidos de ingressar com o pedido. As exigências são uma triagem inicial, que visa evitar que crianças e adolescentes sejam colocados a guarda de pessoas com personalidade e caráter duvidosos, e que, de algum modo, possam botar em risco a integridade física e mental do menor objetos da adoção.

3.1 A NOVA LEI SOBRE A ADOÇÃO NO BRASIL

A Nova Lei de Adoção – Lei 12.010, de 04 de agosto de 2009, altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências, trouxe mudanças significativa ao ordenamento jurídico brasileiro, descritas a seguir.

A Lei Nacional da Adoção permitiu a discussão a cerca do avanço ou não no processo de adoção no Brasil. Os problemas principais enfrentados pelos pretensos pais

³ SILVA, Débora. O sistema de adoção no Brasil, como funciona e quais pré-requisitos. Disponível em: <https://www.estudopratico.com.br/o-sistema-de-adocao-no-brasil-como-funciona-e-quais-pre-requisitos>. Acessado em: 19 de junho. de 2022.

que almejam adotar uma criança ou um adolescente envolvem a burocracia e a pouca estrutura das Varas da Infância e da Juventude para responder as demanda das famílias interessadas. A nova lei estabelece ao interessado passar por etapas.

Existem divergências de ideias entre juristas sobre a eficácia da nova lei. Na visão de Dias (2010), a chamada Lei de Adoção, Lei 12.010 de 03 de agosto de 2009, apresenta total descaso quanto a realidade da vida, entende que ela veio para entravar mais ainda o sofrimento em que são submetidas milhares de crianças e adolescentes. Como se não bastasse a aflição das crianças e adolescentes por não terem seus pais naturais, sequer lhes é garantido o direito de encontrarem um novo lar de forma célere, diminuindo a espera, angústia, acelerando o processo de destituição do poder familiar. Afirma ainda, que os avanços trazidos pela lei são insignificantes, em face dos percalços impostos à adoção nacional.

Uma das mudanças significativas trazidas pela nova lei de adoção, como foi chamada, diz respeito ao tempo de permanência da criança em abrigos, o que não poderá exceder 2 (dois) anos. Tem como finalidade integrar novamente de forma célere em sua família natural ou caso seja impossível, colocá-los em uma família substituta sem que passem anos indeterminados em abrigo, diminuindo as chances de serem adotados por uma nova família.

A lei ressalta a importância da criança e do adolescente permanecer em sua família natural, este, excepcionalmente, será colocado em uma família substituta.

Neste sentido, o artigo 19 da referida lei, ganhou nova redação, ao estabelecer que a condição da criança e do adolescente em abrigo, deve ser reavaliada por profissionais a cada seis meses para definir acerca de sua reintegração à família natural ou excepcionalmente ser colocada em família substituta.

No entendimento de Dantas (2009) sobre as principais alterações trazidas pela Lei 12.010/09, assevera que alguns princípios foram introduzidos na nova lei para trazerem orientação a interferência do Estado com relação a aplicação das medidas de proteção a crianças e adolescentes e as suas famílias, exemplificou com a colocação em família substituta, assistência de auxílio a família, com acolhimento familiar e institucional entre outros.

A Lei 12.010/09 acrescentou ao artigo 13 do ECA um parágrafo único que dispõe:

Art. 13. Os casos de suspeita ou confirmação de castigo físico, de tratamento cruel ou degradante e de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente comunicados ao Conselho Tutelar da

respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais. (Redação dada pela Lei nº 13.010, de 2014)
Parágrafo único. As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude (NR).

O artigo 28, que trata da colocação da criança ou adolescente em família substituta, alterou o parágrafo 1º, exigindo-se que a criança ou adolescente seja sempre que possível, previamente ouvido por uma equipe Inter profissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada, desta feita, o juiz terá o apoio de outros profissionais auxiliaram no momento da decisão final.

O parágrafo 4º, ainda afirma que os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais. A separação dos irmãos será excepcional, em casos de motivos justificáveis e devidamente fundamentados.

Para Ferneda (2010): “Outro ponto interessante foi à situação dos irmãos no que tange a adoção, exigindo que todos sejam adotados pela mesma pessoa ou família a fim de que não se percam os vínculos familiares” (FERNEDA, 2010, p. 78).

São garantidos aos filhos adotados os mesmos direitos e deveres assegurados aos filhos consanguíneos. A Nova Lei de adoção trouxe ainda a possibilidade da guarda compartilhada concedida a casais separados que pretendem adotar.

O artigo 46, parágrafo primeiro, trouxe nova redação, permitiu que o estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

Independente do estado civil, sexo ou idade, o interesse em constituir uma família existe em diversas pessoas da sociedade. O sonho principal é construir uma vida conjunta com de outra pessoa. Nesse sentido, tem-se o seguinte posicionamento:

(...) Hoje, em virtude da grande metamorfose que está ocorrendo nas configurações familiares, as possibilidades de adoção apresentam-se sob múltiplas formas e em diferentes contextos. Embora a maior demanda ainda seja oriunda de casais jovens com problemas de infertilidades, também casais com filhos biológicos, casais na meia idade, casais homossexuais e pessoas solteiras têm manifestado interesse em

constituir ou aumentar a sua família através da adoção (AMAZONAS, DIAS, SCHETTINI, 2006, p.286)

A nova lei está fundamentada em objetivos principais: conduzir de forma mais célere o processo de adoção, buscar reduzir o tempo de permanência nos abrigos, priorizar a permanência da criança ou adolescente na família de origem e ainda unifica o cadastro de adoção.

Estabelece ainda que a idade para adotar será de 18 anos, conforme estabelece o Código Civil. Sobre esse ponto, menciona Prado (2010):

(...) Outra novidade da Lei Nacional de Adoção é a possibilidade de qualquer pessoa maior de 18 anos, mesmo solteira, poder dar ingresso a um processo. A única limitação imposta pela lei é que a diferença de idade entre a criança e o adulto nesta situação seja de, no mínimo, 16 anos.

A partir da Lei 12.010/09, diante da modificação da redação do art. 48 do ECA, possibilitou-se expressamente ao adotado conhecer sua origem genética, conforme menciona o dispositivo:

Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Ensina Goldhar (2010) que este direito já era reconhecido por grande parte da jurisprudência e da doutrina. É que, o sistema jurídico brasileiro assegurava a proteção desse peculiar direito à informação por meio de um trabalho hermenêutico, extraído da combinação de diversos princípios constitucionais, quais sejam no princípio da igualdade (art. 5º, *caput*); proteção integral à criança e ao adolescente (art. 227, *caput*); plena igualdade entre os filhos (art. 227, § 7º) e, principalmente, no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

As alterações legislativas tentam acompanhar a evolução das relações sociais. Por isso a lei 12.010/09 modifica o Estatuto da Criança e Adolescente e o Código Civil. Desse modo, almeja regularizar a situação jurídica entre adotante e adotado. Quer ainda, trazer modernização ao instituto da adoção, visando beneficiar as crianças que esperam por um lar, e ainda, aqueles que anseiam por um filho.

Deste modo, nota se que a Lei n.º 12.010/09 trouxe diversos dispositivos que respaldam o instituto da adoção, cujo objetivo é a dar maior celeridade e eficácia a tal procedimento, objetiva ainda, resguardar o interesse do menor/adolescente colocando-o em uma família que esteja apta a recebê-lo.

4 O PROCESSO DE ADOÇÃO NO BRASIL E A MOROSIDADE PROCESSUAL

O processo de adoção no Brasil indica um passo a passo em busca de habilitar-se a adoção. O Cadastro Nacional de Adoção (CNA) merece destaque, por meio dele, a legislação brasileira obriga que a autoridade judiciária mantenha, em cada jurisdição, um registro atualizado de crianças e adolescentes que estão em condições de serem adotados e outro cadastro de pessoas interessadas na adoção (FARIAS, 2009).

O CNA foi pensado e criado para reduzir o tempo dos processos e fazer o cruzamento de dados dos adotantes, permitindo que sejam encontrados perfis de adotante e adotado semelhantes, em regiões distintas. Frise-se que o Juízo competente recebe automaticamente, mediante mensagem eletrônica, sistemas de alerta que demonstram a compatibilidade entre o menor e o pretendente, entretanto, na prática, observamos que existem muitas pessoas que mesmo aptas e habilitadas para à adoção, encontram-se na fila há anos, o que, de certa forma, prejudica outros pretendentes que almejam alcançar seu pedido.

Sobre o Cadastro Nacional, o artigo 50 da Lei 12.010/2009, afirma:

Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção. (Vide Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 3º A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

§ 4º Sempre que possível e recomendável, a preparação referida no § 3º deste artigo incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009).

A partir da entrada em vigor da Lei 12.010/2009, o referido cadastro, passa a ter jurisdição estadual e nacional, possibilitando uma troca de informações entre as autoridades judiciárias, permitindo maior integração dos sistemas e uma aumentando a possibilidade de adoção de crianças e adolescente.

A principal finalidade do Cadastro Nacional de Adoção é possibilitar o encontro de pessoas interessadas em adotar, com crianças e adolescentes que possam ser adotados, podendo assim haver a concretização de adoções que não ocorreriam, não fosse a oportunidade aberta pelo cadastro nacional de adoção.

A adoção é um ato personalíssimo e para que haja continuidade no procedimento e chegue a se concretizar, além da inscrição dos adotantes no Cadastro Nacional de Adoção é indispensável que os candidatos a pais tenham condições econômica, psicológica e uma base familiar estruturada para que o processo seja frutífero.

Após esgotadas todas as opções de colocação da criança ou adolescente com sua família natural ou extensa, em seu lar originário, por constituir à adoção como última razão e se mesmo assim a criança continuar sem um lar, ocorrerá a sua colocação em uma família substituta, iniciando-se efetivamente a instalação do “Processo de Destituição do Poder Familiar”, quando se rompe definitivamente os vínculos biológicos da criança com sua família de origem. De acordo com a lei, esse processo deve durar no máximo 120 (cento e vinte) dias.

Nesse diapasão é o raciocínio de Dias, para ele, a adoção reafirma todos os direitos decorrentes da filiação, seu consentimento leva à destituição do poder familiar. Caso exista discordância entre os genitores com relação à adoção, é tendencioso exigir a prévia demanda de desconstituição do poder familiar (CC 1.635 IV e ECA 41), sendo reconhecida na sentença concessiva de adoção.

Sobre o processo de adoção afirma Carvalho (2013) que não pode ser cumulado com o pedido de adoção a destituição do poder familiar, de procedimento distinto e contraditório, com possibilidade de ampla defesa. A prática forense, entretanto, tem adotado a cumulação do pedido de adoção com destituição do poder familiar, contrariando o procedimento específico para destituição previsto nos arts. 155 a 163 da Lei n.8.069/1990, contencioso e oferecendo ampla defesa, orientando sobre a necessidade de citação pessoal e estipulando o prazo máximo de cento e vinte dias para conclusão (...).

Finalizada essa etapa inicia-se o processo de adoção propriamente dito. Uma vez deferido o processo, o adotante passa a ter a guarda provisória da criança ou adolescente.

Dentro do processo de adoção, trata-se também do estágio de convivência, período em que o Poder Judiciário determina para se analisar se o adotante possui condição

psicológica para ter em seu convívio aquela criança ou adolescente inserida em seu lar. Visa, ainda, trazer adaptação do adotado àquela que será sua nova família.

No mesmo sentido é o entendimento de César Fiuza (2009):

A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que o Juiz fixar, observadas as peculiaridades de cada caso. Este estágio poderá ser dispensado se o adotante não tiver mais de um ano de idade ou se, qualquer que seja a sua idade, já estiver em companhia do adotante durante tempo suficiente para que se possa avaliar a conveniência da constituição do vínculo. (FIUZA, 2009, p. 988)

Para Farias (2009), esse estágio de convivência é um período de verificação das condições do adotante e da adaptação do adotado e, bem por isso, deve ser assistido pela equipe interprofissional do juízo. (...) não basta que o adotante se mostre pessoa equilibrada e que nutre grande amor pelo próximo, uma vez que breve em superficial contato nas dependências do juízo não garante aquilatarem-se as condições necessárias de um bom pai ou boa mãe. É por coerência, anterior à sentença de adoção. Para ele a adoção apresenta peculiaridades, um passo a passo, onde o Juiz em conjunto com equipe interdisciplinar, após laudo técnico, relativo ao estágio de convivência, motivará seu livre convencimento acerca do deferimento da adoção.

Entende que poderá ser dispensado o estágio de convivência, caso o adotando já esteja sob a guarda legal ou tutela do adotante durante tempo razoável e suficiente para que se avalie a conveniência da constituição do vínculo. Nesse período, o Poder Judiciário dispõe de uma equipe técnica especializada composta por assistentes sociais e psicólogos para observar, analisar se adotante e o adotado estão conseguindo ter uma convivência familiar harmônica.

Para a Associação dos Magistrados Brasileiros, as principais finalidades dos cadastros nacionais e estaduais de adoção é potencializar as possibilidades de adoção para os pretendentes e crianças e adolescentes disponíveis na medida em que, ao ter o nome inserido no sistema, ele aparece em todas as cerca de 3.000 varas com competência para infância e juventude no País, e, ainda, possibilitar conhecer quem são os pretendentes e as crianças e adolescentes disponíveis, o que ajuda na orientação das políticas públicas em torno do assunto.

Desta forma, percebe-se que a adoção ficou restrita às pessoas que estão previamente cadastradas, evitando que as mesmas ingressem no poder judiciário sem efetivamente está habilitado, e acabem por atropelar a ordem estabelecida pelo judiciário.

Após o deferimento da habilitação, o requerente será inscrito no cadastro de adotantes e sua convocação será feita em ordem cronológica. O Instituto trouxe grande mudança com relação à adoção, ao utilizar de requisitos mais rígidos para sua concessão, é inegável evolução do mesmo.

4.1 IMPLICAÇÕES QUANTO A MOROSIDADE PROCESSUAL

Levando em consideração que o Estado detém a responsabilidade de salvaguardar o direito de todos os indivíduos, especialmente à dignidade do ser humano, cabe a ele promover técnicas que sejam eficazes a movimentar a máquina judiciária, de forma a trazer maior celeridade ao processo de adoção e, deste modo, garantir a inclusão do menor ou adolescente no ambiente familiar.

O transcurso do tempo pode ocasionar vários infortúnios para os requerentes, podendo o processo adotivo se tornar um problema para os adotantes, conforme ensina Gina KhafifLevinzon (2009, p. 20/21):

(...) a demora pode ser séria e destruir um bom trabalho, de modo que, quando os pais recebem a criança, muita coisa já aconteceu na vida dela. É comum os pais receberem um bebê que teve cuidados inadequados antes de ser adotado, e como resultado pode-se dizer que eles não apenas receberam um bebê, mas também um “problema psicologicamente complexo” (GINA KHAFIFLEVINZON, 2009, p. 20/21).

Nessa linha de raciocínio segue o entendimento de Maria Antonieta Motta (1997), a qual assegura que embora lei seja cuidadosa em comprovar uma cadeia de similitude entre as partes, a extensa duração de um processo de adoção pode ocasionar certas frustrações, uma vez que inúmeras situações podem ocorrer na vida do menor, o que pode ocasionar alterações psíquicas na criança.

É louvável o objetivo da lei em comprovar a compatibilidade entre as partes e verificar as probabilidades de sucesso da adoção, e compreende-se que para isto uma série de cuidados e providências prévias à sua concretização devam ser tomados. Entretanto, o prolongamento demasiado do processo faz com que, quando os pais adotivos tenham finalmente a criança, muito já aconteceu na vida deles e na vida dela em um período decisivo para a formação sadia do psiquismo infantil. (MOTTA, 1997, p. 124),

A Constituição Federal dispõe no artigo 5.º, inciso LXXVIII, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Todavia, é de conhecimento que o Poder Judiciário Brasileiro, enfrenta vários obstáculos no que diz respeito à celeridade na prestação jurisdicional, os quais podem estar ligados ao crescimento de demandas, ou de certa forma ao aumento da população, talvez a ausência de recursos materiais e modernização tecnológica, ou mesmo, a falta de preparo dos profissionais do ramo do Direito.

O Poder Judiciário, em alguns casos, empilha causas que tratam de questões irrelevantes, impetrada por questões psicológicas ou mirando apenas à satisfação pessoal do autor, desta forma, asoerbandando o Estado e, por conseguinte, cerceando sua celeridade. Sobre essa questão o autor coloca que esses processos referem-se à “causas absurdas, irrelevantes, repetitivas, movidas por modismo, por interesses psicológicos ou satisfação pessoal”, dessa forma colaborando grandemente para a morosidade do Judiciário (SVEDAS 2001, p. 18).

A morosidade do Poder Judiciário Brasileiro afeta os direitos fundamentais do cidadão que busca no Estado a satisfação de seus direitos.

Nesse sentido, Fredie Didier Junior (2002, p. 28) afirma que: “Não basta à simples garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça; é necessário adjetivar esta prestação estatal, que há de ser rápida, efetiva e adequada”.

É certo, que os requisitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro devem ser observados e respeitados, mas, as questões emocionais atreladas ao procedimento podem ocasionar prejuízos aos pais adotivos e a criança, quer seja de cunho psicológico ocasionados pela demora do judiciário, ou até mesmo a perda da vontade dos adotantes em concluir o procedimento da adoção.

Outro ponto que causa implicações no processo de adoção diz respeito aos requisitos pessoais criados por cada adotante com relação a expectativa física da criança como, por exemplo, idade, cor, sexo e deficiências, ensejando também a morosidade no processo.

Outra hipótese prevista na legislação rege o fato de que irmãos devem ser adotados conjuntamente, de modo a resguardar esse vínculo familiar. Mas, nem sempre é da vontade dos adotantes a adoção conjunta, por diversas razões, inclusive de caráter

financeiro, por conta dos gastos redobrados, que a família terá que dispor para garantir uma vida digna para a criança.

Diante do exposto, constata-se uma elevada burocracia trazida pela lei nacional de adoção, travando o direito ao convívio familiar da criança e do adolescente, indefesos e esquecidos em instituições de acolhimento, a agilidade do procedimento que deveria assegurar esta convivência. Essa lentidão impede os candidatos de terem a oportunidade de participar da primeira infância do filho, pois aguardam anos na fila de adoção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família vai além dos critérios biológicos, é uma instituição protegida pela Constituição Federal/88 e socialmente reconhecida pela sociedade e pelo Estado, é considerada como o meio de proteção dos direitos da criança e do adolescente.

Ocorre que o lar que deveria ser espaço de abrigo, muitas das vezes, representa ambiente de medo, abuso, violência, sem a devida proteção. Como consequência desse ambiente sombrio, as crianças ou adolescente são abrigadas em instituições governamentais ou não governamentais, surgindo então, a adoção, como uma das medidas protetivas que visa garantir o direito à convivência familiar.

A Nova Lei de Adoção no Brasil trouxe uma extensão legal da percepção da adoção, concebida como medida protetiva e excepcional que se propõe à satisfação prioritária dos direitos da criança e do adolescente. Surgiu com o intuito de dar mais celeridade e efetividade nos procedimentos que envolvam a adoção. A evolução legislativa tem o objetivo de aprimorar o instituto de maneira a garantir o melhor interesse da criança, incluindo-a em um convívio familiar digno.

Constatou-se que a família que pretende adotar, tem a liberdade de apresentar suas expectativas quanto ao filho escolhido, entretanto, por outro aspecto, no processo de escolha percebemos critérios que limitam a concretização da adoção. Com isso, inicia-se um dilema, obstáculos concretos, que exigem maior discussão.

O Brasil conta com uma quantidade enorme de crianças maiores de três anos, disponíveis para adoção, que não se enquadram nas expectativas dos pais pretendentes, uma vez que a maior demanda é para crianças abaixo dessa faixa etária, nesse sentido, é que existe a adoção tardia, considerada aquela realizada com crianças maiores de dois

anos de idade. Uma situação que dificulta o término do procedimento de adoção é o caso daquelas crianças que embora institucionalizadas desde muito pequenas, somente tardiamente são postas a adoção, e ainda, por conta da excepcionalidade da medida adotiva, o que faz primeiramente buscar a reconstrução e fortalecimento dos vínculos familiares, as crianças “envelhecem” nos abrigos.

Diante do estudo apresentado, sugere-se algumas soluções, dentre elas, o aumento do número de equipes multiprofissionais; a estipulação de prazos que visem agilizar a guarda da criança; o aprimoramento de cursos para os adotantes e a redução da insistência em manter as famílias biológicas. A discussão jurídica do artigo residiu na morosidade do processo judicial de adoção, por causa da burocratização estabelecida no procedimento, privando durante o tempo do processo, o convívio da criança com a família, violando ainda o direito a prioridade absoluta garantido pela Convenção dos Direitos Humanos, conseqüentemente, a demora produzida pelo processo de adoção causa conseqüências desfavoráveis para a criança e adolescentes que estão envolvidos, acarretando transtornos psicológicos que afetam o saudável desenvolvimento do menor.

Diante do exposto, afirma-se que o maior requisito, indispensável, para adoção de uma criança ou adolescente, é a disponibilidade de amar, assim, não haveria cor, sexo, idade, que impedissem, mesmo em longo prazo, o ato de adotar.

REREFÊNCIAS

AMAZONAS, Maria Cristina Lopes de Almeida; DIAS, Cristina Maria de Souza Brito; SCHETTINI, Moeller Susana Sofia. **Família Adotiva: Identidade e Diferença**. Scielo. Disponível em : < <http://www.scielo.br/pdf/pe/v11n2/v11n2a06.pdf> > ; Acesso em: 08 de julho de 2022.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Disponível em: < [http://www.amb.com.br/fonavid/Legislacao_Pacto_San_Jose_da_Costa_Rica_-_1969\[1\].Pdf](http://www.amb.com.br/fonavid/Legislacao_Pacto_San_Jose_da_Costa_Rica_-_1969[1].Pdf) >. Acesso em: 9 de junho 2022.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos; São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1943.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**. Lei nº 8.069, de 13 de Julho DE 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 06 de junho de 2022.

_____ **Nova lei de adoção** (Lei Nº 12.010, de 3 de Agosto de 2009). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm . Acesso em: 06 de julho de 2022.

CHAVES, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

CHAVES. Antonio. **Adoção**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pg. 23.

DICIONÁRIO INFORMAL. **Adoção (Definições encontradas)**. Disponível em: <http://www.dicionarioinformal.com.br/ado%C3%A7%C3%A3o/> Acesso em: 06 de julho. de 2022.

DIDIER JUNIOR, Freddie. **Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário**. In: Revista de Processo. Ano 27. N.º 108. São Paulo, Revista dos Tribunais, out dez/2002.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. São Paulo: Saraiva 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Volume. 5: direito de família. 18ª ed. aum. e atual. de acordo com o Novo Código Civil – São Paulo: Saraiva, 2002.

DOLTO, Françoise. **Reflexões sobre a adoção**. In: **Os caminhos da educação**. São Paulo: Martins Fontes, 1978.

FERNEDA, Martilia. **Análise doutrinária acerca da nova lei da adoção com destaque no vínculo familiar**. 2010.97f. Monografia (Monografia em Direito)-Universidade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina;

LEVINZON. Gina Khafif. **Adoção**. 3. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2009.

LIBERATI, Wilson Donizete. **A adoção internacional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. **Direito Civil de A a Z**. São Paulo: Manole, 2008.

MOTTA, M. A P. **Adoção Algumas Contribuições Psicanalíticas**. In: SUANNES, A. et al. **Direito de Família e Ciências Humanas**. Caderno de Estudos nº 1. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997.

NINGUÉM NASCE SOZINHO. **História da adoção no Brasil**. Disponível em: <http://ninguemcrescesozinho.com.br/2016/12/12/a-historia-da-adocao-no-brasil/>>. 13 de junho de 2022.

PAIVA, L. D. **Adoção: significado e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

PEDROSA, Valtércio. **A lentidão do Judiciário brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 749, 23 jul. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7039>>. Acesso em: 8 novembro . 2017.

PEREIRA Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 16. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PRADO, Raphael. **Conheça a lei de adoção e saiba qual o caminho até o novo filho**. G1-Profissão Repórter, São Paulo, 3 ago. 2010. Disponível em : <<http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2010/08/conheca-lei-de-adocao-e-saiba-qual-o-caminho-ate-o-novo-filho.html> >. Acesso em : 13 Out. 2017.


RESEDÁ, Emílio Salomão Pinto. **Da criança e do adolescente: aspectos peculiares da Lei 8.069/90**. São Paulo: Baraúna, 2008.

SILVA, Débora. **O sistema de adoção no Brasil, como funciona e quais pré-requisitos**. Disponível em: <<https://www.estudopratico.com.br/o-sistema-de-adocao-no-brasil-como-funciona-e-quais-pre-requisitos/>> Acesso em: 19 de junho de 2022.

SVEDAS, Andréia Mendes. **Morosidade da Justiça – Causas e Soluções**. Brasília: Consulex, 2001.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Capítulo 2
O DIREITO DE POSSE AGRÁRIA DAS COMUNIDADES
TRIBAIS: APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO 169 DA
OIT AOS MEMBROS DA COMUNIDADE JOVENIANO
PANTOJA NO MUNICÍPIO DO MARAJÓ/PA (2020)
Paulo Denilson Magalhães Carvalho
Maria das Graças Penelva



**O DIREITO DE POSSE AGRÁRIA DAS COMUNIDADES TRIBAIS:
APLICABILIDADE DA CONVENÇÃO 169 DA OIT AOS MEMBROS DA
COMUNIDADE JOVENIANO PANTOJA NO MUNICÍPIO DO MARAJÓ/PA
(2020)**

Paulo Denilson Magalhães Carvalho

Advogado; Assessor jurídico cível da Defensoria Pública do Estado do Pará - Núcleo Regional Guamá; Vice-Presidente da Comissão dos Jovens Advogados da Subseção de Castanhal; e-mail: adv.paulodenilson@gmail.com

Maria das Graças Penelva

Advogada, consultora jurídica na área tributária e empresarial, Especialista em Direito Tributário; Mestre em Meio ambiente urbano; Membro do Conselho Seccional da OAB-Pará e professora universitária na graduação e pós graduação; e-mail: penelva@hotmail.com

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar o possível enquadramento da comunidade ribeirinha Joveniano Pantoja no município do Marajó/PA aos povos tribais elencados na Convenção 169 da OIT, visto as características próprias e o modo de vida distinto da sociedade homogênea, a referida é demandante em uma ação judicial na qual pleiteia a proteção possessória em seu território tradicional, assim a possível aplicabilidade do instrumento internacional ao processo judicial, visa assegurar o direito ao território ocupado, mantendo as raízes históricas e culturais e as relações étnicas e tribais do povo com a terra. Portanto, o artigo em síntese busca responder a seguinte pergunta: É possível aplicar a Convenção 169 da OIT aos membros da comunidade ribeirinha localizada no arquipélago do Marajó/PA? Para a construção do presente trabalho foram usadas fontes bibliográficas e jurisprudenciais, além da análise do processo judicial supracitado, estudo de caso do trabalho.

Palavras-chave: Posse agrária; Função social da propriedade; Convenção 169 da OIT; Povos tribais; Aplicabilidade pelo poder público.

ABSTRACT

This article aims to analyze the possible framing of the riverside community Joveniano Pantoja in the municipality of Marajó/PA to the tribal peoples listed in Convention 169 of the ILO, given their own characteristics and the different way of life of the homogeneous society, the aforementioned is a claimant in a lawsuit in which it claims possessory protection in its traditional territory, thus the possible applicability of the international instrument to the judicial process, aims to ensure the right to the occupied territory, maintaining the historical and cultural roots and the ethnic and tribal relations of the people with the land. Therefore, the article in summary seeks to answer the following question: Is it possible to apply ILO Convention 169 to

members of the riverside community located in the Marajó/PA archipelago? For the construction of the present work, bibliographic and jurisprudential sources were used, in addition to the analysis of the aforementioned judicial process, a case study of the work.

Keywords: Agrarian tenure; Social function of property; ILO Convention 169; tribal peoples; Applicability by the government.

INTRODUÇÃO

Analisando a concepção histórica oriunda do processo de colonização no Brasil, as populações tradicionais são consideradas grupos especiais no ordenamento jurídico, devido às reivindicações e lutas exercidas ao longo da história, além do seu modo de sobrevivência distinto da sociedade homogênea, o legislador de modo a proteger a cultura e identidade desses grupos decidiu garantir determinados direitos, entre eles a predominância no direito de posse.

A proposta do artigo é identificar a possível aplicabilidade do conceito de comunidade tradicional agroextrativista, enquadrada no gênero “povos tribais”, aos membros da comunidade ribeirinha Joveniano Pantoja localizada no município do Marajó no Estado do Pará, grupo específico abrangido pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), visto que vivem da coleta/extração do açaí e palmito, bem como da pesca que é fruto da sua subsistência.

A escolha da comunidade mencionada está relacionada com as características do modo de vida coletivo e solidário, a autoidentificação de viver em coletividade, além da forma de subsistência ser exclusiva da natureza. Destaca-se que o território ocupado pela comunidade supracitada é alvo de uma disputa judicial através da ação de manutenção de posse, sob o nº 0800755-81.2020.814.0015, objeto de estudo do presente trabalho, na qual tramita na Vara Agrária da Comarca de Castanhal/PA, sendo assim o julgador no referido processo irá analisar sob a ótica condicionante da função social da propriedade se a comunidade tradicional merece a proteção possessória.

É importante ressaltar que no estado do Pará existem inúmeros conflitos fundiários envolvendo comunidades ribeirinhas, a ilha do Marajó por possuir uma extensa área territorial acaba sendo alvo em tais disputas. Será analisado se o poder público brasileiro é omissivo na aplicabilidade da Convenção 169 da OIT, no que concerne a proteção do território dos povos tradicionais, relacionando determinado problema com a realidade regional paraense.

O problema de pesquisa será voltado para demonstrar o desconhecimento e inaplicabilidade da Convenção 169 da OIT, por parte do Estado à comunidade tradicional ribeirinha localizada no estado do Pará, especificamente na ilha do Marajó. Desta forma, em que medida é possível a aplicação do tratado internacional à comunidade ribeirinha Joveniano Pantoja no tocante a prevalência do direito de posse?

O objetivo geral da pesquisa é equiparar a comunidade ribeirinha Joveniano Pantoja aos povos tribais abrangidos pela Convenção 169 da OIT, garantindo o direito de posse agrária. Os objetivos específicos terão como finalidade: Investigar o conceito de posse agrária e função social da propriedade, relacionando-os com os povos tribais e sua identidade com o território que ocupam; analisar a natureza jurídica da Convenção 169 da OIT e o seu posicionamento na sistemática legislativa brasileira, bem como o possível desconhecimento por parte do poder público em relação aos direitos e garantias contidos no texto da Convenção 169 da OIT, concernentes às comunidades ribeirinhas do estado do Pará, especificamente a comunidade objeto da presente pesquisa; e avaliar a Convenção 169 da OIT e sua aplicabilidade à comunidade ribeirinha Joveniano Pantoja, viabilizando um direito assegurado na referida norma internacional que é o direito de posse agrária.

A metodologia usada nesse trabalho é de caráter descritivo e qualitativo, sendo utilizados como fonte: livros doutrinários, jurisprudências, artigos científicos e análise do estudo de caso sobre o processo de manutenção de posse mencionado acima, na qual a referida comunidade pleiteia a proteção possessória.

Conclui-se que, caso seja reconhecida a aplicabilidade da convenção 169 da OIT aos membros da comunidade ribeirinha Joveniano Pantoja, será possível a predominância do direito de posse agrária e conseqüentemente a garantia de permanência em seu território tradicional.

1. O DIREITO DE POSSE AGRÁRIA E O SEU EXERCÍCIO SOB O PRISMA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

1.1 Posse e Função Social da Propriedade

Para melhor compreensão acerca da possível aplicabilidade da Convenção Internacional 169 da OIT aos membros da comunidade ribeirinha Joveniano Pantoja localizada no município do Marajó, no estado do Pará, faz-necessário abordar o conceito de posse e seus reflexos perante o princípio da função social da propriedade, frente a importância do território tradicional no processo de reconhecimento étnico/tribal.

Desta forma, para Farias e Rosenvald (2007), sob o ponto de vista da teoria subjetiva de Savigny, o entendimento teórico é de que a posse configura-se como apreensão do objeto físico, na mesma linha, o autor caracteriza o instituto da posse como um fato desimpedido, na qual para que ocorra o seu exercício independe de qualquer condicionante do ordenamento jurídico.

Já na visão de Nascimento (2003), a posse é considerada uma ação direcionada ao objeto, sendo possível utilizar deste objeto com ações que bem entender. Diferentemente da

propriedade, que consiste em um instituto jurídico concreto, oriundo do direito real sem especulações e distante da realidade fática.

Entretanto, no campo de estudo do direito agrário destaca-se uma enorme distinção entre posse civil e a posse agrária, tendo em vista que, nesta última o seu exercício possui relação com as atividades rurais desenvolvidas pelo possuidor, na qual estão intrinsecamente ligadas com os preceitos inerentes a função social da propriedade.

Assim, o possuidor agrário é aquele que efetivamente trabalha na gleba rural, de forma contínua, direta e pacífica, desenvolvendo atividades agrárias na terra que atendam o bem-estar local, respeitando o preceito basilar do princípio função social da propriedade. (Mattos Neto, 1988)

Ainda na perspectiva do referido autor para que se configure a posse agrária, o imóvel rural deve atender as diretrizes da função social da propriedade sob três aspectos: econômico, na qual a área ocupada necessita desenvolver atividades de cunho produtivo; social, pelo que as relações de trabalho oriundas dessa atividade promovam o bem-estar da sociedade em geral; e ecológico, pois o possuidor/proprietário do imóvel deve preservar os recursos naturais, observando a legislação ambiental vigente.

Na mesma linha de raciocínio, Marques (2015), entende que inexistente função social da propriedade sem o exercício da posse, uma vez que a posse é reconhecida por seu caráter dinâmico, na qual viabiliza o desenvolvimento regular das atividades agrárias, ocasionando o cumprimento efetivo da função social do imóvel.

Para o eminente agrarista Borgês (2005), O Estado obriga necessariamente o cumprimento da função social da propriedade por parte do possuidor do imóvel, impondo-o a melhor maneira de utilização do imóvel rural.

Não obstante, o legislador através do Estatuto da Terra, em seu artigo 2º, § 1º da Lei nº 4.504 de 30 novembro de 1964, trouxe os preceitos inerentes ao cumprimento da função social da propriedade como condicionante para o exercício da posse agrária, pois aquele que sobrevive das atividades laboradas no campo, cumprindo fielmente a produtividade, a promoção do bem-estar e a preservação do meio ambiente, poderá gozar do título de possuidor agrário.

Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações

detrabalho entre os que a possuem e a cultivem.

Neste sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil, acolheu o princípio da função social da propriedade, estabelecendo os requisitos cumulativos que o proprietário do imóvel rural deve atender, de acordo com o artigo 186.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Do ponto de vista prático, tem-se verificado o entendimento jurisprudencial acerca do cumprimento obrigatório dos requisitos cumulativos do artigo 186 da Constituição Federal, conforme o julgamento do recurso de apelação nº. 0000886- 03.2011.814.0015, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, na qual o relator Desembargador Leonardo de Noronha Tavares, entendeu que o recorrente não conseguiu comprovar o cumprimento dos requisitos ecológico e social, ou seja, a inobservância a legislação ambiental e trabalhista no caso concreto, assim, concluiu-se pela impossibilidade da proteção possessória, tendo em vista que o requerente não cumpriu fielmente as condicionantes da função social da propriedade do imóvel rural.⁴

Portanto, se o proprietário-possuidor no exercício das atividades de exploração rural atender as diretrizes que visem alcançar o cumprimento da função social da terra, logo, é possível considerá-lo como titular do direito de posse agrária.

1.2 O cumprimento da posse agrária pelos membros da comunidade ribeirinha Joveniano Pantoja

Analisando o estudo de caso acerca da comunidade ribeirinha Joveniano Pantoja localizada na ilha do Marajó/PA, através do processo judicial nº 0800755- 81.2020.814.0015, na

⁴ Neste sentido, não se apresentam comprovadas as exigências cumulativas para a configuração da posse rural, ao não demonstrar, o autor, cabalmente, o cumprimento da função social da propriedade; não restando demonstrada, dessa forma, ao contrário do que consta na sentença, a teor do art. 373, I, do CPC/2015, a desincumbência do ônus da prova que lhe cabia, principalmente acerca da inexistência das infringências ambientais e trabalhistas. (voto do Desembargador relator Leonardo de Noronha Tavares nos autos do processo 0000886- 03.2011.8.14.0015).

ação possessória movida pela referida, na qual tramita na Vara Agrária da Região de Castanhal, percebe-se o possível desenvolvimento das atividades agrárias em consonância com as diretrizes do artigo 186 da Constituição da República Federativa do Brasil.

A referida comunidade ribeirinha objeto de estudo ocupa um território de 5.447,3463 hectares às margens do rio Mocoões no município do Marajó/PA, na qual os seus membros residem e trabalham na área há várias décadas, conforme a análise nos autos do processo supracitado seria um território fundado em traços históricos, oriundo da herança de seus ascendentes, tratando-se de uma posse tradicional interligada pelos laços históricos, sociais e culturais desenvolvidos a partir do uso da terra, rios e recursos naturais.

Enfatiza-se que na área residem mais de 70 (setenta) famílias, na qual exercem diariamente as atividades agrárias pertinentes à pesca, coleta e extração de açaí, lavoura de árvores frutíferas e plantações realizadas pelos agroextrativistas como: açaizal, abacaxi, acerola, cupuaçu, coqueiro entre outros, assim como a criação de animais de pequeno porte como galinhas, suínos e patos, os produtos colhidos servem tanto para a subsistência dos moradores da comunidade, quanto para a venda em estabelecimentos comerciais próximos ao município. Assim, é possível constatar o possível cumprimento ao primeiro requisito inerente à função social da propriedade, qual seja a produtividade do imóvel rural.

Além da produtividade, constata-se o requisito concernente a proteção ao meio ambiente, os moradores da referida comunidade por serem pessoas de baixa instrução escolar, não possuem conhecimentos acerca das normas pertinentes a legislação ambiental. Sendo assim, os integrantes seguem todas as orientações determinadas pelas autoridades responsáveis pela fiscalização e cumprimento da legislação ambientalista, em exemplo é possível identificar o respeito à área de preservação ambiental e o manejo sustentável dos recursos naturais.

Por fim o requisito social, o cumprimento da referida condição é perceptível através das políticas de integração promovida pelo presidente da comunidade, com a realização de palestras e reuniões para discutir os interesses dos membros moradores da área, promovendo o bem-estar social do grupo.

Portanto, verifica-se que os membros da comunidade ribeirinha Joveniano Pantoja exploram intensamente uma série de atividades agrárias no imóvel, observando as exigências impostas pelo princípio da função social da terra, pelo que abre margem para a conclusão de que a posse exercida pelos integrantes do grupo, caracteriza-se como posse agrária, ante o cumprimento dos parâmetros da função social do imóvel rural.

2. A CONVENÇÃO 169 DA OIT COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO DIREITO DE POSSE AGRÁRIA

2.1 A posição hierárquica da Convenção 169 da OIT no ordenamento jurídico brasileiro

Considerando-se a possível aplicabilidade da Convenção 169 da OIT aos membros da comunidade ribeirinha Joveniano Pantoja, primeiro faz-se necessário compreender a natureza jurídica acerca dos tratados e convenções internacionais, visto que os mesmos são instrumentos regulamentadores na qual possuem uma abrangência ampla, tendo como escopo promover a eficácia de um acordo celebrado em âmbito mundial.

PARTE II – TERRAS

Artigo 13

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

Considerando a relevância dos tratados internacionais de direitos humanos no sistema jurídico. Nesse mesmo contexto, Canotilho (1993) afirma que, o surgimento dos direitos humanos foi historicamente importante sob dois aspectos, o primeiro no sentido de proteger o indivíduo das ações abusivas do Estado, exigindo assim uma interferência mínima do poder público para concretização das normas, já no segundo o autor elenca que para a eficácia integral dos direitos humanos será necessário uma atuação positiva do estado para promover os direitos fundamentais.

O autor Trindade (1991) afirma que, o dispositivo do artigo 5º, §3º da Constituição da República Federativa, é inovador ao implantar os tratados internacionais de direitos humanos no corpo da carta magna orientadora do ordenamento jurídico brasileiro, valorizando a eficácia das normas regidas pelo direito internacional que buscam proteger as garantias fundamentais do ser humano, sendo capaz de se projetar na constituição e torná-la substancial.

No mesmo sentido, Piovesan (2003), entende que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos no qual o Brasil é signatário, são recepcionados pela Constituição Federal no sentido de complementar o quadro de garantias e direitos fundamentais já previstos,

sendo assim considera-se uma norma constitucional o tratado incorporado na constituição seguindo o rito de emenda constitucional.

Ademais, a Convenção 169 da OIT possui um status de norma infraconstitucional no ordenamento jurídico pátrio, sendo assim é um preceito que está abaixo da constituição e acima das leis ordinárias, visto que a referida convenção de direitos humanos não tramitou pelo procedimento referente ao status de Emenda Constitucional previsto na norma supracitada. Para Novelino (2010), os tratados internacionais de direitos humanos ratificados por procedimentos ordinários, terão um status inferior à Constituição e um status jurídico superior à legislação ordinária.

⁵Na visão dos Tribunais Superiores, no julgamento histórico do Recurso Extraordinário nº. 466.343-SP, acerca da prisão do depositário infiel realizado pelo Supremo Tribunal Federal, foi firmado o entendimento jurisprudencial que os tratados internacionais sobre direitos humanos que não passaram pelo quórum disposto na Constituição, serão considerados como normas “supralegais” possuindo eficácia jurídica superior às normas ordinárias e estando abaixo apenas da Carta Magna de 88.

A ilustríssima doutrinadora Piovesan (2007), interpreta o teor da norma constitucional do artigo 5º, §3º, no sentido de que todos os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos terão força de norma constitucional, independente do quórum exigido na constituição, tendo em vista a relevância da proteção aos direitos fundamentais inerentes a pessoa humana no âmbito do sistema jurídico interno brasileiro.

Na visão de Marés (2019), a Convenção 169 da OIT mesmo possuindo o status de supralegalidade, não pode ser afastada por nenhum outro ato normativo, seja por lei ordinária, complementar ou medida provisória, tendo em vista que é obrigação do poder público seguir as diretrizes contidas no texto da convenção, não podendo alegar oposições acerca de sua prática, sob o argumento de inconsistências do teor do instrumento com as outras leis do ordenamento jurídico.

Portanto, não há dúvidas no campo jurídico brasileiro que a Convenção 169 da OIT, mesmo possuindo status jurídico de norma infraconstitucional ou “supralegal”, deve ser aplicada nas relações que envolvam os povos abrangidos pelo instrumento normativo internacional, neste caso, a aplicabilidade da mesma aos membros da Comunidade ribeirinha Joveniano Pantoja, localizada no município do Marajó/PA.

⁵ STF. Recurso Extraordinário. 466.343-1. Relator Ministro Cezar Peluso. 03/12/2008. Brasília.

3. A aplicabilidade da Convenção 169 da OIT aos membros da comunidade ribeirinha Joveniano Pantoja.

Neste capítulo será examinado o possível enquadramento da comunidade ribeirinha Joveniano Pantoja aos “povos tribais” da Convenção 169 da OIT. Ademais, faz-se necessário verificar a que ponto a atuação do poder público é eficaz na aplicabilidade do tratado internacional aos povos tradicionais existentes no território brasileiro, especificamente, no processo judicial estudo de caso da presente pesquisa, na qual a referida comunidade é demandante.

A Convenção 169 da OIT em seu artigo 1º, “a”, estabelece exclusivamente os grupos étnicos culturais legítimos para receber a proteção prevista no tratado internacional.

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas; c) A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção; d) A utilização do termo “povos” na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

Ainda sobre a legitimidade de quem poderá pleitear a proteção prevista na norma internacional, se identifica ao longo do estudo de caso do processo judicial supracitado neste capítulo, que os moradores da comunidade Joveniano Pantoja podem ser considerados tecnicamente como possuidores tradicionais agroextrativistas, já que vivem da coleta de açaí na região do arquipélago do Marajó no estado do Pará, bem como da pesca nos rios amazônicos, atividades típicas de quem ocupa a área.

Nesse mesmo sentido, Marés (2019) entende que, os pescadores e coletores de açaí podem ser enquadrados, sem nenhuma dúvida, no quadro de grupos que merecem a proteção prevista na Convenção 169 da OIT, pois a sua forma coletiva e solidária de organização, ou seja, de viver em comunidade, em dependência exclusiva dos recursos da natureza, enquadram esses grupos no gênero “povos tribais” da convenção.

O autor na mesma linha de raciocínio, aborda que esses grupos étnicos (pescadores, extrativistas e coletores), podem ser nominados ainda como “povos tradicionais”, já que possuem uma relação especial com a terra, oriunda de um processo histórico vivenciado pelo país, na qual os recursos da natureza fruto da subsistência desses povos são considerados essenciais para a sobrevivência humana.

Os moradores da Comunidade Joveniano Pantoja exercem as atividades rurais típicas da região amazônica, o agroextrativismo do açaí é uma das principais atividades desenvolvidas na área, na qual movimenta a economia regional da ilha do Marajó, gerando reflexos até no âmbito da exportação paraense. Dessa forma, interliga-se tais atividades com a cultura tradicional coletiva desse povo e a autoidentificação de pertencimento a comunidade marajoara, configurando traços das características pertencentes aos povos tribais.

Para Marés (2019), em relação ao requisito de autoidentificação de pertencimento étnico ao grupo “tribal”, requisito necessário para a aplicação da Convenção 169 da OIT, a mera consciência de serem um grupo com o modo de vida distinto da sociedade civil, tendo em vista os traços de convivência de modo coletivo, a cultura e organização exclusiva, bem como as tradições que podem ser constadas diariamente, na regência de uma lei “interna” de se manterem socialmente agrupados, já é a autoatribuição necessária que o legislador internacional prevê.

Assim, a população da comunidade marajoara possui traços solidários no modo de convivência social, as atividades agroextrativistas desenvolvidas na área possuem um cunho coletivo, no qual todos os moradores sem distinção de idade participam do processo de extração do açaí, não apenas desta atividade específica, mas dentre outras como a pesca, colheita de hortifrutis e criação de suínos.

Cumprido informar que a qualificação povos tribais é desconhecida por parte da própria comunidade, tendo em vista a ausência de publicidade sobre os direitos e garantias que o instrumento internacional prevê, se for realizada uma pesquisa de campo com a seguinte pergunta “são vocês um grupo tribal?”, consequentemente a resposta será negativa, mas se identificarão como “filhos da terra”, pescadores ou ribeirinhos, com a consciência que são pertencentes de um grupo diferenciado da sociedade hegemônica e de outros grupos, com costumes e lógicas internas próprias.

Na mesma linha de raciocínio acerca do desconhecimento sobre a existência do gênero povos tribais e o seu enquadramento, o ilustríssimo autor Marés (2019), defende que a terminologia “povos tribais” fora criada para fins didático, a autoidentificação em relação ao pertencimento à terra e a forma de vida coletiva já configuram esses grupos como beneficiários da Convenção 169 da OIT.

Ademais, é importante ressaltar sobre o possível desconhecimento por parte do Estado acerca da Convenção 169 da OIT, bem como a ineficácia prática do instrumento internacional

regulador dos direitos e garantias dos povos tradicionais nos processos judiciais e administrativos.

Considerando a natureza jurídica de norma supralegal no Brasil incube ao poder público garantir a efetividade da norma no país, especificamente no que concerne a comunidade ribeirinha localizada no Estado do Pará, como fonte de assegurar o direito de posse no território tradicional que ocupam.

O próprio texto da convenção internacional dispõe em seu artigo 14, sobre o dever do poder público na criação de medidas eficazes que visem proteger o direito ao território dos povos tribais, tal atuação poderá ser desenvolvida através de políticas de proteção ao reconhecimento do direito de posse e propriedade das comunidades tradicionais.

Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.
2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.
3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

Sendo assim, não há óbice para a inaplicabilidade da Convenção 169 da OIT por parte da Administração Pública para fins de efetivar as normas que são de interesse dos povos denominados como “tribais”, grupos estes de culturas distintas que estão espalhados pelo País sem a ciência da existência de uma norma protetora de seus direitos.

Acerca do processo judicial na qual a comunidade ribeirinha pleiteia proteção possessória, estudo de caso da presente pesquisa, ainda não houve julgamento sobre o pedido de proteção possessória. Assim, incumbe ao julgador como representante do poder público na aplicação das normas, obedecer o disposto no texto da convenção 169 da OIT, ou seja, julgar procedente o pleito possessório, analisando não apenas a função social da propriedade em questão, mas o dispositivo do tratado internacional que assegura sem nenhum obstáculo o direito de posse e propriedade aos povos tribais e comunidades tradicionais.

Diante do exposto, os direitos e garantias previstas na Convenção 169 da OIT relativos aos povos tribais devem ser equiparados a comunidade ribeirinha Joveniano Pantoja, trata-se de

um grupo específico interligado historicamente pela sua cultura coletiva, a identidade pelo território produtivo que ocupam fruto de sua subsistência, devendo o seu direito de posse prevalecer em qualquer conflito fundiário/possessório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após ser analisado o instituto da posse agrária cumulado com o princípio constitucional da função social da propriedade e a sua relação no processo de reconhecimento étnico tribal, bem como a natureza jurídica da Convenção 169 da OIT e seu status legislativo, verifica-se que a aplicação da norma internacional no Brasil não deve ser afastada nos casos judiciais e extrajudiciais envolvendo os interesses dos grupos tradicionais que possuem uma interligação cultural com o território ocupado.

Diante das características solidárias e do modo de vida exclusivo da terra, a comunidade ribeirinha Joveniano Pantoja localizada no município do Marajó é enquadrada na condição de povos tribais estabelecida no instrumento da OIT. Sendo assim, a Convenção 169 da OIT deve ser aplicada no processo judicial nº.0800755-81.2020.814.0015, que tramita na Vara Agrária da Região da Comarca de Castanhal/PA, na qual esta demanda a proteção possessória no seu território tradicional.

Sobre o processo judicial, estudo de caso da presente pesquisa, caso o julgamento ocorra sob o prisma da convenção, o direito de posse desse grupo será mantido e consequentemente será possível realizar o desenvolvimento diário das atividades pertinentes a agricultura, pesca, e principalmente coleta e extração de açaí, recurso natural gerador da economia local no arquipélago do Marajó/PA. Portanto, são notórios os impactos sociais oriundos da aplicação ou não do instrumento internacional na ação judicial.

O Estado como garantidor da aplicação das normas, deve promover a eficácia da Convenção 169 da OIT mediante a sua utilização prática nos processos judiciais e administrativos, bem como na criação de políticas públicas de publicidade acerca dos direitos e garantias que a Convenção 169 da OIT prevê aos povos considerados tribais, sendo enquadrados neste gênero os seringueiros, ribeirinhos, quilombolas, coletores de açaí, grupos predominantes no território nacional, principalmente na região amazônica do país.

Ante o exposto, é de extrema importância que o poder público não escuse o desconhecimento a respeito da Convenção 169 da OIT e promova a aplicação do texto legal da convenção, assegurando a predominância ao direito de posse agrária aos membros da comunidade ribeirinha Joveniano Pantoja.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. Dicionário de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1994, 216 p.

BORGES, Antônio Moura. Curso completo de Direito agrário. Leme: EDIJUR, 2005. 50 p.

BRASIL, Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. acesso em 17 de novembro de 2020.

BRASIL, Estatuto da Terra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14504.htm>. Acesso em 07 novembro de 2020.

BRASIL, Decreto Nº 5.051, DE 19 de abril de 2004 <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso 15 de novembro de 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. 3. ed. Coimbra Editora. Coimbra, 1993.

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm> Acesso em: 05 nov. 2020.

FARIAS, Cristian Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

MARÉS, Carlos Frederico. Os povos tribais da Convenção 169 da OIT. Goiânia: Revista da Faculdade de Direito da UFG, 2019, 155-177 p.

MARQUES, Benedito Ferreira. Direito Agrário Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015. 48 p.

MATTOS NETO, Antonio José. A posse agrária e suas implicações jurídicas no Brasil. Belém: CEJUP, 1988.

Nascimento, Tupinambá Miguel Castro. Posse e propriedade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. 14 p.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: TEMAS de Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. 58 p.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Tratados internacionais de direitos humanos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: nº 43, 7-30 p, abr./jun. 2003, p. 9.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 466343 SP. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ: 05.06.2009, Jusbrasil. 2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp>. Acesso em: 08 nov. 2020.

TJPA. Apelação: 0000886-03.2011.814.0015 PA. Relator: Desembargador Leonardo Noronha Tavares. DJE: 17/12/2019. TJPA.JUS. 2019. Disponível em: http://gsaindex.tjpa.jus.br/consultas/search?q=cache:B_HEFDydzqJ:177.125.100.71/pje/2585088+000088603.2011.8.14.0015&client=consultas&proxystylesheet=consultas&site=jurisprudencia&ie=UTF8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8. Acesso em: 29 set. 2020

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. Saraiva. São Paulo, 1991. 631 p.

Capítulo 3
MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: UM MÉTODO RUMO À
PACIFICAÇÃO

Bianca Cardoso Martins



MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: UM MÉTODO RUMO À PACIFICAÇÃO

Bianca Cardoso Martins

Bacharel em Direito (UNESA-RJ), Mestranda em Direito na linha Acesso à Justiça e Efetividade do Processo (UNESA-RJ), Pós-graduanda em Tutela Coletiva e Políticas Públicas pela FEMPERJ. E-mail: biancacardosomartins@gmail.com

Resumo

O presente artigo aborda a importância da reconstrução do diálogo entre as partes na solução das controvérsias que sempre existiram na convivência humana. O conflito foi resignificado como uma real oportunidade de transformação e os benefícios para as partes que optam pelo caminho pacífico da colaboração restaram explicitados ao longo do texto. A Mediação de Conflitos será abordada como meio efetivo de contribuição para a pacificação social e como verdadeira ferramenta de empoderamento dos indivíduos na busca por suas próprias soluções pessoais.

Palavra-chave: Métodos alternativos. Mediação de Conflitos. Acesso à Justiça. Cultura de Pacificação.

Abstract

This article addresses the importance of rebuilding the dialogue between the parties in the solution of controversies that have always existed in human coexistence. The conflict was resignified as a real opportunity for transformation and the benefits for the parties that opt for the peaceful path of collaboration were made explicit throughout the text. Conflict Mediation will be approached as an effective means of contributing to social pacification and as a true tool for empowering individuals in the search for their own personal solutions.

Keywords: Alternative methods. Conflict Mediation. Access to justice. Culture of pacification.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca reforçar a importância de um caminho do meio entre a atual e excessiva busca pela judicialização dos conflitos e a construção de uma cultura mais pacífica, na qual os indivíduos procurem achar o resultado de suas questões sem um terceiro que impõe, neste caso, o Estado através do Poder Judiciário. Desta maneira, serão estudadas as soluções consensuais de conflitos, com foco especial no Instituto da Mediação. Para tanto, os Princípios do Acesso à Justiça e da Inafastabilidade do Poder Judiciário, previstos em nossa Carta Magna de 1988, serão analisados. Em seguida, nos

aprofundaremos no próprio conceito de Justiça, que por muitos é atrelado à jurisdição e ao Direito, mas que em verdade ultrapassa qualquer dispositivo legal e permanece sendo horizonte para uma sociedade, de fato, mais civilizada e íntegra. Abordaremos também as vantagens e desvantagens dos institutos de resolução de conflitos para o nosso ordenamento jurídico de acordo com doutrinadores da área. A Pacificação será vista como uma construção, como algo a ser introduzido culturalmente. Os exemplos que serão trabalhados nesse artigo envolvem a mediação escolar e familiar, pois nesses dois espaços temos a base do desenvolvimento humano, tornando-se imprescindível que seja ensinada às crianças e jovens a importância do seu papel em sua família, em sua comunidade e, conseqüentemente, em nosso futuro. Seguimos analisando quais são as vantagens para as partes que optam pelos métodos alternativos à sentença e seus resultados de acordo com o Conselho Nacional de Justiça. A sociedade caminha para uma nova forma de ser. A maneira como enxergamos as relações e solucionamos as desavenças inerentes ao encontro de dois indivíduos é um dos pontos-chave nesse processo de transformação. Nesse espaço é que encontramos o Direito como protagonista, corroborando com o fato de que o diálogo é o caminho para a solução, auxiliando as partes a compreenderem através da multidisciplinaridade e de técnicas bem executadas qual o caminho para um fim cogente e eficaz da controvérsia.

DESENVOLVIMENTO

Qual o papel da Mediação de Conflitos no acesso à justiça?

Em primeira análise, é preciso compreender do que se trata o Princípio do Acesso à Justiça e qual papel desempenha em nossa sociedade atualmente. Após, falaremos de justiça para então abarcarmos o processo de introdução da Mediação de Conflitos em nosso ordenamento jurídico brasileiro e no Princípio supracitado.

O Acesso à Justiça é previsto em nossa Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXV, nos trazendo não só a ideia de Acesso à Justiça, como também a Inafastabilidade do Poder Judiciário na apreciação de lesão ou ameaça a direito. Nesse contexto, podemos entendê-lo como um meio de incluir e igualar indivíduos que, há muito, encontram-se à margem da sociedade. Incluir respeitando as diferenças materiais de cada indivíduo, em um país repleto de desigualdades sociais históricas é um grande desafio aceito por muitos estudiosos da área do Direito.

Sadek⁶ se posiciona defendendo a ideia de que o acesso à justiça é porta de entrada para participação de bens e serviços de uma sociedade. Afirma que iniciativas com meta de combater à exclusão social estão fadadas ao fracasso caso não considerem garantias e direitos individuais assim como coletivos e finaliza justificando: *“Pois, não há possibilidade real de inclusão se, de fato, não houver condições efetivas de acesso à justiça. Sem o direito de recorrer à justiça, todos os demais direitos são letras mortas, garantias idealizadas e sem possibilidades de concretização.”*

Assim, é de suma importância compreender o acesso à Justiça como ferramenta fundamental em um Estado de Direito, sendo igualmente fundamental que haja isonomia no tratamento dos cidadãos não somente no plano formal, mas também material.

O tratamento igual dos indivíduos surge a partir da ótica de que não há fatores externos que justifiquem qualquer tipo de distinção social, ou seja, o Estado e a sociedade não prevalecem sobre direitos específicos inerentes a estes indivíduos. Antes, acreditava-se que a desigualdade era fruto da vontade divina e, assim, seguiam sem questionamentos. Entretanto, novas mentes questionadoras foram surgindo, dado o desenvolvimento que o tempo traz e, como exemplo, a liberdade, que antes era vista como um direito concedido ou privilégio de pequenos grupos sociais passou a ser reconhecida como direito intrínseco do homem. Dar ao indivíduo cidadania significa entregar a ele direitos e obrigações, sendo possível que este possa reclamar em juízo quando se sentir lesado de alguma forma. Nesta possibilidade, dada de forma isonômica a todos é que se traduz o Princípio do Acesso à Justiça e sua função principal.

Entretanto, o que é Justiça? Tartuce⁷ leciona:

Com efeito, cada ser humano concebe a justiça segundo seus próprios parâmetros e suas íntimas convicções, por certo carregadas de forte coloração afetiva e grande ressonância emotiva. Eis por que há quem afirme que "a justiça total não é deste mundo.

Porém, tornou-se necessário como sociedade chegarmos num consenso sobre o que de fato são pilares a serem defendidos em termos de Justiça individual e coletiva. Assim, em decorrência do tempo e das lições que aprendemos com fatos históricos,

⁶ SADEK, Maria Tereza. *Acesso à Justiça: Porta de entrada para inclusão Social*. Rio de Janeiro. 2009, p. 170. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-15.pdf>. Acesso em: 18/05/2020.

⁷ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense, p.76, 2016.

tornou-se imprescindível que o respeito e a proteção da vida humana e da dignidade do homem; o direito à saúde; à educação; a proibição da degradação do homem em objeto; o direito ao livre desenvolvimento da personalidade; a exigência da igualdade de tratamento e a proibição do arbítrio fossem zelados para o livre desenvolvimento salutar do indivíduo no plano individual e, conseqüentemente, coletivo⁸. Por isso, tais pilares hoje são Princípios Constitucionais e, sendo assim, definem a lógica e a racionalidade do sistema de normas, harmonizando-o⁹.

Diante do necessário consenso social acerca dos ideais de justiça, essencial se torna distinguir justiça de jurisdição, de modo que - Jurisdição é uma das funções da soberania do Estado, que consiste no poder de atuar o Direito objetivo, compondo conflitos de interesse e resguardando a ordem social¹⁰.

Logo, o Princípio da Inafastabilidade da jurisdição cumpre seu papel como meio de concretizar os Princípios Constitucionais basilares da democracia, dando-lhes eficácia e, por isso, a tutela jurisdicional é fundamental para que o direito do indivíduo possa ser levado a juízo, à justa apreciação do Estado. Passa, ainda, por uma releitura no capítulo inicial do Código de Processo Civil, intitulado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, em seu art. 3º, determinando, assim como a Constituição Federal de 1988, que não se excluía de apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. Aqui, nos referimos ao direito de ação, decorrente do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

Sobre o tema, Mello¹¹conclui:

A tutela jurisdicional objetiva a pacificação social, assegurando constitucionalmente ao cidadão que, em caso de violação ou ameaça ao direito, busque junto ao Estado os meios eficientes para solucionar seu conflito.

Desta forma, em nosso processo democrático temos no acesso à justiça e na inafastabilidade da jurisdição um relevante papel de habilitar o indivíduo como cidadão, incluindo, igualando e dando a ele a salvaguarda de resolver seus conflitos perante um

⁸TARTUCE, Fernanda. *op. cit.*, p. 76.

⁹MELLO, Cleyson. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 32.

¹⁰BARBOSA, Águida Arruda *apud* TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 77.

¹¹MELLO, Cleyson, *op. cit.*, p. 32.

juízo imparcial e com efetiva igualdade das partes. Como sabiamente nos traz Cappelletti¹²:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Achando-se claro o papel do art. 5º da CF/88, inciso XXXV e suas vertentes, passamos a percorrer o longo caminho trilhado para que pudéssemos alcançar os atuais mecanismos de soluções de conflitos alternativos ao contencioso.

Ocorre que diante de toda essa nova política de acesso e inclusão ao judiciário e, também, diante do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, passa-se a vivenciar no Poder Judiciário uma real sobrecarga de demandas. Restou estabelecido até aqui o dever do Estado de promover não somente o acesso à justiça, como também a tutela jurisdicional, dando aos indivíduos capacidade processual para efetivar seus anseios. Eis que surge um novo desafio aos processualistas, problematizar e achar saídas para o excesso de judicialização de conflitos - efetivando a justiça, é claro – porém buscando novos rumos mais adequados do que a tutela litigiosa. A composição dos conflitos passa a ser abordada de forma mais profunda.

Amplamente falando, a primeira aparição do uso da Conciliação no ordenamento brasileiro se deu nas Ordenações Filipinas, havendo menção clara à tentativa conciliatória prévia à propositura da demanda¹³. Assim, a Constituição Imperial de 1824 foi elaborada pós-proclamação da República e trouxe consigo diversas inovações no ordenamento vigente da época, como o fim da tortura e penas violentas. Restou definido, ainda, a “*obrigatoriedade de um juízo conciliatório prévio*”.¹⁴ Em seu artigo 162 estabelecia que sem comprovação de tentativa prévia de “*reconciliação*” não se cogitaria se quer dar início ao Processo e seu artigo 162 definia a existência de Juízes de Paz para desempenharem o ofício, explicitando a forma como estes seriam eleitos para tal e determinando que suas atribuições fossem determinadas por lei.

¹² CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 12. Fonte: <https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>. Acessado em: 22/05/2020.

¹³ MAZZOLA, Marcelo. PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Manual de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 29.

¹⁴ MAZZOLA, Marcelo. PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *op., cit.*, p.35-36.

Muito antes destes dispositivos legais, Filósofos e até mesmo a própria Bíblia traziam consigo a mesma dinâmica de fala, expondo sempre a necessidade de harmonia e paz entre os homens, exaltando que a melhor maneira para alcançar este fim seria mediante acordos.

Por volta de 1890 a prática da Conciliação foi extinta por meio de decreto n. 359, considerada por muitos como inútil. Entretanto, diversos Estados permaneceram conciliando de forma facultativa¹⁵.

Seguindo o estudo, analisamos o Código Processual Civil de 1973. Este passa a ser alvo de diversas alterações, principalmente a partir das décadas de 1990 a 2009, simbolizando uma nova movimentação no cenário jurídico. O fim almejado era uma maior efetivação da prestação jurisdicional, sendo fato que se constatou a essencialidade de uma tutela mais célere (art. 5º, XXXV da CF). Afinal, o Princípio do Acesso à Justiça não buscou garantir meramente uma resposta efetiva do magistrado, mas também uma resposta tempestiva. Isto se deve ao fato da simples expectativa do direito, por si só, não satisfazer o indivíduo de forma plena, sendo necessário que a resposta para seu conflito seja dada de forma ágil, em tempo razoável. Assim, em dezembro de 2004 a Emenda Constitucional n.45 incluiu na Constituição de 1988 a razoável duração do processo e a federalização das violações aos direitos humanos.¹⁶ Simultaneamente a estas alterações ocorreu assinatura pelos Chefes dos Poderes executivos do primeiro Pacto assinado. O objetivo de fincar em nosso ordenamento jurídico a verdadeira celeridade devida ao processo legal e uma maior qualidade nos serviços prestados era evidente. Reformas anteriores não alcançaram o objetivo almejado.

Novas tentativas sobrevieram ainda, um segundo Pacto foi assinado pelos Chefes dos Três Governos, desta vez, o foco era uma maior abertura do Poder Judiciário aos hipossuficientes, o empenho - mais uma vez - reafirmado de melhora na qualidade de prestação de serviços e fortalecimento das instituições Estatais. O mandado coletivo e individual e o fortalecimento da Defensoria Pública são exemplos do resultado do segundo Pacto. Após consecutivas reformas e tentativas de melhoria na prestação jurisdicional e acesso, em 2009 chegam à conclusão de que um novo Código de Processo Civil deveria ser elaborado. A promulgação da Lei 13.105/2015 ocorreu e em 17 de março de 2015 foi publicada no Diário Oficial.

¹⁵*ibid.*, p. 36.

¹⁶ MAZZOLA, Marcelo. PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *op., cit.*, p. 32.

A Lei 13.105/2015 valorizou as conciliações, as mediações judiciais e a arbitragem, enxergando esses Institutos como a melhor saída e, por isso, promoveu uma verdadeira mudança no âmbito jurídico.

A Mediação foi regulamentada pela Lei 13.140/15 e, antes de alcançar sua própria legislação e conceito, toda doutrina já trabalhava de forma cuidadosa para que sua definição não fosse alvo de confusão com outros institutos. Assim, para Tartuce¹⁷

A mediação consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que um terceiro imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem.

Assim, passamos a analisar o papel deste Instituto no acesso à justiça, não só em suas vantagens, mas também em suas desvantagens. Iniciaremos pelos pontos positivos, sendo claro que a utilização dos métodos alternativos ao contencioso é tendência mundial. Todo o congestionamento do judiciário e a custosa e lenta resolução pela tradicional forma aponta novos rumos também em termos de evolução social. Essa evolução social se dá através da construção de uma cultura mais participativa do indivíduo na solução de seus conflitos por meio do diálogo. Entre todas as vantagens no processo da reconstrução do diálogo que abordaremos mais a frente, os pontos que sempre são citados por doutrinadores renomados são basicamente os mesmos. A obtenção de resultados mais céleres, confiáveis e econômicos; um leque de opções mais amplo em relação aos métodos de resolução de conflitos; maior tecnicidade do judiciário, tendo em vista que sua sobrecarga diminuiria.

No entanto, há discussões acerca das desvantagens em adotar mecanismos alternativos ao contencioso. Ocorre que buscar saídas ao tradicional implica em “privatizar” parte do monopólio Estatal de certa forma. Mauro Cappelletti – em *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça* – abordava pontos importantes visando achar a saída para pontos controversos como: “*quais seriam as melhores espécies de instituições para promover os meios “alternativos”*” e “*quais seriam as garantias mínimas a serem observadas na condução do conflito*”¹⁸. Segundo ele, o risco era do método alternativo se tornar uma “*justiça de segunda classe*”

¹⁷ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 176.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro *apud* TARTUCE, Fernanda, op. cit., p. 173.

¹⁹ tendo em vista que a inevitável falta de treinamento técnico não garantiria bases formais fundamentais de equidade processual típicas do procedimento comum. Já para José Ignácio Botelho de Mesquita, o receio acerca do custo institucional de transferir a responsabilidade da solução de litígios para as partes, “*emprestando-lhe valor maior do que à solução do conflito mediante sentença*” ²⁰ e continua a linha de raciocínio dizendo que a adoção de métodos consensuais alternativos descredita o nosso ordenamento jurídico, pois ao buscar o Estado para que este avalie a demanda, o indivíduo traz consigo a necessidade de ver a outra parte “*assumindo a responsabilidade pelo cumprimento de suas obrigações*” ²¹. Segue lecionando que a frustração deste que busca o judiciário com o objetivo de ter “justiça” e, sem que lhe neguem razão, peçam para que abra mão de parte do seu direito em favor da outra parte que nenhum direito tem é imensa. Não há acordo que satisfaça e o descrédito na capacidade do Estado de resolver o conflito resta óbvia.

É claro que ninguém que discorda busca razão no outro de forma verdadeira. Eis o papel fundamental do espaço de fala, de diálogo. Eis o objetivo maior da mediação, dar aos envolvidos o privilégio de explicitarem suas aflições e expectativas um para o outro, fornecendo recursos para tanto, seguindo aqui um padrão, uma forma, buscando excelência no preparo desses mediadores. Desta forma, por si só, a solução da controvérsia irá se mostrar. Para isso, há de se ter uma política de incentivo e não de imposição.

Assim, é fato que existem controvérsias e problematizações acerca dos métodos alternativos ao contencioso. Notório também são a sobrecarga e necessária ampliação de acesso por meios confiáveis e que produzam resultado para as partes e neste âmbito, certamente, a mediação, a conciliação e a arbitragem vêm apresentando resultados salustares à comunidade.

Como a Mediação de Conflitos auxilia na cultura da pacificação social?

Antes de entrarmos nos benefícios que o Instituto da mediação pode trazer para auxiliar nesse processo de construção da cultura da paz, é imprescindível que compreendamos o que é a Cultura de paz. De acordo com a UNESCO²²:

¹⁹ *Ibid.*, p. 173.

²⁰ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio *apud* TARTUCE, Fernanda, op. cit., p. 173.

²¹ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio *apud* TARTUCE, Fernanda, op. cit., p. 174.

²² LIMA, Fernanda e VAZ, Vânia. *Mediação: O caminho para a disseminação de uma cultura de paz*. p. 2. Disponível em: <http://independent.academia.edu/GeovanaFaza>. Acesso em: 24/05/2020.

A Cultura de Paz está intrinsecamente relacionada à prevenção e à resolução não violenta dos conflitos. É uma cultura baseada em tolerância, solidariedade e compartilhamento em base cotidiana, uma cultura que respeita todos os direitos individuais - o princípio do pluralismo, que assegura e sustenta a liberdade de opinião - e que se empenha em prevenir conflitos resolvendo-os em suas fontes, que englobam novas ameaças não-militares para a paz e para a segurança como exclusão, pobreza extrema e degradação ambiental. A Cultura de Paz procura resolver os problemas por meio do diálogo, da negociação e da mediação, de forma a tornar a guerra e a violência inviáveis.

Para as *Organizações das Nações Unidas (ONU)* ²³:

Cultura de Paz é um conjunto de valores, atitudes, modos de comportamento e de vida que rejeitam a violência, e que apostam no diálogo e na negociação para prevenir e solucionar conflitos, agindo sobre suas causas.

Pacificar um conflito com Justiça significa solucionar mediante consenso, não só a parte em discussão, mas questões inerentes à relação das partes como um todo, do início ao fim. Desta forma, o posicionamento doutrinário sempre apontou para uma abordagem construtiva da mediação no papel da pacificação social, pois esta aborda o conflito de forma colaborativa e não com competitividade, alimentando o diálogo e reaproximando as partes. Assim, seguiremos para uma breve análise do que é Conflito e quais são suas classificações.

O conflito pode ser visto como uma profunda falta de compreensão entre duas ou mais pessoas, causando um impasse. Mas, diante dessa nova perspectiva pacifista, teria o conflito um lado bom? Lima e Vaz citam autores que enfocam exatamente no lado positivo, enriquecendo o tema e nos capacitando a enxergar os benefícios das oposições. O conflito pode ser visto como uma excelente oportunidade de trabalhar o sentimento de empatia com o próximo, apesar de toda aparente confusão. Ademais, impulsiona mudanças verdadeiras e de qualidade para todos os envolvidos quando bem solucionados, o que traz pontos positivos para relações de forma geral.

Há três classificações dos conflitos:

1. Categoria psicológica: Com foco no indivíduo, estuda suas percepções, emoções, reações e motivações. Percebe-se aqui, que há muito ruído interno a ponto de

²³ LIMA, Fernanda e VAZ, Vânia. *op., cit.*, p. 2.

impossibilitar que este interaja de forma colaborativa no método da mediação. Todo o processo se torna inviável²⁴.

2. Categoria sociológica: Contempla o conflito dentro do processo social. Esta concepção vê a mediação como modelo de gerenciamento de conflitos²⁵.
3. Categoria psicossociológica: combina a categoria individual e a sociológica, situando a análise do problema na interação entre o indivíduo e os diferentes sistemas sociais. Vê a mediação como alternativa à gestão de conflitos²⁶.

Há também classificações acerca da intensidade do conflito²⁷, sendo:

1. Latente: As desavenças ainda encontram-se ocultas, não afloradas.
2. Emergentes: Foram reconhecidos, mas não discutidos.
3. Manifestos: Explícito e já posto em análise, porém permanece sem solução.

Ainda sobre o conflito, de acordo com sua abrangência²⁸:

1. Nível individual:

- a) Intraindividuais: Conflito interno.
- b) Interindividuais: Conflito entre partes. Mãe – filho; Marido – esposa.

2. Nível grupal²⁹:

- a) Intragrupal: conflito entre indivíduo e grupo ao qual pertence.
- b) Intergrupal: Conflitos entre grandes grupos. (Fernanda Vaz mediação familiar)

Para a Mediação, tais classificações são importantes para que o mediador possa identificar qual tipo de conflito irá enfrentar e, assim, aplique as técnicas adequadas na solução da discórdia referente ao caso concreto. Fundamental é saber qual a intensidade desta controvérsia, tendo em vista que, quando nos ligamos ao outro em uma relação afetiva, quando precisamos discutir com um irmão por um bem em comum não repartido de forma justa ou brigar pelo direito a visitação de um filho com outros parentes, entramos em um processo psicológico delicado, de certa forma um luto. Este luto se deve a falta de identificação com uma nova realidade, na qual expectativas restaram absolutamente frustradas em muitos casos. Por isso, resta comprovado que dependendo

²⁴ LIMA, Fernanda e VAZ, Vânia. *Mediação: o caminho para a disseminação de uma cultura de paz*. p. 4. Disponível em: <http://independent.academia.edu/GeovanaFaza>. Acesso em: 24/05/2020

²⁵ *Ibid.*, p. 4.

²⁶ LIMA, Fernanda e VAZ, Vânia. *op. cit.*, p. 4.

²⁷ *Ibid.*, p. 5.

²⁸ LIMA, Fernanda e VAZ, Vânia. *Mediação: o caminho para a disseminação de uma cultura de paz*. p. 5. Disponível em: <http://independent.academia.edu/GeovanaFaza>. Acesso em: 24/05/2020

²⁹ *Ibid.*, p. 5.

do estágio de intensidade de conflito que o indivíduo se encontre a mediação não será capaz de surtir efeitos.

Assim, em estudo a médica Suíça Klüber-Ross³⁰ menciona cinco estágios do chamado processo de luto, vejamos: negação, raiva, depressão, barganha e aceitação. Essa ordem não é sequencial e não passa por todos os estágios, mas, necessariamente, apresentará pelo menos dois momentos. A metodologia da Mediação exige de seus profissionais sensibilidade e técnica para que compreendam como de fato atingir o sofrimento humano para, assim, pacificá-lo.

Na negação o indivíduo encontra-se ainda em processo denso, sem condições de achar qualquer solução. Aqui, a mediação não surte efeitos, pois ainda há ressentimento e inconformação, fazendo com que a pessoa não tenha a capacidade de compreender a nova situação tal como ela é e, ao se tornar impossível sustentar essa realidade paralela, a negação da realidade é trocada pela fase da raiva.

Já na fase da barganha, verifica-se que o indivíduo busca *“algum tipo de acordo que adie o desfecho inevitável”*³¹. Assim, caso se torne possível o diálogo com o outro nesse momento, há de se alcançar a clareza sobre o fim, mas, para tanto, precisa aceitá-lo e isso pode ser construído.

A última etapa é a da aceitação e, nesse momento, discute-se abertamente sobre caminhos e soluções, sendo verdadeira a vontade de deixar o passado para trás.

Deste modo, percebemos que não há um período de tempo específico para se passar por essas fases, sendo a emoção humana imprevisível, cada indivíduo superará essas etapas de acordo com sua dinâmica interna e nenhuma decisão por sentença irá verdadeiramente apaziguar o conflito de forma definitiva. Qualquer imposição neste momento somente afasta a verdadeira pacificação da demanda, sendo fato que se submeter à decisão judicial difere completamente de compreender e, assim, apaziguar a controvérsia.

Nesse sentido a mediação alcança outros horizontes: desenvolve cuidadosamente a capacidade das partes de se tornarem protagonistas da situação conflituosa que integram, torna compreensível ao longo das sessões novas perspectivas, costura o início de toda controvérsia e torna viável o questionamento honesto acerca dos reais objetivos

³⁰ TARTUCE, Fernanda. *op. cit.*, p. 227.

³¹ *Ibid.*, p. 228.

almejados. A pacificação da lide torna-se possível através da construção paciente e comprometida de todos os envolvidos.

Em Seminário sobre Inovação e Mediação, realizado pelo *NUPEMEC/TJRJ*, o desembargador Cury³² abriu dizendo:

Vivemos um novo paradigma, de relacionamentos mais complexos, que demandam da sociedade civil organizada e dos poderes constituídos respostas mais democráticas, mais participativas e mais efetivas para as demandas da sociedade. O mundo vive um momento de compartilhamento de interesses e ações em benefício mútuo. (...) Não se pode negar o salto civilizatório quando a própria sociedade assume a - responsabilidade pela condução, ou pelo menos pela participação na construção do seu próprio destino.

Nas palavras de Cesar Cury, “salto civilizatório” define o impacto social da inclusão do Instituto da Mediação em nossa realidade, resgatando o indivíduo e suas responsabilidades, pois “à medida que estas ficam mais claras para as partes, também se clarificam para o Estado”³³.

Quais as vantagens da Mediação de Conflitos para as partes?

O Instituto da Mediação de Conflitos facilita que a disputa mude de face ao convocar os envolvidos a participar de forma não adversarial em suas próprias controvérsias. Digo, quando um conflito é estabelecido, somente entregá-lo a um terceiro com a expectativa de solução satisfatória, por vezes, frustra ainda mais a pacificação real deste. Dissertando de forma mais objetiva, em relações continuadas envolvendo vizinhos, alunos de uma mesma escola, membros de família, divorciandos, supervisores e empregados, por exemplo, as pessoas precisam continuar lidando umas com as outras. Ir ao Tribunal aumenta a hostilidade entre as partes e desuni ainda mais. A mediação enfoca o futuro, finalizando o problema e não a relação.

Muito se discute o papel da Mediação no ambiente escolar como ferramenta de construção da cultura pacifista. Em uma sociedade cada vez mais brutalizada pela constante banalização de valores, as instituições regulares de ensino se tornam um

³² CURY, Cesar. 2018. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/mediacao-no-momento-da-virada/>. Acesso em: 23/05/2020.

³³ DIAS, Maria Berenice. GROENINGA, Giselle *apud* TARTUCE, Fernanda. *op. cit.* p. 230.

excelente campo de reconstrução de princípios básicos nesse processo de transformação. O conflito é inevitável, alguns defendem que é inerente ao homem. Através da correta abordagem, podemos compreendê-lo como algo positivo, algo realmente transformador para as partes envolvidas. A questão principal é a dinâmica de abordagem, a forma como esse conflito será enfrentado. Catarina Morgado e Isabel Oliveira, em artigo publicado sobre o tema mediação escolar, contam como se iniciou o movimento pró-educação da paz no mundo.

Na década de 80, em São Francisco – Califórnia, o crescimento de mediações envolvendo jovens que participavam da mesma escola chamou atenção. Desta forma, em 1982, os chamados “*Community Boards de San Francisco*” estabelecem um trabalho conjunto com os centros de mediação comunitária e sistemas escolares³⁴. Em 1985, surge o Programa de resolução criativa de conflitos, visando mostrar aos jovens meios não violentos de solucionar seus conflitos na vida real; formas de compreender e valorizar o seu entorno e a diversidade cultural existente nele e, por fim, ensinar aos jovens o papel fundamental que exercem na “*construção de um mundo mais pacífico*”³⁵. No mesmo contexto de mediação escolar existem ações de sucesso na Argentina, Nova Zelândia, Canadá, França, Suíça, Bélgica, Alemanha, Espanha e outros. O benefício social foi demonstrado em todas as experiências, constituindo um verdadeiro aprendizado e crescimento pessoal para todos os envolvidos, sendo certo que o foco das resoluções foi o de criar um verdadeiro “espírito de colaboração, respeito e responsabilidade e não a uma cultura de culpa e imposição de soluções³⁶”.

Outrossim, é o rico retorno quando a mediação de conflitos é aplicada no tema família. Muitas são as transformações sociais acerca dos modelos tradicionais e diante de tantas inovações nada melhor do que o diálogo e a colaboração mútua para que resultados benéficos, em todos os sentidos, venham à tona. É notório que o ambiente familiar reflete no comportamento social dos indivíduos. A mudança é mais ágil quando vamos direto a origem da questão. Nos problemas afetos a dinâmicas familiares, ao voltarmos nosso olhar sem julgamentos, de forma amorosa para esse grupo familiar, veremos que todos, sem exceção, estão entrelaçados de alguma forma no resultado conflito. Há os que tomam

³⁴ MORGADO, Catarina e OLIVEIRA, Isabel. *Mediação em contexto escolar: transformar o conflito em oportunidade*, p. 45. 2009. Disponível em: file:///C:/Users/Adm/Downloads/Dialnet-MediacaoEmContextoEscolarTransformarOConflitoEmOpo-3398314.pdf. Acesso em: 24/05/2020.

³⁵ *Ibid.*, p. 46.

³⁶ *Ibid.*, p. 46.

consciência, sem vitimização, de sua responsabilidade e caminham em direção à solução. Nesse ponto, os operadores do Direito deveriam ser treinados em suas graduações para identificar a mediação como método ideal, pois aqui o Instituto é capaz de solucionar o conflito definitivamente de forma benéfica e integral para as partes. A mediação é multidisciplinar e, por isso, é capaz de tocar o âmbito legal, emocional, social e econômico, diminuindo drasticamente o número de processo nas Varas de família, quando bem aplicada e fomentada.

Sobre o tema mediação familiar, leciona Lima e Vaz³⁷:

A mediação familiar diagnosticará o conflito oculto e trabalhará para transformar as relações que se desgastaram ao longo dos anos pelas divergências de opiniões ou pela cristalização das posições. O processo de mediação costuma ser mais rápido que o judicial. Geralmente, com sete sessões, em média, é obtida a reaproximação das partes, habilitando-as a superar a divergência, a reconstruir o diálogo, a restabelecer o respeito, o que, sem dúvida, diminui o sofrimento, a insegurança e a angústia das partes. Não haverá ganhador e perdedor: ambos ganharão.

O Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de conflitos – NUPEMEC – do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro divulgou dados relativos a resultados de mediações judiciais de Janeiro e Fevereiro de 2020³⁸. Em Janeiro, o número de audiências de Mediação foi baixo e chegou a 363 audiências, tendo resultado em acordos 103 deste total, ou seja, a porcentagem foi de 28%. No mês de Fevereiro a porcentagem subiu diante do aumento de audiências, chegando a 669 audiências de mediação. A porcentagem foi de 41% diante dos 276 casos frutíferos em que as partes alcançaram um acordo. Desta forma, resta claro que não só no âmbito extrajudicial, mas também no judicial, o convite à colaboração no processo de pacificação das controvérsias deve ser estimulado. Por mais que os números pareçam baixos, com o devido estímulo e a crescente onda de consciência que vem se formando, será questão de tempo para que o Brasil desenvolva ainda mais políticas de solução consensuais de conflitos de extrema qualidade e competência. Com foco no bem estar das partes e, conseqüentemente, concretizando os pilares Constitucionais da Constituição Federal de 1988.

³⁷LIMA, Fernanda e VAZ, Vânia. *Mediação: o caminho para a disseminação de uma cultura de paz*. P. 7. Disponível em: <http://independent.academia.edu/GeovanaFaza>. Acesso em: 24/05/2020.

³⁸ Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/estat%C3%ADsticas1>. Acessado em: 24/05/2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Pacificação social constitui uma nova realidade que passou a caminhar em largos passos com o reconhecimento do Princípio do Acesso à Justiça em nossa Constituição Federal de 1988. Por um longo período, porém, compreendeu-se que procurar um terceiro para apaziguar conflitos pessoais era a decisão mais sensata a se tomar. Ocorre que dentro de uma perspectiva de pacificação social, fundamental se tornou o entendimento de que entregar a outrem as controvérsias assumindo uma postura de vítima diante dos conflitos inerentes à vida, não é salutar para nenhum dos envolvidos. É necessário participar de forma colaborativa na busca pela solução, buscando não só o entendimento do que foi explicitado, mas também a compreensão do que permanece oculto em todo o processo.

Ao compreender que é protagonista de sua própria história o indivíduo passa a tomar para si a responsabilidade de buscar saídas para o labirinto no qual se encontra e, assim, todo o conflito passa a ser totalmente diluído.

Informar os operadores do Direito e movimentar inúmeras mentes que defendem a utilização das práticas consensuais de resolução de conflitos em prol de soluções é o grande objetivo atual. O número de lides que sem o devido auxílio se converterão em demandas atualmente são incontáveis. Assim, a mediação, a conciliação e outros institutos capazes de resolver as controvérsias de forma definitiva vêm sendo apontadas há décadas como saída para a crise mundial instaurada, ou seja, fazer acordos, assumir responsabilidades, conversar de forma colaborativa sobre possíveis saídas e retornar ao espaço de fala voltou a ser o futuro. O mundo caminha para uma nova realidade. Não há mais espaço para monopólio, o diálogo precisa ser aberto. Precisamos dar aos indivíduos condições reais de igualdade de acesso à educação, à cultura, ao trabalho e não só à justiça. A justiça é o caminho para que outros direitos possam ser alcançados. A possibilidade de achar segurança no Poder Judiciário é requisito fundamental para que as leis não fiquem apenas no papel e os direitos humanos realmente se concretizem, tornando nosso espaço social mais pacífico e, conseqüentemente, humano.

REFERÊNCIAS

CURY, C. 2018. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/mediacao-no-momento-da-virada/>>. Acesso em: 23 de maio 2020.

CAPPELLETTI, M. GARTH, B. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. Tradução Ellen Gracie Northfleet. 1988. Disponível em: <<https://www.irib.org.br/app/webroot/publicacoes/diversos003/pdf.PDF>>. Acessado em: 22 de maio 2020.

LIMA, F. e VAZ, V. *Mediação: O caminho para a disseminação de uma cultura de paz*. Disponível em: <http://independent.academia.edu/GeovanaFaza>. Acesso em: 24 de maio 2020.

MAZZOLA, M. PINHO, H. D. B. *Manual de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva 2019.

MELLO, C. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Processo 2019.


MORGADO, C. e OLIVEIRA, I. *Mediação em contexto escolar: transformar o conflito em oportunidade*, p. 45. 2009. Disponível em: <file:///C:/Users/Adm/Downloads/Dialnet-MediacaoEmContextoEscolarTransformarOConflitoEmOpo-3398314.pdf>. Acesso em: 24 de maio 2020.

SADEK, M. *Acesso à Justiça: Porta de entrada para inclusão Social*. Rio de Janeiro. 2009. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-15.pdf>>. Acesso em: 18 de maio 2020.

TARTUCE, F. *Mediação nos conflitos civis*. Rio de Janeiro: Forense 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA dados disponíveis em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/estat%C3%ADsticas1>. Acessado em: 24 de maio 2020.

Capítulo 4
AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONCESSÃO DE
CUIDADORES ESCOLARES NA REDE PÚBLICA DE
ENSINO BÁSICO BRASILEIRO
Larissa Lemos Garzon



AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONCESSÃO DE CUIDADORES ESCOLARES NA REDE PÚBLICA DE ENSINO BÁSICO BRASILEIRO

Larissa Lemos Garzon

*Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia – UNAMA. Pós Graduanda em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Civil Lato Sensu pela Universidade Anhanguera Uniderp. Professora universitária e Advogada. Endereço eletrônico:
larissaflemos@yahoo.com.br.*

RESUMO

O presente artigo objetiva fazer, de modo sucinto, um breve passeio acerca das políticas públicas educacionais no que concerne o fornecimento de cuidador escolar na rede pública de ensino básico brasileiro, para pessoas com deficiência. Será mostrado as principais previsões legislativas acerca do tema, assim como, a existência de diplomas internacionais ratificados pelo Brasil.

Palavras-chave: educação inclusiva; cuidador; pessoa com deficiência; política pública.

ABSTRACT

This article aims to make a brief tour of public educational policies regarding the provision of school caregivers in the Brazilian public basic education network for people with disabilities. It will be shown the main legislative forecasts on the subject, as well as the existence of international diplomas ratified by Brazil.

Keywords: inclusive education; caregiver; disabled person; public policy.

Introdução

Com o avanço legislativo e jurisprudencial das últimas décadas, combinado com a implementação de políticas públicas educacionais, passou a ser assegurado aos alunos com deficiência um modelo de educação inclusiva onde se observasse as especificidades de cada um, assegurando, quando necessário, a concessão de leitor, mediador ou cuidador para atender a essas necessidades.

Esses profissionais devem ser tecnicamente preparados para acompanharem o aluno durante todas as etapas do processo de ensino-aprendizagem, com isso estão aptos para atenderem as particularidades necessárias, motivo pelo qual são considerados parte indispensáveis e indissociáveis do cotidiano escolar inclusivo.

Essa rede de apoio multiprofissional garante ao aluno com deficiência um significativo desenvolvimento intelectual, motor e de socialização, conferindo uma autonomia de aprendizagem difícil de ser alcançada sem esse acompanhamento específico, daí a importância do tema em questão.

O estudo será realizado através de pesquisa bibliográfica em obras que abordem os Direitos Humanos, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, a proteção às pessoas com deficiência, os direitos e garantias destinados ao público menorista em sede constitucional e infraconstitucional, e o direito social à educação.

O ordenamento jurídico brasileiro e sua regulamentação acerca do tema

Dessa forma, inicialmente, verificaremos a Lei Maior com a finalidade de conferir todo aparato jurídico que ela prevê no campo educacional para pessoas com deficiência.

Logo nos dispositivos iniciais, mais precisamente em seu art. 6º, a Constituição Federal atribui à educação um caráter fundamental ao lhe conferir o *status* de direito social. Em seu capítulo III que trata da “Educação, da Cultura e do Desporto”, menciona no art. 205 que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família. Neste compasso, o artigo subsequente, elenca como princípios constitucionais do ensino, à igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, assim como, a garantia de padrão de qualidade.

Mais adiante, o legislador prevê no art. 208, inciso III o dever do Estado para com a educação mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. O parágrafo 2º do mesmo dispositivo, menciona que a oferta irregular do ensino, importa em responsabilidade da autoridade competente.

Com base nisso, podemos dizer que temos um texto constitucional sensível aos anseios sociais e firmado em bases garantistas, preocupado em alcançar a todos nas mais diversas etapas educacionais. “A Constituição possui uma ‘força ativa de transformação: é

capaz de lutar para a superação de resistências', já que possui uma 'pretensão de eficácia'. A Constituição é hábil, então, para imprimir ordem e conformação à realidade política e social uma vez que não é apenas 'ser', mas também 'dever-ser'³⁹.

Além da previsão constitucional, que se caracteriza por ser nossa Lei Maior, diplomas infraconstitucionais também asseguram o direito a uma educação inclusiva e de qualidade as pessoas com deficiência, neste interim, temos a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, popularmente conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Em seu art. 27, o referido diploma, prevê que:

A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurado sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem. Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

Mas, para isso, na prática, se faz imprescindível a implementação de políticas públicas de educação inclusiva, com o condão de fornecer acesso e permanência de qualidade na escola, conforme assegura a Constituição.

Mas, antes de avançarmos no tema, é necessário, primeiramente, conceituarmos política pública, para que, consigamos muito mais que identifica-las, saber se sua criação, implementação e execução estão de acordo com o que preceitua a norma jurídica. Nesse compasso, Maria Paula Dallari Bucci assevera que política pública consiste em "microplanos ou planos pontuais, que visam a racionalização técnica da ação do Poder Público para a realização de objetivos determinados, com a obtenção de certos resultados"⁴⁰.

Para tanto, Bucci, complementa aduzindo que "a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p 151-152.

⁴⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. Editora Saraiva, 2006. pág. 27.

atingimento de resultados”⁴¹. Nessa esteira, Carvalho Filho, também nos traz importante lição:

“Políticas Públicas, por conseguinte, são as diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios das coletividades. (...) constituem a efetiva atuação dos órgãos públicos para alcançar seus fins⁴²”.

Reforçando a imprescindibilidade do estudo e o conceito de políticas públicas, Felipe de Melo Fonte nos ensina que:

“(...) é exatamente por isso que o estudo de políticas públicas avulta em importância no Brasil atual: primeiro, pela imensidão de tarefas que foram cometidas ao Estado com o advento da Constituição Federal de 1988; segundo, pela enorme carga tributária impingida à cidadania com o intuito de subsidiar a realização destes objetivos sociais. (...) Logo, as políticas públicas compreendem as ações e programas para dar efetividade aos comandos gerais impostos pela ordem jurídica que necessitam da ação estatal. Portanto são as ações levadas a cabo pela Administração Pública que se encaixam nesta definição. Além da tarefa especialíssima de dar efetividade às normas de direitos sociais, as políticas públicas também servirão aos direitos fundamentais (...)”⁴³

Desse modo, para que esse conjunto de ações (que caracteriza a política pública) tomadas pela Administração Pública atinja os resultados pretendidos, qual seja, a efetivação dos direitos fundamentais sociais, é necessário que se observe determinados ditames, como forma de assegurar a eficácia do resultado final pretendido. Doutrinariamente, é reconhecido algumas etapas específicas que dão ensejo a formação e execução das políticas públicas.

Para tanto, é necessário, que vejamos o ciclo das políticas públicas. Melo Fonte diz que “são identificadas, basicamente, quatro fases, que compreendem: (i) a definição da agenda pública; (ii) a formulação e escolha das políticas públicas; (iii) sua

⁴¹ RUA apud BUCCI. Op cit.,p. 40.

⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas Públicas**: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

⁴³ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Págs. 37 e 53.

implementação pelo órgão competente; e (iv) avaliação pelos diversos mecanismos previstos na Constituição e nas leis”⁴⁴. Vejamos separadamente cada uma delas:

Melo Fonte considera *definição da agenda pública* como decorrente:

“da percepção de um problema por parte do governo que demanda sua ação. (...) Os agentes eleitos (legisladores e administradores) são, por dever de ofício, os responsáveis por perceber e incluir na discussão pública determinado assunto relevante para a coletividade, mas isso não exclui a participação da sociedade civil (...)”⁴⁵.

A *formulação e escolha das políticas públicas*, intitulada como segunda fase, se caracteriza por sempre exigir:

“uma dupla habilitação legal, a saber: (i) pela sua recondução ao sistema jurídico de modo geral, por exigência do princípio da legalidade; (ii) pela obrigatoriedade de que os gastos públicos estejam devidamente previstos na lei orçamentária, o que se traduz na reserva de orçamento (ou princípio da legalidade orçamentária). Sem estas duas autorizações prévias, não pode o administrador seguir adiante no seu mister de formulação de políticas públicas”⁴⁶.

Quanto a *implementação das políticas públicas*, temos que:

“Aqui os planos e programas normativos deixam o mundo das ideias e convertem-se em ação efetiva do Estado. Esta se constitui da edição de atos administrativos para a alocação de servidores públicos em determinada atividade, realização de licitações, publicação de editais, realização de empenho e liquidação de despesas, enfim, de toda a atividade destinada à realização do planejamento estabelecido pela Administração para realizar a finalidade pública colimada”⁴⁷.

Já a *avaliação das políticas públicas*, enquanto quarta fase, se constitui no fato de:

“Os mecanismos constitucionais e legais de avaliação de políticas públicas são complexos e institucionalmente diversificados, tornando muitas vezes difícil estabelecer limites claros entre os papéis de um e outro órgão de poder (especialmente quanto ao papel do Poder Judiciário). (...) a Constituição determina o dever de prestação de contas ao público. Muito mais que um dever da Administração Pública, o acesso à informação é uma garantia fundamental da cidadania, conforme determinam os incisos XIV e XXXIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988”⁴⁸.

⁴⁴ Ibidem. p. 58.

⁴⁵ Ibidem. p. 58 – 59.

⁴⁶ Ibidem. p. 62.

⁴⁷ Ibidem. p. 66.

⁴⁸ Ibidem. p. 67 – 68.

Após as definições das etapas de política pública trazidas por Melo Fonte, se faz necessário verificar os elementos norteadores dessa política, pelo que, Bucci, os define como *ação coordenação, processo e programa*. Para Bucci⁴⁹, “a utilidade do elemento programa é individualizar unidades de ação administrativa, relacionadas aos resultados que se pretende alcançar”. Desse modo, para a autora, “a dimensão material da política pública está contida no programa. É nele que se devem especificar os objetivos a atingir e os meios correspondentes”.

Com isso, podemos dizer que os *programas* enquanto elementos constitutivos das políticas públicas se constitui em um verdadeiro plano de ação, contendo em seu bojo os elementos operacionais e todos os demais procedimentos a serem desenvolvidos no decorrer da implementação e execução daquela política.

Quanto ao elemento *ação coordenação*, Bucci menciona que o simples ato de pensar em política pública se caracteriza em buscar “a coordenação, seja na atuação dos Poderes Públicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, seja entre os níveis federativos, seja no interior do Governo, entre as várias pastas, e seja, ainda, considerando a interação entre organismos da sociedade civil e o Estado”⁵⁰.

Como último elemento, temos o *processo*. “O termo processo conota sequência de atos tendentes a um fim”, segue Bucci⁵¹ afirmando que, “outro aspecto do elemento processual no conceito de política pública é a consideração sistemática do fator temporal”. Desse modo, podemos dizer, que o conceito jurídico de política pública se baseia nesse tripé de elementos, *programa – ação coordenação – processo*.

Ultrapassadas as conceituações acerca das etapas e elementos da política pública, nos cabe tratar acerca das políticas públicas inclusivas educacionais no cenário brasileiro, mais precisamente, a concessão de cuidador escolar para pessoas com deficiência. Nesse viés, é inegável o avanço legislativo, doutrinário e jurisprudencial auferido nas últimas décadas no campo da educação inclusiva, ganhando ainda mais expressão social com intermédio de políticas públicas.

Sobre esse avanço bem expõe, Juliana Segalla e Taís Nader:

⁴⁹ Op. cit. p. 40 – 43.

⁵⁰ Ibidem. p. 44.

⁵¹ Ibidem. p. 45 – 46.

“Não se pode olvidar que a humanidade vem progredindo em relação às pessoas que têm deficiência. Os ganhos nessa área são notórios (embora ainda insuficientes). Apesar de ainda existir preconceito e desinformação, hoje praticamente não se encontra quem negue que as pessoas com deficiência têm direito à educação. Todavia, não basta apenas a declaração de um direito, mas é necessário que se analise sua efetivação, a forma como se está pondo em prática”⁵².

Como visto alhures, a Constituição Federal menciona em várias passagens de seu texto sobre a importância de se conferir uma educação real e de qualidade para o aluno que possua algum tipo de deficiência. Tanto a Constituição como os demais dispositivos infra legais, não fazem restrições quanto a esse acesso, tampouco admitem discriminações nesse tocante. Nesse sentido, além dos dispositivos constitucionais e do estatuto da pessoa com deficiência já citados anteriormente, temos outra gama de regulamentações que nos cabe mencionar aqui.

A Declaração de Salamanca⁵³ (1994), da qual o Brasil é signatário, estabelece em suma, que os Estados devem assegurar a educação de pessoas com deficiência como parte integrante do sistema educacional. Neste sentido, a referida Declaração considera como princípio fundamental da escola inclusiva:

“(…) o de que todas as crianças devem aprender juntas, sempre que possível, independentemente de quaisquer dificuldades ou diferenças que elas possam ter. Escolas inclusivas devem reconhecer e responder às necessidades diversas de seus alunos, acomodando ambos os estilos e ritmos de aprendizagem e assegurando uma educação de qualidade à todos através de um currículo apropriado, arranjos organizacionais, estratégias de ensino, uso de recurso e parceria com as comunidades. Na verdade, deveria existir uma continuidade de serviços e apoio proporcional ao contínuo de necessidades especiais encontradas dentro da escola”⁵⁴.

Seguindo este viés, vieram ainda a Declaração de Direitos Humanos, o Decreto 6.094/07, que visa a mobilização social pela melhoria da qualidade da educação básica, o

⁵² SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; MARTA, Taís Nader. **Direito à educação inclusiva: um direito de TODOS**. 1^o ed. São Paulo: editora Verbatim, 2013. p. 72.

⁵³ A Declaração de Salamanca é considerada um dos principais documentos mundiais que visam a inclusão social, ao lado da Convenção de Direitos da Criança (1988) e da Declaração sobre Educação para Todos de 1990. Ela é o resultado de uma tendência mundial que consolidou a educação inclusiva, e cuja origem tem sido atribuída aos movimentos de direitos humanos e de desinstitucionalização manicomial que surgiram a partir das décadas de 60 e 70. Disponível em: <https://www.educabrasil.com.br/declaracao-de-salamanca/>. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

⁵⁴ **Declaração de Salamanca**, 1994. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

Decreto 6.571/08, que dispõe sobre o atendimento educacional especializado e a Lei 12.764/12 que institui a política nacional de proteção dos direitos da pessoa com transtorno do espectro autista.

É importante destacar o §1º, art. 58 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional que prevê “haverá, quando necessário, *serviços de apoio especializado*, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial”⁵⁵. O Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”, em seu art. 54, inciso III⁵⁶.

Esse vasto leque de previsões legais e declarações, dos quais o Brasil se tornou signatário, impulsionou a implementação de políticas públicas inclusivas que são fundamentais na seara educacional, conferindo destaque ao fornecimento de cuidador escolar, objeto do presente artigo. Veja, a base de sustentação dessas políticas é justamente o fato de poder, na prática, ser ofertado um modelo educacional inclusivo que consiga absorver as especificidades de cada aluno, assegurando, quando necessário, o acompanhamento de ledor, mediador ou cuidador.

É sabido que esses “multiprofissionais” são responsáveis por garantir ao aluno com deficiência uma maior autonomia e segurança no âmbito escolar, conferido avanços nos aspectos atinentes ao desenvolvimento intelectual e motor desse aluno, além de propiciar uma maior socialização ao mesmo. Portanto, sem esses profissionais, a autonomia de aprendizagem desses estudantes restaria significativamente comprometida ou até mesmo impossível de ser conseguida dependendo do tipo e grau da deficiência.

Ademais, imperioso considerarmos que dependendo do caso, se faz necessário que esse profissional especializado fique à disposição de um único aluno, criando, assim, uma rotina de acompanhamento e cuidados exclusivos. Por sua vez, essas particularidades exigem do Estado (ou pelo menos deveria) uma organização orçamentária e um levantamento prévio com a finalidade de se auferir o quantitativo de alunos que precisarão dispor desses profissionais.

⁵⁵ **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

⁵⁶ **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

Outrossim, muito mais que reconhecer a importância e necessidade dos cuidadores na rotina escolar de alunos com deficiência, é preciso também conferir meios para que esses profissionais se qualifiquem e atualizem, propiciando assim, um atendimento cada vez mais humanizado e especializado diante das restrições daquele estudante. Outro ponto que merece destaque está ligado a estrutura escolar, que deve estar sempre apta a comportar de modo seguro e acessível pessoas com e sem deficiência. Nesse sentido:

“Os sistemas de ensino devem organizar as condições de acesso aos espaços, aos recursos pedagógicos e à comunicação que favoreçam a promoção da aprendizagem e a valorização das diferenças, de forma a atender às necessidades educacionais de todos os estudantes. A acessibilidade deve ser assegurada mediante a eliminação de barreiras arquitetônicas, urbanísticas, na edificação – incluindo instalações, equipamentos e mobiliários – e nos transportes escolares, bem como as barreiras nas comunicações e informações”⁵⁷.

No entanto, apesar da inegável importância que esses profissionais possuem para o processo de inclusão escolar, a realidade é bem avessa a isso tudo. De pronto, não possuímos uma regulamentação legal específica que abarque essa categoria, conseqüentemente, carecemos de previsões quanto ao tipo de formação e necessidade de especialização desse profissional. Também não se dispõe acerca do regime de contratação, jornada de trabalho, remuneração e demais elementos necessários para conferir total segurança a esse profissional.

A insuficiência no número desses profissionais ou simplesmente a ausência de programas de atualização e capacitação para os mesmos, é um dos principais entraves na efetivação da inclusão educacional, já que o baixo quantitativo ou a não contratação desses cuidadores gera diretamente a esse aluno o cerceamento das suas possibilidades de desenvolvimento, impossibilitando que esse aluno usufrua na sua essência as garantias constitucionais e infraconstitucionais previstas no ordenamento jurídico pátrio.

Considerações finais

Desse modo, vislumbramos haver uma enorme lacuna entre o que a lei prevê e a forma como a mesma vêm sendo aplicada (des) priorizada. Portanto, para que essa

⁵⁷ BRASIL. Ministério da Educação. Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva. 2008. Brasília: Presidência da República, 2008. p. 13.

realidade seja alterada, é necessário que haja a implementação maciça de políticas públicas que busquem justamente coordenar o quantitativo suficiente de profissionais, forma de ingresso na rede pública de ensino, piso salarial, formação e capacitação adequada.

Com a priorização de políticas públicas específicas nesse sentido, conseguiremos chegar o mais próximo possível da educação inclusiva real e de qualidade, a mesma educação que previu o legislador em tantas passagens legais dos mais variados diplomas, incluindo, os ratificados pelo Brasil no cenário internacional. Considerar, respeitar e priorizar as diferenças é o maior passo que podemos dar em busca da efetivação da educação inclusiva de qualidade.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal; Centro Gráfico, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**.

Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. Editora Saraiva, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas Públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; MARTA, Taís Nader. **Direito à educação inclusiva: um direito de TODOS**. 1ª ed. São Paulo: editora Verbatim, 2013.

Declaração de Salamanca, 1994. Disponível em:


<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>. Acesso em: 30 de outubro de 2022.

Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm . Acesso em: 30 de outubro de 2022.

Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm . Acesso em: 30 de outubro de 2022.

BRASIL. Ministério da Educação. Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva. 2008. Brasília: Presidência da República, 2008.

Capítulo 5
ASPECTO CONSTITUCIONAL DO MÉTODO ADEQUADO
DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO PELA CONCILIAÇÃO NAS
RELAÇÕES DE CONSUMO ATRAVÉS DO PROCON
Ronaldo Pinheiro Sérgio



ASPECTO CONSTITUCIONAL DO MÉTODO ADEQUADO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO PELA CONCILIAÇÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO ATRAVÉS DO PROCON

Ronaldo Pinheiro Sérgio

Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Estácio de Sá/RJ (UNESA), na linha de pesquisa: Acesso à Justiça e Efetividade do Processo. Pós-Graduado em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor, Pós-Graduação em Direito Civil e Processo Civil na Universidade Estácio de Sá/RJ (UNESA). Bacharel em Direito na Universidade Estácio de Sá/RJ (UNESA). E-mail: ronaldopinheirosergioadv@gmail.com

RESUMO

O presente artigo paper é caracterizado como ensaio, pois é parte inicial de uma pesquisa em desdobramento sobre as normas de Direito Constitucional e Processual Civil. Tem como tema “Aspecto Constitucional do Método Adequado de Resolução de Conflito pela Conciliação nas Relações de Consumo Através do PROCON”, sob a ótica no Novo Código de Processo Civil. Este trabalho tem por objetivo analisar a efetividade da audiência de conciliação no PROCON. Pretende de forma específica expor as principais particularidades da conciliação, bem como sua importância e aplicabilidade nas relações de consumo. O tema é bastante interessante e útil nos dias atuais, tanto para os acadêmicos, quanto para os operadores do Direito. Neste trabalho buscou-se demonstrar a importância e relevância da conciliação e efetividade do acesso á justiça. A pesquisa para o paper foi baseada em método descritivo, qualitativo, doutrinas, artigos, legislações e também através da internet. Por fim, conclui-se que, o acesso á justiça não se dar apenas por meio do Poder Judiciário, mais também por meios alternativos de resolução de conflitos notadamente pela conciliação, conforme objeto deste estudo. Que a audiência de conciliação no PROCON tem efetividade. O que de fato permite maior celeridade, desburocratização, eficiência, diante da boa vontade das partes em querer resolverem seus conflitos de consumo na busca da tão sonhada pacificação social sem traumas.

Palavras-chave: PROCON, Acesso á Justiça, Conflito, Consumo, Conciliação.

ABSTRACT

This article is characterized as on essay, as it is the initial per of a research in progress on the norms of Constitutional Law and Civil Procedure. Its theme is “Constitutional Aspect of the Adequate Method of Conflict Resolution by Conciliation in Consumer Relations Through PROCON”, From the perspective of the New Code of Civil Procedure. This work has on analyzable objective in the PROCON of the conciliation hearing. A specific form of export is intended as the main particularities of conciliation, as well as its importance and applicability in consumer relations. The topic is quite interesting these days, both for useful employees and for law officials. In this work we sought to demonstrate and access

the conciliation and importance of justice. The research for the paper was based on a descriptive, qualitative method, doctrines, articles, legislation and also through the internet. Finally, it is concluded that the access Will not only take place through the Judiciary, but also through alternative means of conflict resolution, notably through conciliation, object of this study. That the hearing ar PROCON has conciliation attention. What in fact allows great speed, less bureaucracy, efficiency, given the willingness of the parties to want to resolve their consumer conflicts in the search for such trauma social pacification without dreams.

Keywords: PROCON, Access to Justice, Conflict, Consumption, Conciliation.

INTRODUÇÃO

O presente artigo paper se propõe a analisar o Aspecto Constitucional do Método Adequado de Resolução de Conflitos pela Conciliação nas Relações de Consumo Através do PROCON, sobre o princípio constitucional do acesso á justiça ora prevista no artigo 5º, inciso, XXXV, da Carta de República de 1988, o artigo 3º, parágrafo 3º do Código de Processo Civil (CPC), bem como a Resolução nº: 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). ainda que, a defesa do consumidor está consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 no art. 5º, XXXII, elevando-a, pois, a um direito fundamental de 3ª geração, além de no art. 170, V, a princípio da ordem econômica e financeira. Na seara infraconstitucional, o consumidor é protegido pela Lei 8.078/90

O tema é de grande relevância, social no que se refere a celeridade em resolver os conflitos de consumo, diante dos os momentos atuais que afetam toda sociedade, tendo em vista o grandioso número de ações que abarrotam o Poder Judiciário e também, o número alarmante de lesões aos direitos dos consumidores, ferindo com isso toda sociedade civil, o que de fato se levou a realizar tal estudo.

Diante desse cenário, de um enorme volume de processos tramitando no Poder Judiciário, da existência de métodos alternativos para tratar conflitos, da aplicação e da eficácia das normas do Código de Defesa do Consumidor e da conciliação como forma de resolução de conflitos, apresenta-se a seguinte problemática: Que consiste em investigar se a conciliação extrajudicial através do PROCON fere o princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição?

Assim, o presente trabalho tem como objetivo geral verificar se os métodos extrajudiciais de pacificação de conflitos são uma boa escolha frente a solução de contendas.

De forma específica, buscou-se apontar aspectos relevantes sobre a proteção do consumidor; descrevendo a atuação do PROCON e analisando as audiências de conciliação, assim como expor as principais vantagens e desvantagens da conciliação extrajudicial, sua importância e aplicabilidade nas relações de consumo.

Será investigado se entre consumidor e fornecedor é comum a ocorrência de conflitos oriundos de defeitos e falhas nas prestações de serviços. Também se em razão da morosidade na resolução de conflitos de consumo, a conciliação tornou-se opção célere, eficaz e de baixo custo para que seja garantida, a efetividade do acesso à justiça.

Este trabalho pretende demonstrar que é possível sim dar garantia constitucional de acesso à justiça a toda sociedade. O artigo foi elaborado através de pesquisa método descritivo, qualitativo, bibliográfica, com fundamentos na consulta à doutrina, artigos, legislações e também através da internet. O desenvolvimento desta pesquisa é no sentido de demonstrar que a conciliação através do PROCON é um dos meios alternativos eficazes para dar maior efetividade no acesso à justiça.

1. ASPECTO CONSTITUCIONAL

1.1. Constitucionalismo

Tem-se entendido que o período Moderno foi marcado pela consolidação do Estado de Direito ao longo do século XIX, mormente com o predomínio da Razão e Ciência Jurídica defendida pelo ideal positivista de Hans Kelsen.

Impede observar que, a aplicação deste sistema puro e idealizado, objetiva a segurança jurídica pautada na aplicação de um direito completo e autossuficiente. Na dogmática jurídica não há espaço para o papel criativo do Juiz ou da filosofia, pois o direito está resumido à “lei” e organizado sob um sistema piramidal, em que a Constituição ocupa o lugar mais importante do ordenamento jurídico.

Sendo assim, sob uma base racional lógico-dedutiva, a interpretação jurídica se limita a uma simples subsunção da norma ao caso concreto, eis que eventuais lacunas são preenchidas pelo costume, analogia e princípios gerais do direito. O positivismo volta seu conhecimento apenas para sua estrutura, sem qualquer reflexão sobre o seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade.

Por esta razão, a dogmática jurídica sofreu uma grande crise como término da Segunda Grande Guerra Mundial, dando espaço para o surgimento de teorias jurídicas pós-positivistas e ascensão do Poder Judiciário no Direito Contemporâneo.

1.1.1. Do acesso à justiça

Necessário se faz destacar a definição de acesso à justiça trazida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

(...) acesso à Justiça é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 08).

Após, com o surgimento da Teoria da Repartição dos Poderes, consagrada através da obra *Espírito das Leis* de Montesquieu, que definiu os três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário e suas limitações mútuas, o Estado passou a aplicar e definir o que seria Direito através da regulamentação das relações.

Além disso, em razão da obrigatoriedade do Estado oferecer a tutela jurisdicional à sociedade, deu início à instituição de novos instrumentos que pudessem efetivar, de forma ampla, o acesso à justiça, como por exemplo, a implementação de garantia constitucional do acesso à justiça.

Tal garantia constitucional é resultado de uma longa evolução histórica, além de ser considerada uma grande necessidade social que em razão de sua magnitude restou arrolada entre os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta da República.

A Constituição Federal de 1988 passou a prever de forma expressa o direito ao acesso à justiça, nos termos do artigo 5º, XXXV, CRFB/88, dispondo que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL, 1988, on-line).

Ademais, cabe salientar que a Constituição Federal demonstra de forma certa a ligação do acesso à justiça ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, que dispõe acerca da impossibilidade do Estado de negar soluções a quaisquer conflitos em que algum indivíduo alegue lesão ou ameaça de direito.

Dessa maneira, através do direito de ação, todo cidadão poderá postular em juízo qualquer direito lesado ou ameaçado.

Na mesma linha de raciocínio, o atual presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) Ministro Luiz Fux leciona:

O direito de agir, isto é, o de provocar a prestação da tutela jurisdicional é conferido a toda pessoa física ou jurídica diante da lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo e tem sua sede originária [...] na própria Magna Carta. (FUX, 2004, p. 144). Além disso, Mauro Cappelletti e Bryant Garth afirmam que:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental, o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETI; GARTH, 1988).

Em verdade, a intervenção do Estado era limitada e o acesso à justiça restringia-se à verificação da aptidão dos particulares para litigar. Com o advento das Sociedades Laissez-faire, a evolução dos conceitos de direitos humanos e o caráter coletivo das “declarações de direitos” dos séculos XVIII e XIX, deram grande ênfase ao reconhecimento dos direitos sociais, bem como uma noção de efetividade destes através de uma atuação positiva do Estado.

Nesse diapasão, a doutrina passou a se inclinar para a garantia constitucional de princípios aptos a ensejarem maior facilidade e instrumentalidade das demandas judiciais para a efetividade dos direitos.

De acordo com os ensinamentos dos Professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988.p. 11) asseveram os autores que “o direito do 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 efetiva reivindicação”

De resto, deve ser observado que a garantia constitucional do direito ao acesso à justiça corresponde não só a obrigação do Estado em prestar tutela jurisdicional ao cidadão, mas também o dever do Estado adotar meios que facilitem e viabilizem o pleno acesso à justiça.

E é nesse contexto que surge os métodos adequados de resolução de conflitos, onde a conciliação é um dos meios alternativos para se resolver os conflitos de consumo através do PROCON tendo como garantia de efetividade do acesso á justiça.

1.1.2. Equivalentes Jurisdicionais

No que concerne aos equivalentes jurisdicionais, esses equivalentes são como formas não jurisdicional de solução de conflitos que funcionam como técnica de tutela de direitos, resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas, como assinala o insigne Fredie Didier Júnior⁵⁸.

Ainda, falando acerca dos equivalentes, o Desembargador Humberto Dalla Bernadina Pinho e a professora Karol Araújo Durço ambos associaram a atividade jurisdicional e a presença dos equivalentes jurisdicionais como reflexos dos modelos de Estado dos séculos XVIII ao XX⁵⁹.

Em razão disso, dessas ilações, foi possível observar que a presença dos equivalentes jurisdicionais era incompatível tanto no Estado Liberal quanto no Estado Social por diferentes razões.

Á bem da verdade que, com o advento do Estado Democrático de Direito, os equivalentes jurisdicionais passaram a exercer um papel de maior destaque no ordenamento jurídico, pois iniciou-se uma efetiva participação dos consorciados jurídicos na realização dos fins estatais.

Assim, a figura mítica do Juiz foi paulatinamente superada e a prestação jurisdicional passou a conceber uma lógica baseada no discurso e racionalidade comunicativa.

Com efeito, destacam-se como principais exemplos de equivalentes jurisdicionais a autotutela, autocomposição, mediação, a conciliação e o julgamento de conflito por tribunais administrativos (solução estatal não jurisdicional de conflitos).

⁵⁸ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: Jus Podium, 2015, p. 277

⁵⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernadina de Pinho. DURCO, Karol. A mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional, disponível em <<http://www.humbertodalla.com.br>> Acesso em 08 de Junho de 2022

2. MÉTODO ADEQUADO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: CONCILIAÇÃO

2.1. A Conciliação

Necessário se faz dizer que, a Conciliação é um instrumento de resolução de conflitos, onde um terceiro, neutro e imparcial, denominado como Conciliador, auxilia as partes através da facilitação do diálogo entre si, a fim de que sejam definidos os interesses e as questões a serem solucionadas, por meio de uma orientação pessoal e direta, buscando um resultado satisfatório para ambas as partes. Onde se objetiva que as partes envolvidas, cheguem a um consenso sem traumas.

A conciliação tem a sua previsão na Resolução 125 de 2010 pelo CNJ, onde formalizou o tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, fomentando a disseminação da cultura de pacificação social. Criando com isso, os primeiros movimentos conciliatórios.

Há de convir que, se o consumidor tem seu direito lesado, então diante do que dispõe no art. 5º, XXXII, que elevou o direito do consumidor, a um direito fundamental de 3ª geração, além de no art. 170, V, a princípio da ordem econômica e financeira. Nesta seara infraconstitucional, o consumidor é protegido pela Lei 8.078/90. Então, tem o consumidor direito de resolver o conflito de consumo pelo método alternativo, conciliação.

De fato, a conciliação ela vem ganhando amplo destaque no cenário jurídico brasileiros, já que também encontra positivada no CPC, no artigo 3º, parágrafo 3º, 165, 166, 167 e seus parágrafos todos do mesmo diploma legal, o CPC.

2.1.1. Vantagens e desvantagens da conciliação

Com relação às vantagens, Tartuce colhe da doutrina as seguintes: o protagonismo das partes; a obtenção de resultados rápidos; a confiabilidade do procedimento; baixos custos; a ampliação da gama de opções e meios compositivos ao cidadão; o aperfeiçoamento do sistema de justiça estatal; a interação produtiva entre os indivíduos; a prevenção de futuros impasses; o cumprimento espontâneo das decisões; e o fortalecimento psicológico das partes.

Na conciliação observa-se maior respeito nos interesses dos envolvidos, pois os atos são efetivamente espontâneo onde cada um cede uma parte a fim de chegar a um denominador comum que é o consenso. Tudo isso de forma célere e com economia de tempo e de valores.

Destacam-se ainda dentre as vantagensno uso da conciliação; a celeridade, o senso de autorresponsabilidades, pois as partes chamam para si a responsabilidade de resolver o conflito de consumo de forma amistosa, administrativa, extrajudicial. O que de fato vai gerar como resultado a satisfação dos envolvidos por terem chegado ao consenso sem traumas.

Ainda, ao fazer uso da conciliação extrajudicial, há de se ter menos gastos econômicos, já que via de regra não há custas judiciais e honorários advocatícios. Isto sem contar que é mais rápido, sigiloso, uma vez que se reduz a exposição social das partes envolvidas no conflito.

Por outro lado, no que se refere as desvantagens da conciliação, como assina Fernanda Tartuce ao destacar da doutrina as seguintes desvantagens quanto à utilização de meios alternativos à jurisdição estatal: a privatização da justiça (retira-a do Estado, enfraquecendo-o); a falta de controle e confiabilidade nos procedimentos e decisões (sem transparência e lisura); a exclusão de certos cidadãos e a relegação do contexto de uma “justiça de segunda classe”; a frustração do jurisdicionado; e o enfraquecimento do direito e das leis.

Acrescente-se ainda que, as desvantagens da conciliação, ela está ligada a lesividade dos acordos, pois seria uma desvantagem pontual de grande relevância para o estudo da conciliação, uma vez que sua incidência obsta a pacificação social, que de fato é o objetivo da prestação jurisdicional e da utilização dos mecanismos alternativos de solução de conflitos

2.1.2.A conciliação no PROCON-RJ

Insta salientar que, no Brasil se aspira à necessidade da criação de uma representação dos consumidores, tais como o Ombdsman do Consumidor (Conselho Público de Reclamações), da Suécia e das diversas Comissões de Conciliação para Queixar dos Consumidores, da França, órgãos governamentais dos interesses da coletividade.

Neste tópico refletir-se-á sobre a atuação do PROCON-RJ como instância administrativa de composição e solução de conflitos de consumo entre consumidores e fornecedores de produtos e serviços, bem como seus limites e obstáculos que inviabilizam ou dificultam a missão constitucional de defesa dos interesses e direitos dos consumidores.

Á bem da verdade que, a prática cotidiana dos atendimentos realizados pelo PROCON no Estado do Rio de Janeiro tem revelado que os consumidores, ao buscarem a tutela administrativa de suas pretensões consumeristas, não manifestam interesse de provocar a sanção estatal contra o fornecedor do produto ou serviço, traduzido na simples aplicação de multas e inscrição de seu nome no Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas.

Vale ainda dizer que, o fornecedor de produtos e serviços, ao ser demandado no PROCON-RJ pelo consumidor, poderá promover a resolução imediata da reclamação ou por meio do Processo de Reclamação. Terá então duas oportunidades para atender ao conflito de consumo, se fundamentadas a pretensão do consumidor.

Importante se faz dizer que, nos seus movimentos internos a conciliação, o PROCON-RJ busca evidenciar as qualidades da resolução imediata do conflito para os contendores e de que a solução por eles construída é mais salutar que aquela decidida por um terceiro, com poder para dizer o direito.

Acrescente-se ainda que, ao garantir ao consumidor a fazer uso dos métodos adequados de resolução de conflitos, no caso em análise, a conciliação via PROCON, além de garantir a efetividade do acesso á justiça, estar-se-á por dar uma ampla dignidade a pessoa humana, no caso objeto de estudo, dignidade ao consumidor que se encontra diante de um conflito de consumo.

Numa sociedade que caminha a passos largos, onde se busca além de atende os reclames da sociedade, tem-se buscado também economizar com gastos excessivos por todos os números de ações judiciais que tramitam no Poder Judiciário.

De maneira específica, tem o intuito de analisar as formas consensuais de resolução de conflitos, o significado da lide sociológica na realidade do Judiciário, bem como a importância da comunicação na mediação e conciliação e o efeito da interdisciplinaridade consolidada entre direito e psicologia, culminando na aplicação de técnicas desenvolvidas pela ciência da psicologia como amparo à justiça plena. Para o

desenvolvimento do estudo foram adotados os métodos dedutivo, monográfico e bibliográfico.

Uma “justiça” extrajudicial, sem sua formalidade, onde fornecedor e consumidor podem resolver seus entraves, conflitos de consumo de forma mais célere, econômica, responsável e alcançar o consenso sem traumas, afinal na conciliação não há perdedor, aqui na conciliação extrajudicial através do PROCON todos cedem um pouco de seus “direitos” e efetivamente todos saem ganhando.

3. SISTEMA NACIONAL DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

3.1. Princípio da inafastabilidade do Judiciário x conciliação extrajudicial via PROCON

Como já mencionado em tópico anterior, o princípio da inafastabilidade do judiciário ele tem sua previsão na Carta da República de 1988, onde por esse dispositivo não deve haver condicionante ou limite de acesso á justiça e conciliação extrajudicial via PROCON é mais um meio do consumidor resolver os conflitos de consumo. É mais uma ferramenta para desafogar o Poder Judiciário abarrotado de ações.

Portanto, em resposta a se a conciliação extrajudicial através do PROCON fere o princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição? A resposta é NÃO, conforme prevê a inteligência do artigo 5º INCISO XXXV da Carta da República de 1988 e artigo 51, XVII do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Trata-se cláusula abusiva, condicionar ou limitar de qualquer forma o acesso á justiça, no que concerne o método adequado para resolver conflitos de consumo.

Não há óbice que impeça com que a conciliação extrajudicial via PROCON seja um empecilho para que afaste o consumidor a não demandar ação no Poder Judiciário. Até porque, se a audiência no PROCON a fim de resolver conflitos de consumo não alcançar o consenso, poderá efetivamente o consumidor dar entrada na ação judicial na justiça.

Considerações finais

A presente pesquisa não teve qualquer intenção de mitigar o relevante papel do Poder Judiciário, o qual continua tendo significativa função de guardião direitos constitucionais,

De fato, a intenção foi de fomentar, o método adequado de resolução de conflitos notadamente, a conciliação extrajudicial, uma vez que demonstra ser mais apto, flexível e ser mais usual na resolução de conflitos de consumo.

O trabalho apontou aspectos relevantes sobre a resolução de conflitos por meio da conciliação através do PROCON, garantido a efetividade do acesso á justiça. Demonstrou as vantagens e desvantagens no que concerne a conciliação extrajudicial. Além disso, abordou-se a atuação do PROCON e sua efetividade nas audiências de conciliação.

No NCPC, como o legislador garante o acesso à justiça, exalta-se as virtudes da solução consensual de conflitos, sendo o Estado responsável em promover essas práticas sempre que possível, conforme expressa o NCPC que, em seu art. 3º, parágrafo 3º, onde, tenha-se a conciliação, como um dos métodos alternativos de resolução de conflitos.

No tocante ao questionamento da problemática: Se a conciliação extrajudicial através do PROCON fere o princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição? NÃO. Uma vez que, conforme prevê a inteligência do artigo 5º INCISO XXXV da Carta da República de 1988 e artigo 51, XVII do CDC. Trata-se cláusula abusiva, condicionar ou limitar de qualquer forma o acesso á justiça, no que concerne o método adequado para resolver conflitos de consumo.

Observou neste artigo que é possível observar que o acesso à Justiça não compreende apenas o acesso ao Poder Judiciário, indo além da possibilidade de proporcionar o ingresso de uma ação judicial.

Que se faz necessária a adoção de uma mudança de mentalidade das partes envolvidas, a fim de tentar equacionar o problema do imenso número de ações judiciais que abarrotam o Poder Judiciário.

Sendo certo que os métodos alternativos de resolução de conflitos por meio da conciliação via PROCON, há de diminuir significativamente as ações demandadas na justiça e com isso, há de garantir efetividade de toda sociedade consumerista acesso á justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 15 de Junho de 2022.

Ibid., artigo 5º inciso XXXV da CRFB/1988

Ibid., artigo 5º inciso XXXII da CRFB/1988

Ibid., artigo 170 inciso V da CRFB/1988

CAPPELLETTI, MAURO; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

Ibidem. P. 11.

CDC. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 23 de junho de 2022.

CPC. Código de Processo Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-

[2018/2015/Lei/L13105.htm#art1072](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1072)> Acesso em: 10 de junho de 2022.

Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, Brasília, DF. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/atosadministrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/>>. Acesso em: 15 de junho de 2022.

DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: Jus Podium, 2015.


FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: forense, 2004

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de Pinho. DURCO, Karol. A mediação e a Solução dos Conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional, disponível em: <<http://www.humbertodalla.com.br>> Acesso em 08 de Junho de 2022

TARTUCE, Fernanda. Conciliação e Poder Judiciário. Disponível em:

<<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2019/01/Concilia%C3%A7%C3%A3o-questionamentos-FernandaTartuce-versao-parcial.pdf>> Acesso em 20 de junho de 2022.

Capítulo 6
O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS COMO TUTELA DA
IGUALDADE NA “SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO”: UMA
ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR
Danielle Fernandes Farias do Val



O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS COMO TUTELA DA IGUALDADE NA “SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO”: UMA ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR

Danielle Fernandes Farias do Val

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá; Pós-Graduada em História do Brasil pela Universidade Cândido Mendes; Bacharel em História pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e em Direito pela Universidade Estácio de Sá.

farias.daniellef@gmail.com

RESUMO

A proposta desse estudo é analisar como o direito fundamental à proteção de dados pessoais, o qual foi incluído ao rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988) por meio da Emenda Constitucional nº 115 de 2022, ultrapassa a dimensão do direito à privacidade e vincula-se à tutela da igualdade na “Sociedade em Redes”, como chamada por Manuel Castells. Considerando-se que os dados pessoais, incluindo os de natureza sensível, são objeto de massiva coleta e tratamento e se converteram em projeção da pessoa, tornando-se sujeitos às decisões automatizadas – inclusive para finalidades discriminatórias ilegais e ilegítimas, ameaçando o livre desenvolvimento da personalidade e a igualdade e que a criação de leis visando a proteção de dados pessoais por diversos países demonstram a importância a que o tema foi alçado. Assim, analisaremos como essa tutela, sem desvincular-se da preocupação com segurança da informação e privacidade, torna-se um problema que interessa profundamente aos mais diversos campos do conhecimento e, sobretudo, aos direitos humanos pelas múltiplas implicações e possibilidade de violações à personalidade dos titulares dos dados, o que requer uma abordagem multidisciplinar, que inclui a compreensão de que a tecnologia da informação e a lógica dos algoritmos não estão dissociadas das sociedades que as produzem e podem servir ao aprofundamento de desigualdades sociais. Adotou-se como metodologia nesse estudo a pesquisa bibliográfica, a partir de revisão da literatura produzida sobre os temas abordados, e adota-se como hipótese de trabalho que a efetivação do direito à proteção de dados pessoais requer um olhar mais amplo, que ultrapassa o campo jurídico e o da tecnologia.

Palavras-chave: Direito fundamental à proteção de dados pessoais; privacidade; igualdade; direitos fundamentais.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze how the fundamental right to personal data protection, which was included in the list of fundamental rights and guarantees of art. 5º of the Constitution of the Federative Republic of Brazil (1988) through Constitutional Amendment nº 115 of 2022, goes beyond the dimension of the right to privacy and is linked to the protection of equality in the “Network Society”, as called by Manuel Castells.

Considering that personal data, including those classified as sensitive, are subject to massive collection and processing and have become a projection of the person, becoming subject to automated decisions - including for illegal and illegitimate discriminatory purposes, threatening the free development of personality and equality, and that the creation of laws aimed at protecting personal data by several countries demonstrate the importance of the subject. Thus, we will analyze how this protection, without detaching itself from the concern with information security and privacy, becomes a problem that deeply interests the most diverse fields of knowledge and, above all, human rights due to the multiple implications and possibility of violations to the personality of data subjects, which requires a multidisciplinary approach, including the understanding that information technology and the logic of algorithms are not dissociated from the societies that produce them and can serve to deepen social inequalities. Bibliographic research was adopted as a methodology in this study, based on a review of the literature produced on the topics addressed, and it is adopted as a working hypothesis that the realization of the right to the protection of personal data requires a broader approach that goes beyond the legal field and that of technology.

Keywords: Fundamental right to personal data protection; privacy; equality; fundamental rights.

INTRODUÇÃO

A coleta sistematizada de dados com distintas finalidades não é algo novo para as sociedades humanas, existindo registros de censos realizados desde a antiguidade com o fim de auxiliar as atividades administrativas, por exemplo. O que se tornou uma novidade, contudo, foi a sistematização de volumes cada vez maiores de dados pessoais e o seu tratamento facilitado pelo uso da informática, a partir da segunda metade do século XX.

Dessa forma, a preocupação em torno da matéria da proteção dos dados pessoais acompanhou os desenvolvimentos tecnológicos e os riscos entendidos à privacidade dos cidadãos, conduzindo a debates públicos sobretudo em países europeus e nos Estados Unidos. Deve-se destacar que as discussões sobre o tema se iniciaram em sociedades recém-saídas da Segunda Guerra Mundial e imersas em um contexto de Guerra Fria, pouco familiarizadas com a tecnologia e possíveis consequências advindas de seu uso. Portanto, a criação de imensos bancos de dados visando à eficiência da burocracia estatal causava no mínimo desconfiança.⁶⁰

Segundo Danilo Doneda, algumas das primeiras normas sobre o tema, na década de 1970, constituíram-se em verdadeiras tentativas de conter a “ameaça” representada

⁶⁰ DONEDA, 2011, p.96.

pela tecnologia e se destinavam principalmente ao Estado, que centralizava o processamento de dados.⁶¹ Ao longo das cinco décadas seguintes, no entanto, o debate evoluiu, passando por quatro gerações de lei com perspectivas distintas acerca do problema e da autonomia individual em face do tratamento de dados, bem como pela reinterpretção de conceitos, como o de privacidade.⁶² Assim, de acordo com esse autor, foi a partir de influências mútuas entre diversos sistemas jurídicos, sobretudo dos Estados Unidos e de países europeus,⁶³ que se consolidou a noção de que o direito à proteção de dados é um direito autônomo, que requer uma tutela específica vinculada à proteção da pessoa e aos direitos fundamentais.⁶⁴

Sob essa perspectiva, Bruno Bioni frisa que não se trataria de “mera evolução do direito à privacidade”, mas sim direito autônomo que demanda “uma correspondente *ampliação normativa*” de modo a garantir a sua tutela. De acordo com Ana Frazão, as questões concernentes à proteção de dados pessoais na “Sociedade da Informação” são demasiadamente complexas e requerem atenção e tutela específicas, não se restringindo ao direito de privacidade, de modo que abrangem “o controle sobre as informações que digam respeito ao sujeito, a autodeterminação informativa, o direito à não discriminação, a liberdade, a igualdade, o direito ao acesso e acompanhamento dos dados pessoais quando se tornam objeto de disponibilidade de outros, dentre outros.”⁶⁵

Vislumbrando essa complexidade, e considerando a crescente preocupação com o processamento de dados pessoais e os seus fluxos transfronteiriços, em 1980, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicou um conjunto de diretrizes que incentivava o livre fluxo de informações entre os países-membros, observados parâmetros de segurança, assegurada a privacidade e a proteção às liberdades individuais intitulado “*Recommendation of the Council Concerning Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*”.

Embora seja possível observar uma continuidade entre algumas preocupações que se delineavam nos debates, decisões judiciais e legislações elaboradas na década de 1980, o problema em torno da proteção de dados pessoais na segunda década do século XXI é

⁶¹ DONEDA, 2011, p.96.

⁶² Sobre as quatro gerações de legislações sobre direito à proteção de dados e a consolidação do paradigma de que se trata de direito autônomo e instrumento essencial para a proteção da pessoa humana, ver: DONEDA, Danilo. *A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental*. Espaço Jurídico, Joaçaba, v.12, n.12, p.91-108, jul./dez. 2011. p.96-102.

⁶³ DONEDA, 2021, p.5.

⁶⁴ DONEDA, 2011, p.98.

⁶⁵ FRAZÃO, 2019, p.109.

significativamente diferente. Se em seu nascedouro, a questão da proteção dos dados pessoais esteve intimamente ligada à privacidade e foi norteadada por preocupações com a segurança no armazenamento e acesso aos dados, bem como a sua exatidão, gradativamente, percebeu-se que a questão era muito mais complexa e envolvia possíveis violações a outros direitos dos titulares dos dados.

Portanto, mais do que permanências é preciso analisar as mudanças.

Quem deseja refletir sobre a proteção de dados pessoais na atualidade, precisa conhecer o tratamento que lhe foi conferido pela Lei nº 13.709 de 2018, chamada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e deve ter em mente que se trata de direito fundamental, positivado no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 115 de 2022, cuja violação implica em graves riscos ao titular dos dados pessoais, mas em grande medida à própria coletividade. Deve-se ressaltar que para a compreensão aprofundada dos temas ora pontuados, a abordagem interdisciplinar torna-se essencial, como defendido por Malcolm Langford⁶⁶, quando trata da necessidade de erosão das barreiras entre as disciplinas para a produção de conhecimento sobre direitos humanos. Além de ser muito bem-vindo o conhecimento mais aprofundado das tecnologias da informação e suas lógicas, que são objeto essencial ao tema ora tratado, deve-se construir o conhecimento de forma ampla, ultrapassando as fronteiras do campo jurídico e em diálogo com as Ciências Sociais, sobretudo a Sociologia, que muito tem refletido sobre questões elementares à “Sociedade em Redes,” como controle, vigilância e modulação. Outras áreas, como a História e a Economia também em muito podem contribuir para o aprofundamento do debate, ajudando a formular novos questionamentos e compreender as dinâmicas das sociedades no mundo contemporâneo e seus múltiplos atores.

Nesse estudo, adotou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, procedendo-se à uma revisão bibliográfica de algumas das principais obras produzidas sobre os temas ora tratados, como privacidade e direito à proteção de dados. Na primeira parte, será tratada a partir de conceitos elaborados por Manuel Castells e Shoshana Zuboff, as mudanças ocorridas na sociedade contemporânea de modo a delimitar o objeto de estudos e como se insere a proteção de dados pessoais nesse contexto; na segunda parte será analisada a importância econômica dos dados pessoais; e na terceira parte será

⁶⁶ LANGFORD, 2017, p.161.

tratada a questão da discriminação algorítmica e os riscos aos titulares dos dados pessoais.

1. O MUNDO SE DIGITALIZA

O sociólogo Manuel Castells, na obra *Sociedade em Redes*, trouxe um novo olhar sobre os processos de globalização e definiu o mundo contemporâneo como capitalista e informacional. Interligado por um complexo sistema de redes, o capitalismo reformulou-se em um paradigma tecnológico baseado na informação, no qual as tecnologias se entrelaçam com as relações sociais e ao mesmo tempo em que moldam vidas e comportamentos humanos, também são moldados por eles. Com isso, novas formas de relações entre economia, Estado e sociedade estão sendo gestadas.⁶⁷ Segundo o sociólogo, a revolução tecnológica concentra-se nas tecnologias da informação⁶⁸, e transformou dados e informação no principal combustível a inspirar a inovação e o uso.

Dessa forma, para compreender o direito à proteção de dados pessoais, torna-se fundamental compreender as transformações promovidas pelas Tecnologias da Informação e Comunicação no que diz respeito aos dados, seu tratamento e finalidades.

Primeiramente, antes de adentrarmos nessa questão, devemos definir a que chamamos dados pessoais. Segundo Doneda, dados pessoais são informações que têm “um vínculo objetivo com uma pessoa, revelando algo sobre ela. Este vínculo significa que a informação se refere às características ou ações desta pessoa que podem ser atribuídas a ela em conformidade à lei, como no caso do nome civil ou do domicílio, ou então que são informações provenientes de seus atos, como os dados referentes ao seu consumo, informações referentes às suas manifestações, como sobre opiniões que manifesta e tantas outras.”⁶⁹ Depreende-se, portanto, que se trata de qualquer informação relativa à pessoa identificada ou identificável, incluindo-se desde dados aparentemente banais e públicos, como também suas fotos e dados de geolocalização; todos capazes de contribuir para a criação de perfis pessoais cada vez mais detalhados e íntimos.

A mais relevante das mudanças talvez diga respeito ao volume de dados. Segundo cálculos apresentados por Shoshana Zuboff em artigo publicado em 2015, estima-se que

⁶⁷ CASTELLS, 1999, p.40.

⁶⁸ CASTELLS, 1999, p.54.

⁶⁹ DONEDA, 2011, p.93.

em 1986, poucos anos após as Diretrizes da OCDE, existiam 2,5 *exabytes*⁷⁰ de informação comprimida, dos quais apenas 1% se encontrava digitalizado. Em 2000, alcançou-se 25% da informação armazenada no mundo de forma digital, e já na década seguinte, estima-se que 98% do conteúdo encontra-se em meio digital, totalizando 1.200 *exabytes*.⁷¹

Além da quantidade significativamente maior de dados, há outro aspecto essencial que não pode ser ignorado e que foi pontuado por Zuboff:

O desenvolvimento da internet e de métodos para acessar a *world wide web* disseminaram a mediação por computador, antes restrita a locais de trabalho delimitados e ações especializadas, para a ubiquidade global tanto na interface institucional quanto nas esferas íntimas da experiência cotidiana.⁷²

Segundo relatório produzido pelo DataReportal, estima-se que em julho de 2021, 6 em cada 10 pessoas no mundo contavam com acesso à Internet, o que totalizaria 4,8 bilhões de usuários.⁷³ Usuários esses cujos dados estão sendo coletados e tratados.

Ressalte-se, outrossim, que os dados não são estáticos e não se encontram confinados em um dispositivo de armazenamento como ocorria há algumas décadas. Digitalizados ou dados natos digitais, os dados encontram-se indexados e acessíveis das mais diversas formas – legítimas ou não –, distribuindo-se em bancos de dados interconectados ao redor do planeta.

E, em segundo lugar, os dados são monetizados, gerando um interesse cada vez maior sobre eles. De acordo com Silveira, criou-se “(u)m grande mercado de dados e uma microeconomia da interceptação de informações se fortaleceu a partir do final da primeira década do século XXI.”⁷⁴

A contínua extração e análise de dados insere-se na lógica do “capitalismo de vigilância”, termo cunhado por Zuboff para definir “uma nova forma de capitalismo de informação que procura prever e modificar o comportamento humano como meio de

⁷⁰ *Exabyte* (EB) é uma unidade de medida de informação, equivalente a 10¹⁸ bytes; para se ter uma ideia da dimensão, a capacidade dos maiores centros de armazenamento existentes é medida em *petabytes*, que é uma fração de um *exabyte*.

⁷¹ ZUBOFF, 2018, p.24.

⁷² ZUBOFF, 2018, p.57.

⁷³ KEMP, S. Digital 2021: July Global Statshot Report. *DataReportal*. 21 jul. 2021. Disponível em: <https://datareportal.com/reports/6-in-10-people-around-the-world-now-use-the-internet> - Acesso em: 24 nov. 2021.

⁷⁴ SILVEIRA, 2018, p.34.

produzir receitas e controle de mercado,”⁷⁵ do qual o *big data*⁷⁶ é um componente fundamental. Assim, o crescimento exponencial do volume de dados não se constitui em um obstáculo aos procedimentos de tratamento de dados ou dificulta as tentativas de vigilância. Na realidade, o crescimento do armazenamento e tratamento de dados cresce em mesma medida, relacionando-se à própria lógica de acumulação inerente a esse sistema, que se beneficia de mais dados para alimentar os algoritmos⁷⁷.

A gigantesca quantidade de dados produzida pelas sociedades conectadas em redes quotidianamente é minerada e analisada pelo *big data*, tornando-se novos dados e informações, como destacou Cassino:

De posse de enorme quantidade de dados pessoais recolhidas pela inteligência artificial e processadas por *Big Data*, os profissionais de marketing e os desenvolvedores de softwares têm um colosso de oportunidades jamais visto para criar mundos e vender oceanos azuis, ampliando os lucros de suas empresas.⁷⁸

A transformação dos dados e a criação de perfis individuais podem servir desde ao desenvolvimento de campanhas de marketing personalizadas à elaboração de históricos e escores de crédito, que poderão ser consultados quando da concessão de crédito (ou sua negativa). Registre-se que, em julho de 2021, a Lei n. 14.181/2021, incluiu o art. 54-D ao Código de Defesa do Consumidor constituiu a consulta de bancos de dados previamente à concessão de crédito um dever dos agentes financeiros.

Essa prática de sistema de escores promove a classificação dos indivíduos, podendo levar à criação de cidadãos de segunda classe e à exclusão de todos aqueles que não interessarem às lógicas que alimentam os algoritmos, hipótese em que as decisões algorítmicas se convertem em manifestação de práticas discriminatórias e excludentes que afetam o livre desenvolvimento da personalidade. Contra essas decisões, pouco

⁷⁵ ZUBOFF, 2018, p.18.

⁷⁶ Como Zuboff destaca, há diversos conceitos para explicar *big data* (ZUBOFF, 2018, p.18), mas para fins desse artigo o identificaremos como um grande banco de dados não relacional, ou seja, que não segue as regras de bancos de dados tradicionais, alimentando-se de toda sorte de informações que são armazenadas e nunca são excluídas, permitindo a permanente reanálise e geração de novos dados e informações associadas ao indivíduo.

⁷⁷ Nesse estudo utilizaremos a definição de algoritmo como sendo um programa de inteligência artificial capaz de manipular uma imensa quantidade de informações de forma não explícita, gerando resultados que serão fornecidas a *players* não conhecidos pelos titulares dos dados. Trata-se de verdadeira caixa preta protegida, inclusive, pelo sigilo das patentes industriais e que se insere no que Zuboff descreveu como parte de uma “lógica de expropriação unilateral de dados pessoais” inerente ao “capitalismo de vigilância” (ZUBOFF, 2021, p.118-19).

⁷⁸ CASSINO, 2018, p.26.

poderá fazer o cidadão individualmente afetado⁷⁹, caso não se compreenda a lógica discriminatória inerente ao sistema. Essa afirmação não quer em absoluto dizer que a discriminação é sinônimo de manifestação de vontade da tecnologia ou que essa seja má, mas trata-se de aspecto da sociedade que a desenvolveu e dos interesses envolvidos por aqueles a quem o algoritmo servirá. Esse tema será mais bem desenvolvido na última seção desse estudo.

Assim sendo, em sociedades que caminham para se basear cada vez mais em perfis e decisões automatizadas, o olhar para a proteção de dados como um instrumento para a promoção da igualdade é essencial.

2. O NOVO PETRÓLEO E A EMERGÊNCIA DE UMA NOVA FORMA DE CIDADANIA

Em 2017, o título de um artigo da revista *The Economist* anunciava que os dados haviam se tornado mais valiosos do que o petróleo. A comparação com esse *commodity* é bastante reveladora.

Na segunda década do século XXI, quantidades cada vez maiores de dados estiveram sujeitas à prospecção, extração ou mineração – termos frequentemente utilizados para se referir à coleta dos dados e que remetem a uma lógica de exploração. Como destacou Zuboff, a lógica que a orienta é unidirecional, não se tratando de um relacionamento, posto que não implica em reciprocidade entre os titulares dos dados e aquele que o prospecta e controla.⁸⁰ Consequentemente, não somente os dados, mas as próprias pessoas, tornam-se seu objeto.

A forma como os dados passaram a ser tratados com o auxílio dos avanços tecnológicos permitiu a criação de imensos bancos de dados interrelacionados, capazes de gerar informações cada vez mais precisas – e preciosas – sobre os indivíduos, que têm suas privacidades devassadas, conforme se descortinam aspectos muito íntimos de suas personalidades.

⁷⁹ Ressalte-se que o art. 20 da Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD), previa originalmente a possibilidade de o titular dos dados requerer a revisão de decisões automatizadas por pessoa natural, “inclusive de decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade”; porém, após veto presidencial e a redação dada ao artigo pela Lei n. 13.853/2019, a revisão caberá novamente ao próprio algoritmo.

⁸⁰ ZUBOFF, 2018, p.33.

O valor dos dados reside justamente em sua capacidade de gerar novos elementos informativos, e por isso a lógica acumulativa do *big data*, em que todos os dados ficam permanentemente vinculados aos indivíduos, é o corolário dessa lógica.

Assim sendo, a falta de transparência nas formas como os dados são coletados, e como os algoritmos são desenvolvidos são nocivas aos indivíduos, pois ensejaram a criação de imensos bancos de dados interconectados com informações agregadas de diversas fontes, de forma legítima e ilegítima, e que são distribuídas e utilizadas sem conhecimento dos indivíduos para a criação de projeções sobre si. Aliás, um aspecto importante a se notar é que o indivíduo detém pouquíssimo controle sobre o que é conhecido sobre si, pois muitos dados são extraídos independentemente de ciência e consentimento de seus titulares, podendo ser compartilhados com inúmeros outros *players* que o titular desconhece.

Um exemplo de como a maioria dos consumidores não compreende quantas informações pessoais está cedendo às empresas de tecnologia em troca de seus serviços e nem os riscos daí advindos, foi percebido recentemente nos Estados Unidos. De acordo com o artigo jornalístico *Amazon wages secret war on Americans' privacy, documents show*⁸¹, cujos dados foram parcialmente reproduzidos na imprensa brasileira, enquanto pesquisavam sobre o *lobby* empreendido pela empresa *Amazon* para obstaculizar leis que conferem aos consumidores mais autonomia sobre seus dados pessoais, três jornalistas, aproveitando-se de previsão legal do estado norte-americano da Califórnia, tiveram acesso aos dados pessoais que a empresa dispunha a seu respeito. Verificou-se, então, que a empresa, através de seus dispositivos, coletava uma infinidade de dados de seus usuários para utilização em suas estratégias de marketing personalizado.

De acordo com a reportagem, os dados incluíam gravações do dispositivo *Alexa*, a assistente virtual baseada em Inteligência Artificial da *Amazon*, que é capaz de se conectar a dispositivos desenvolvidos por outras empresas; vídeos dos sistemas de câmeras de vigilância; dados de saúde dos usuários de monitores de atividades físicas; e dados de pesquisa dos consumidores na Internet e sobre seus hábitos de compra no sítio da própria empresa. Além disso, um dos jornalistas verificou que além de dados de leitura e utilização do dispositivo *Kindle*, havia sido traçado um perfil das “Preferências

⁸¹ DASTIN, J; KIRKHAM, C; KALRA, A. The Amazon lobbyists who kill U.S. consumer privacy protections. *Reuters*, s.l., 19 nov. 2021. Disponível em: <https://www.reuters.com/investigates/special-report/amazon-privacy-lobbying>. Acesso em: 24 nov. 2021.

Alimentares Implícitas” de sua família; de outro, a *Alexa* coletou dados de dispositivo móvel não pertencente à *Amazon*, incluindo as entradas no calendário do *iPhone* e o nome de todas as pessoas com quem o jornalista possuía encontros marcados.

O espanto narrado na reportagem ante a vastidão de dados coletados, seu caráter privado e os riscos que seu conhecimento implica, torna-se especialmente relevante quando consideramos a naturalização do uso da tecnologia: câmeras de vigilância tudo registram, a inteligência artificial silenciosamente lê e-mails e mensagens, mesmo as mais íntimas, antecipando respostas, e tornam-se quase onipresentes os dispositivos em cada vez mais espaços domésticos e públicos. Analisando justamente esse avanço das tecnologias sobre o espaço privado, Shoshana Zuboff fala em fim do santuário:

Com o *Grande Outro*, o universo passa a residir nas nossas paredes, não mais as sentinelas do santuário. Agora são meras coordenadas de termostatos, câmeras de segurança, alto-falantes e interruptores de luz “inteligentes” que extraem e renderizam a nossa experiência para atuar sobre o nosso comportamento⁸²

O cenário descrito no trecho acima é exatamente a ideia por trás do desenvolvimento da “Internet das coisas” (*Internet of things* ou *IoT* em sua sigla em inglês), que em tese conecta objetos e deles extrai dados, inclusive de natureza sensível⁸³. Porém, percebe-se que, em última instância, produz mais informações sobre os usuários dos objetos e seus hábitos, desvelando detalhes muito particulares (e particularmente perigosos), que não seriam revelados de outra forma. A título de exemplo, Zuboff, levanta a hipótese de uma empresa de tecnologia vender as informações que coleta a uma empresa de seguro, o que lhe é lícito fazer nos Estados Unidos, e como isso traria impactos reais às vidas das pessoas, que poderiam estar sujeitas a prêmios mais altos ou mesmo à perda de cobertura do seguro. A autora afirma que “essas possibilidades representam o fim dos contratos”, pois a “renderização da informação pela Google substituiu o Estado de

⁸² ZUBOFF, 2021, p.564.

⁸³ A LGPD não traz uma definição para dados sensíveis, porém, apresenta no art. 5º, inciso II, um rol de quais informações do indivíduo seriam consideradas sensíveis: “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.” Depreende-se que são justamente os dados sensíveis aqueles que por sua própria natureza trariam maiores possibilidades de discriminações, caso utilizados com finalidades discriminatórias ilegais e ilegítimas.

direito e a necessidade de confiança social como base para as comunidades humanas por um novo 'mundo da vida' de recompensas e punições, estímulos e respostas."⁸⁴

Partindo do exemplo da autora, percebe-se que não é possível ao cidadão saber com quem os dados serão compartilhados posteriormente, e se atenderão à finalidade para a qual foram colhidos. Nesse sentido, pode-se citar a prática que se tornou comum entre drogarias no Brasil: a cessão de dados pessoais dos consumidores em troca de descontos em produtos. Com o tempo, os dados objeto de cessão tornaram-se cada vez mais abrangentes, em desrespeito à legislação vigente, chegando a incluir até mesmo a coleta de impressões digitais por uma das empresas. De acordo com o art. 5º da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), os dados biométricos e de saúde dos cidadãos são dados sensíveis, capazes de vulnerabilizá-los não somente pela possibilidade de vazamentos, incidente de segurança que traz enorme prejuízo aos titulares e tem se tornado cada vez mais comum, considerando o valor econômico das bases, como pela ausência de transparência sobre as relações que envolvem o compartilhamento de dados entre as drogarias, os laboratórios e os consultórios médicos.⁸⁵

Absorvidos pela lógica do *big data*, esses dados passam a alimentar bancos de dados que alimentam algoritmos capazes de tomar decisões automatizadas, e podem ser utilizados para além da análise antecedente à concessão de crédito e para cálculo do valor do prêmio de um seguro de vida, como pode ser percebido em decisões sobre contratações e dispensas de empregados provenientes de decisões de algoritmos⁸⁶ e na concepção das *smart borders* (fronteiras inteligentes) na União Europeia, que baseando-se na ideia de eficiência, legaram aos algoritmos as decisões a respeito daqueles que desejam ingressar no território.⁸⁷ A partir dos exemplos, percebe-se que as consequências ultrapassam o mundo virtual⁸⁸ e cujos impactos podem passar despercebidos quando alguém clica para consentir que certo aplicativo ou empresa colete dados de seu celular.

⁸⁴ ZUBOFF, 2018, p.59.

⁸⁵ REDES de drogarias são notificadas pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública por possível infração à Lei de Proteção de Dados. *Ministério da Justiça e Segurança Pública*, Brasília, 16 nov. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/redes-de-drogarias-sao-notificadas-pelo-ministerio-da-justica-e-seguranca-publica-por-possivel-infracao-a-lei-de-protecao-de-dados>. Acesso em: 26 nov. 2021.

⁸⁶ DEMITIDO por um robô: Amazon deixa algoritmos decidirem destino dos funcionários. *Portal IG*. S.l. 28 jun. 2021. Disponível em: <https://tecnologia.ig.com.br/2021-06-28/demitido-por-um-robo--amazon-deixa-algoritmos-decidirem-destino-dos-funcionarios.html>. Acesso em: 18 nov. 2021.

⁸⁷ GHANDHI, S. Europe's Digital Border Management and its Implications for Asylum Seekers. **International Observatory of Human Right**. 5 ago. 2021. Disponível em: <https://observatoryihr.org/blog/europes-digital-border-management-and-its-implications-for-asylum-seekers/>. Acessado em: 22 nov. 2021.

⁸⁸ FRAZÃO, 2019, p.106-107.

Não se deve perder de vista que nessa relação com os controladores dos dados (sejam esses do setor público ou privado), os cidadãos não detêm o mesmo conhecimento acerca das tecnologias e seus impactos. Há um verdadeiro abismo que os separa quando se observa pelo viés da informação e tais relações devem ser vistas sob ótica que perceba a vulnerabilidade dos titulares dos dados. Conforme destacado por Laura Schertel Mendes, permitir a construção de perfis pessoais que passam a nortear a tomada de decisões a respeito dos indivíduos, afeta diretamente suas vidas e o seu acesso a oportunidades sociais, importando em riscos às suas personalidades, pois “esses perfis, verdadeiros clones virtuais, representam informações fragmentadas e descontextualizadas, que podem ser utilizadas de modo a prejudicar a liberdade e as chances de vida do indivíduo.”⁸⁹

Logo, nesse mundo digital, emergem novas relações sociais e institucionais e uma nova forma de cidadania, pois os dados pessoais convertem-se em avatares dos titulares dos dados, passando a representar a própria pessoa, até mesmo onde essa nunca esteve. Se, de acordo com o sociólogo Octavio Ianni, o cartão de crédito, com seu caráter transnacional, era “o signo por excelência da cidadania no âmbito da sociedade mundial”⁹⁰, talvez, não seria um exagero cogitar que no âmbito do mundo digital, caberá ao algoritmo o papel de agente de fronteiras, verificando quem poderá acessar esses novos mundos e exercer plenamente uma forma de cidadania baseada em prêmio e recompensas, ou ficar relegado às punições e exclusão.

Assim sendo, tratar de direito à proteção de dados pessoais relaciona-se a preocupações com os usos da tecnologia e com segurança e privacidade, porém, não pode estar descolado do debate acerca dos riscos e violações diversas que afetam a igualdade e promovem práticas discriminatórias e excludentes.

3. DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA

Zygmunt Bauman, no livro *44 Cartas do Mundo Líquido Moderno*, dedicou três de suas cartas à privacidade. Intituladas *Estranhas aventuras da privacidade*, o filósofo e sociólogo polonês refletiu sobre as impermanências e como conceitos se transformavam

⁸⁹ MENDES, 2008, p.144.

⁹⁰ IANNI, 1998, p.31.

nas sociedades em meio a relações permeadas pela tecnologia. O trecho a seguir trata especificamente das inovações tecnológicas e propõe interessante reflexão:

É comum louvar ou acusar as inovações tecnológicas por estarem na origem das revoluções culturais; na verdade, as inovações conseguem no máximo desencadeá-las, oferecendo o elo que faltava numa cadeia completa de elementos necessários para deslocar a transformação nos costumes e estilos de vida existentes, da esfera das possibilidades para a esfera da realidade; transformação que já estava pronta há tempos e lutava para acontecer.⁹¹

A tecnologia não é alienígena ao social, ao contrário. “As tecnologias são constituídas por funcionalidades específicas, mas o desenvolvimento e a expressão dessas funcionalidades são moldados pelas lógicas institucionais nas quais as tecnologias são projetadas, implementadas e usadas,”⁹² conforme explicita Zuboff.

Em análise elaborada por Mendes, a autora afirma que “o cerne do problema não está situado na tecnologia,” conforme trecho a seguir:

Ao se analisar o tema da proteção de dados pessoais na sociedade da informação, é fundamental compreender que o cerne do problema não está situado na tecnologia. Afinal, a tecnologia não se encontra em um vácuo, devendo ser compreendida a partir do meio social, econômico e político em que está inserida. Isso porque a própria tecnologia é criada pela sociedade para atingir determinados fins e o grau de sua regulação é estabelecido pela sociedade que a criou. Nesse sentido, é fundamental que o debate sobre a proteção de dados pessoais tenha como foco as opções jurídicas e econômicas relativas às funções que a tecnologia deve assumir na sociedade, rejeitando-se a ideia de que ela é a responsável pela perda de privacidade pessoal da sociedade contemporânea. Isto é, não é a tecnologia em si a causa do problema da privacidade, mas as decisões que tomamos em relação à tecnologia.⁹³

Pode-se concluir então, que lógicas institucionais baseadas em preconceitos, racismo e misoginia, por exemplo, produzirão, por meio de seus algoritmos, resultados discriminatórios. Por isso, a tecnologia não pode ser vista como ameaça, como no passado, mas percebendo-a como não sendo boa ou má, e nem neutra.

Percebendo-se a tecnologia como inerente às próprias sociedades, também é capaz de afastar as visões dos determinismos e inevitabilidades, como se todos apenas

⁹¹ BAUMAN, 2011, p.35.

⁹² ZUBOFF, 2018, p.56

⁹³ MENDES, 2008, p.26.

assistissem como espectadores o avançar das tecnologias, como se fossem movidas por forças próprias, tal qual um rolo compressor inescapável, como comparou Zuboff.⁹⁴ Assim, tratando-se de escolhas, pode-se avançar para novos modelos que não reduzam-se à dicotomias entre tecnologia e privacidade ou desenvolvimentos econômico e tecnológico e preservação de direitos humanos, sendo necessário uma harmonização para um desenvolvimento respeitoso e sustentável, conforme defendido por Mendes:

Juntamente com Simson Garfinkel, entende-se que a melhor forma de se observar a questão não é por meio da dicotomia entre tecnologia e privacidade, mas sim, a partir da concepção de que o desenvolvimento tecnológico deve ser harmonizado com a preservação da privacidade dos cidadãos. O autor faz uma analogia dessa questão com a devastação do meio ambiente pela técnica, que foi tratada nas décadas de 1950 e 1960 como um problema inevitável: sob tal ótica, seria necessário conviver com a destruição das reservas naturais do planeta como condição para o desenvolvimento econômico e o aumento do nível de vida da população. Ocorre, no entanto, que tal visão foi superada a partir da concepção do desenvolvimento sustentável, que propugna conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação ambiental.⁹⁵

Logo, considerando a excessiva intrusão dos algoritmos e extrações de dados sem o conhecimento e consentimento dos titulares, lógica que tem norteador o chamado “capitalismo de vigilância”, em conceito desenvolvido por Zuboff, e como as pessoas passam a ser reconhecidas nas mais diversas instâncias por meio dos avatares criados a partir de seus dados pessoais, é preciso compreender, portanto as práticas discriminatórias imbuídas na própria arquitetura da economia baseada em dados e informação. Ademais, como defendido por Laura Schertel Mendes, “a proteção de dados pessoais, apesar de ter como fundamento o direito à privacidade, ultrapassa o seu âmbito. A proteção de dados passa a ser compreendida como um fenômeno coletivo, na medida em que os danos causados pelo processamento impróprio de dados pessoais são, por natureza, difusos, exigindo igualmente uma tutela jurídica coletiva.”⁹⁶

Deve-se ressaltar que as decisões algorítmicas afetarão de maneira diferente os indivíduos e as sociedades, dependendo de diversos fatores, a serem analisados nos casos concretos, citando-se, como exemplo, a maior penetração das tecnologias e amplitude das decisões automatizadas, a existência ou não de sistemas protetivos dos cidadãos mais

⁹⁴ ZUBOFF, 2018, p.17-18.

⁹⁵ MENDES, 2008, p.25

⁹⁶ MENDES, 2008, p.11.

vulneráveis, como consumidores, trabalhadores e idosos, contra práticas discriminatórias. E para conhecer essas realidades, compreender a natureza das violações e verificar a efetividade (ou não) do direito, tornam-se essenciais as ferramentas e metodologias das Ciências Sociais.

Defender a efetividade da autodeterminação informativa que está presente na LGPD é importante, assim como mecanismos eficientes para a tutela do direito à proteção de dados pessoais, sejam eles judiciais ou não, porém, diante da possibilidade de exacerbarem desigualdades (de gênero, raciais e étnicas, etc), discutir a concepção por detrás dos algoritmos (e da própria arquitetura) torna-se urgente, assim como os princípios éticos necessários a tutelar os interesses individuais e coletivos dos titulares de dados. Para compreender as decisões algorítmicas e os padrões que reforçam, é necessário compreender não somente os destinatários das decisões, mas a sociedade e os agentes que produzem a tecnologia. Nesse sentido, o olhar apenas sobre a norma jurídica e as tutelas que buscam garantir não será suficiente.

CONCLUSÃO

Tornar a proteção de dados pessoais um direito fundamental, como feito no Brasil, é um passo importante, mas não suficiente para garantir a sua efetividade. Muito mais do que a simples subsunção da violação às normas existentes, e aplicação de sanções aos possíveis violadores, é preciso compreender como o paradigma tecnológico permeia todos os domínios sociais e expressões culturais, como destacou Castells, ou o que implica uma sociedade baseada em escores, por exemplo. E o Direito, cujo foco é tutelar as relações humanas, não poderá ignorar as relações jurídicas que emergem nesses novos contextos e os diversos riscos apresentados aos titulares dos dados pessoais.

É fundamental perceber a estreita vinculação entre o direito à proteção de dados pessoais e os direitos fundamentais, e as naturezas das violações passíveis de afetarem os titulares dos dados pessoais e agravarem as desigualdades sociais, especialmente em um país com realidades tão diversas como o Brasil.

Proteger dados pessoais significa garantir a dignidade da pessoa humana, pois a proteção, em última instância, é direcionada à pessoa e não aos dados em si, embora seja imprescindível a segurança dos dados e a prevenção aos riscos de incidentes de segurança. Assim sendo, para compreender as violações e a lógica do que se chama

discriminação algorítmica, torna-se fundamental compreender, por exemplo, o racismo no país e os processos coloniais no mundo, sem o que não será possível, sequer, notar as discriminações que orientam padrões discriminatórios, assim, estudos em raça e gênero tornam-se extremamente relevantes. Não basta a interpretação das normas sem a compreensão dos riscos, muito reais, nas vidas das pessoas; ou como os controladores dos dados (sejam governos ou corporações) detêm o poder de afetar decisões individuais e influenciar comportamentos e escolhas, inclusive de natureza política.

Todos os exemplos citados indicam que o debate precisa ultrapassar os campos jurídico e da tecnologia. A interpretação das normas dentro do contexto de proteção dos direitos humanos, requer uma abordagem interdisciplinar, que ajude à compreensão das múltiplas questões envolvidas. De acordo com Malcom Langford, a maioria das questões mais relevantes sobre direitos humanos na atualidade demandam respostas complexas, que não podem ser respondidas por uma única disciplina ou área do conhecimento ou método.

Estudar direitos humanos implica em se debruçar em questões que necessariamente requerem um olhar interdisciplinar, e o olhar apenas sobre a norma não será suficiente para compreender a dimensão do problema ou verificar a sua efetividade.

Ao pesquisador da área do Direito será fundamental aceitar o convite de Norberto Bobbio, que apontava para o fim da fase de proclamação, e que era chegada a hora de se buscar a efetividade desses direitos.⁹⁷ Mas para isso, como indicam os exemplos acima, será preciso reconhecer os limites impostos ao próprio direito para transformar a realidade social, da qual é proveniente, tal qual a tecnologia. Perceber a multiplicidade de atores e interesses envolvidos, assim como a complexidade do tema é essencial, assim como perceber como o diálogo com outras áreas do conhecimento, como a História, as Ciências Sociais e a Economia, por exemplo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. *44 cartas do mundo líquido moderno*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

⁹⁷ BOBBIO, 2004. p.18.

CASSINO, João Francisco. Modulação deleuzeana, modulação algorítmica e manipulação midiática. In: SOUZA, J. et al (org.). *A Sociedade de Controle: manipulação e modulação nas redes digitais*. São Paulo: Hedra, 2018.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v.12, n.12, p.91-108, jul./dez. 2011.

_____. Panorama histórico da proteção de dados pessoais. In: DONEDA, D. et al (coord.). *Tratado de proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FRAZÃO, Ana. Objetivos e Alcance da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; OLIVA, M.D. (coord.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LANGFORD, Malcolm. Interdisciplinarity and Multimethod Research. In: ANDREASSEN, B.A.; SANO, H.O.; MCIERNET-LANKFORD, S. *Human Rights Research Methods*. University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2016-30.


MENDES, Laura Schertel. *Transparência e privacidade: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo*. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu. A noção de modulação e os sistemas algorítmicos. In: SOUZA, J. et al (org.). *A Sociedade de Controle: manipulação e modulação nas redes digitais*. São Paulo: Hedra, 2018.

ZUBOFF, S. Big Other: Capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. In: BRUNO, F. et al (org.). *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. São Paulo: Boitempo, 2018.

_____. O direito a santuário. In: _____. *A Era do capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021. p.561-81.

Capítulo 7
ENCARCERAMENTO EM MASSA, JUDICIALIZAÇÃO E
ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS: REFLEXOS
DA AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
DESENCARCERADORAS
Larissa Lemos Garzon
Warley Alexandro Lima Costa



ENCARCERAMENTO EM MASSA, JUDICIALIZAÇÃO E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS: REFLEXOS DA AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DESENCARCERADORAS

Larissa Lemos Garzon

*Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade da
Amazônia – UNAMA. Pós Graduada em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá.*

*Especialista em Direito, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade
Estácio de Sá. Especialista em Direito Civil Lato Sensu pela Universidade Anhanguera*

Uniderp. Professora universitária e Advogada. Endereço eletrônico:

larissaflemos@yahoo.com.br.

Warley Alexandre Lima Costa

*Pós Graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Legale. Pós Graduando em
Direito Público pela Faculdade Legale. Advogado Público do Município de São Francisco do*

Pará. Endereço eletrônico: warlleyalc@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho objetiva discutir, de forma breve, a problemática do encarceramento em massa no Brasil, suas implicações e suas consequências trágicas desta realidade. As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, que reconheceram o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro são pragmáticas para compreender o problema e racionalizar possíveis soluções ao grave preceito de violações de garantias constitucionais no país. Nestes termos, buscou-se uma análise sistemática das decisões do Supremo Tribunal Federal como possibilidade de retomada dos direitos e garantias constitucionais ora violados pelo sistema penitenciário brasileiro a partir do garantimos de políticas publicas efetivas ao sistema penal brasileiro.

Palavras-chave: Encarceramento; Inconstitucional, políticas públicas.

ABSTRACT

The present work aims to contest, briefly, the problem of mass incarceration in Brazil, its implications and its tragic consequences of this reality. The recent decisions of the Federal Supreme Court, which recognize the Unconstitutional State of Things of the Brazilian prison system, are pragmatic to understand the problem and rationalize serious solutions to the precept of violations of constitutional guarantees in the country. In these terms, a systematic analysis of the decisions of the Federal Supreme Court was sought as a possibility of retaking the constitutional rights and guarantees now violated by the

Brazilian penitentiary system from the guarantee of public policies to the Brazilian penal system.

Keywords: Incarceration; Unconstitutional, public policies

1. INTRODUÇÃO

No agora popular livro “encarceramento em massa” a autora Juliana Borges faz uma apurada investigação sobre a origem e o desenvolvimento perigoso da ideologia encarceradora que nos cerca. Essa perspectiva, muito embora tutelada a certos grupos da sociedade, nos permite ampliar a bolha social e estabelecer um olhar novo ao que hoje chamamos de superencarceramento ou encarceramento em massa.

O estado de encarceramento parece fundamentalmente sobreposto por uma ideologia de necessária punição, ou seja, qualquer conduta minimamente reprovável será duramente punida com penas de restrição de liberdade. Essa constante naturalização é reforçada constantemente, seja na mídia penalizadora, ou na própria conduta do estado em negar alternativas às penas corpóreas enfatizando a reclusão como único mecanismo possível de punição.

Ao longo dos anos o legislador brasileiro foi tímido quanto às medidas despenalizadoras, desde a lei 7.209/84 de julho de 1984 que introduziu o instituto da suspensão condicional da pena, e da lei 9.099/95 de setembro de 1995 com os institutos da composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo, só surgiu um novo instituto com o advento da lei 13.964/2019 de dezembro de 2019 que instituiu o chamado acordo de não persecução penal, e outras medias.

Essa sistemática demonstra a ausência total de políticas públicas efetivas que visem a não prisão. Sem qualquer aprimoramento no sistema carcerário, o poder judiciário instituiu nos autos da Ação Declaratória de Preceito Fundamental – ADPF nº 347/DF, o chamado estado de coisas inconstitucionais, declarando que o sistema penitenciário brasileiro viola dos direitos individuais estabelecidos pela carta constitucional de 1988.

Nesse contexto, o presente trabalho, sucintamente, trata sobre os reflexos do encarceramento em massa e sobre medias judiciais tomadas nos últimos anos visando sanar o problema. Também buscou-se fazer uma análise sobre a pena de prisão e suas historicidade.

Para isso, verificou-se o julgamento da Ação Declaratória de Preceito Fundamental – ADPF nº 347/DF, seus efeitos e quais mecanismos de medidas públicas foram tomadas na presente decisão.

Por fim, apresenta-se um apanhado e correlação entre o encarceramento no Brasil, a necessidade de políticas públicas efetivas e as possibilidades para esta problemática.

2. O ESTADO DE PUNIÇÃO E AS ORIGENS DO ENCARCERAMENTO

Atualmente vivemos sob o reflexo de um estado de violência permanente, onde o aumento da criminalidade tem levado a população a inevitável percepção de abandono e medo, reforçada, quase instantaneamente, pela ausência de políticas públicas efetivas que gerem segurança e proteção aos cidadãos.

A punição, como quase tudo que se tem, é um reflexo da conduta humana, conduta essa reprovada pela sociedade e que, em tese, deve compensar uma prática delituosa, inibir ações futuras e reforçar a ideia de confiança no estado (CAPEZ, Fernando, 2008.p.2). Essa estrutura vem sendo desempenhada pelo estado como forma a garantir a ordem e a moralidade social, constituindo verdadeiro sistema programático de aplicação de medidas jurídicas de punição, tendo entre elas a prisão.

As penas corpóreas, sofreram diversas mudanças ao longo da história, sendo a mais clássica classificação a promovida pelo professor Cleber Masson que identifica três períodos distintos na história punitiva da sociedade: Vingança divina, vingança privada e a vingança Pública. Essa classificação apresenta uma síntese objetiva de como eram as penas, e como foram sua evolução ao longo da civilização humana

Na antiguidade, a principal lei que se tem conhecimento era o código de hamirábi que era uma espécie de compilação das leis instrutórias à conduta humana. Sua estrutura baseia-se segundo a lei do retorno, as penas eram aplicadas seguindo a mesma proporção da sua conduta incriminadora. Muito embora essa estrutura parecesse arcaica, representou uma certa modernidade, uma vez que as penas eram aplicadas a pessoa e não a sua família ou comunidade. (Bitencourt. 2001.p 13).

A prisão, como a conhecemos, tem seu início no período de idade média. Visando punir os monges que estavam em desordem com os dogma da igreja, ficavam reclusos em celas próximas às que temos hoje. Essa prática tornou-se modelo para o resto das sociedades, sendo inaugurada em Londres a primeira prisão destinada a recolher praticantes de condutas criminosas. (MIRABETE, 2008. p. 235).

A idade média revelou problemas tão graves quanto aqueles enfrentados nos outros períodos, com penas ainda corpóreas e de maus tratos, porém com singela mudança na estrutura da aplicação das penas, que passaram a ter, em alguns casos, certa conotação reintegradora e ressocializadora (Bitencourt. 2001.p 15).

Essas modificações foram ganhando estruturas próprias até chegarem ao sistema que conhecemos hoje, passando de lugar de tortura e maus tratos, para além da pessoa condenada, ganhando novos objetivos e medidas ao longo de um processo evolutivo lento e gradual.

No Brasil, por volta do século XIX surgiram as primeiras casas penais, como celas individuais e mecanismos para a realização de trabalho. Porém, ainda havia disposições legais relacionadas a penas perpétuas e de maus tratos, que só foram modificadas por volta dos anos de 1890.

O século XX foi revolucionário na sistemática penal brasileira, a pena de prisão ganhou novos contornos progressistas visando o cumprimento de pena mais humanitário. Neste período surgiram novos modelos de prisões visando a adequada situação do preso segundo as respectivas punições e crimes imputados.

As progressões de regime e mecanismos abonadoras da pena foram gradativamente incorporadas ao sistema penal, levando a acreditar na possibilidade de um sistema penal encarcerador mais justo e uniforme, onde as penas além de justas eram cumpridas sob um parâmetro civilizatório e humanitário.

A inclusão de modelos de progressão, aliados a ideais de práticas socializadoras foram a grande esteira que levaria a justiça penal no século XXI. Progressos pelo trabalho, estudo e leitura, foram mecanismos implementados como grande entusiasmo visando avançar na diminuição da população penal brasileira.

Essa perspectiva aparentemente não encontrou lugar permanente, muito embora a evolução no sistema punitivo brasileiro tenha logrado certo aprimoramento, a realidade mostra contornos bem mais medievais. Centros de reclusão no Brasil superlotados, como proliferação de doenças e altos índices de maus tratos a pessoa condenada apresenta mais similaridade com as cadeias da idade média do que com definidas pelas convenções de direitos humanos.

Com uma população carcerária exorbitante o Brasil se classifica entre as principais nações encarceradas do mundo, criando prognósticos pessimistas para o futuro que não convergem com a atual e crescente política desencarceradora dos países desenvolvidos.

3. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS E A JUDICIALIZAÇÃO DE MÉDIAS PÚBLICA NO ÂMBITO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Muito embora o atual sistema político institucional seja da separação dos poderes, o poder judiciário tem ganhado especial destaque para a solução e aplicação de medidas sanadoras da problemática encarceradora no território nacional.

Porém, a grande discussão reside na sistemática adotada pelos órgãos julgadores e na barreira imposta pelo constituinte quanto a separação dos poderes.

No Brasil, a consagração da separação dos poderes, art. 2º da constituição federal de 1988, estabelece “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Essa estrutura limita a participação e atuação dos poderes a suas atribuições constitucionais. Assim, o que compete ao executivo, legislativo e judiciário está previamente delimitado pelo sistema constitucional.

Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. (MONTESQUIEU, 1987, p.165)

Essa sistemática mantém a ordem constitucional e garante a harmonia e controle do poder. A divisão dos poderes tem sido o melhor mecanismo e estrutura de estado, sendo assegurado a cada poder da república, legislativo, executivo e judiciário, Independência, autonomia e auto executoriedade.

Em que importe a análise sobre o sistema penitenciário, cabe ao poder executivo estabelecer as políticas públicas voltadas à população carcerária. Porém, ante a inércia desse poder e as necessidade de manutenção dos direitos e garantias individuais violados pelos atual sistema carcerário brasileiro, tem o poder judiciário deflagrado a necessária atuação na tentativa de solucionar a presente demanda, o que para muitos pode ser um problema de interferência entre os poderes, para outros trata-se de legítimo controle exercido nos limites de sua atuação constitucional.

Na verdade, as próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes. É necessário que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos (DALLARI,2001, p.222).

Seguindo ainda este entendimento Celso Ribeiro Bastos preleciona:

Depois de introduzida com grande rigor pelas Revoluções americana e francesa, a separação rígida de poderes afigurou-se inviável na prática. Isto basicamente devido à necessidade de impedir que os poderes criados se tornassem tão independentes a ponto de se desgarrarem de uma vontade política central que deve informar toda a organização estatal. Daí a introdução de uma certa coordenação entre eles, visando a harmonizá-los e contê-los dentro de uma cadeia de fins aos quais devem servir, por serem fins do próprio Estado de quem são simples instrumentos. Além desta coordenação, evidenciou-se igualmente a conveniência de permitir a um determinado poder o exercício de funções que em princípio deveriam caber a outro. Isto explica uma divisão flexível das funções entre os seus correspondentes órgãos. (BASTOS, 2002, p.562).

Logo, entende-se que a atuação de um poder na competência de outro pode ocorrer dentro desse sistema flexível de competências e dentro de um sistema de controle entre os poderes, quando um poder fiscaliza o outro, exerce certo grau de invasão sobre a competência deste, o que por si só gera um mecanismo de permissão de atuação fora de seus limites, ou seja, um poder poderá exercer competência atribuída a outro dentro do âmbito fiscalizador) BASTOS, 2002, p.562)

Esse panorama tem garantido legitimidade ao poder judiciário em criar, aplicar e promover decisões judiciais que estabeleçam obrigações aos outros poderes para garantia das liberdade e direitos individuais previstos na carta constitucional de 1988.

Em relação a temática do sistema penitenciário brasileiro, nos últimos anos, a suprema corte brasileira, asseverou seu papel fiscalizador, proferindo decisões em diferentes processos sobre o estado inconstitucional que paira sobre o sistema penitenciário brasileiro, assim como também assegurou medidas reais para enfrentar o problema das violações de direitos no sistema carcerário nacional.

A exemplo estão as decisões tomadas na ação de Recurso Extraordinário nº 592.581, promovida pelo ministério público, em que o Supremo Tribunal Federal reformou decisão do judiciário do estado do Rio Grande do Sul, estabelecendo a obrigatoriedade do poder público promover a reforma e construção de novas unidades penitenciárias no estado, visando a melhoria e qualidade de vida dos apenados.

Ementa: REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE

CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido. RE 592581, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, Acórdão Eletrônico DJe-018 Divulg 29/01/2016 Public 01/02/2016 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RE nº 592.581)

O julgamento tornou-se paradigmático, com repercussão geral em todo o país, definindo inclusive a competência do Supremo Tribunal Federal e do poder judiciário para determinar ao poder executivo obrigações quanto à atuação junto aos sistema penitenciário.

Outras decisões foram tomadas em sede de judiciaria, sendo a mais notória o julgamento do Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental– ADPF nº 347/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, que reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

3.1 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A recente situação carcerária no país, com crise de segurança nos principais presídios brasileiros, provocou um alerta para esse grave problema. Os avanços sistematizados durante anos não geraram os efeitos pretendidos e a população carcerária brasileira cresce a cada ano sem que se tenha uma diminuição das taxas de criminalidade.

Em meados do ano de 2015, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, o Supremo Tribunal Federal (STF) considerou a situação prisional no país um “estado de coisas inconstitucional”, com “violação massiva de direitos fundamentais” dos presos, por completa omissão do estado.

Preliminarmente há se considerar que o presente julgamento tratava-se de pedido interposto no Supremo Tribunal Federal (STF) pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) requerendo que o poder judiciário declarando a inconstitucionalidade sobre o atual sistema carcerário brasileiro, determinasse a tomada de medidas reais em relação aos direitos das pessoas presas.

A presente ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347 foi julgada sob o ângulo do direito à dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CRFB/88), e ao direito fundamental à integridade física e moral dos encarcerados (art. 5, XLIX, CRFB). No presente julgamento se extrai o seguinte substrato.

O Plenário concluiu o julgamento de medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental em que discutida a configuração do chamado “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro. Nessa mesma ação também se debate a adoção de providências estruturais com objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e omissões dos Poderes da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal. No caso, alegava-se estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, “estado de coisas inconstitucional”, diante da seguinte situação: violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades (Supremo Tribunal Federal ADPF 347).

O paradigma enfrentado pelos ministros da corte superior constituiu-se de anos de abandono e descaso com a população carcerária, sem qualquer enfrentamento ao crescente índice encarcerador. A ausência de políticas públicas tornou o sistema penitenciário um perigo em si mesmo, com constantes rebeliões e um verdadeiro abatedouro de pessoas, sem qualquer observância aos direitos fundamentais.

Como resultado, a suprema corte reconheceu o estado de coisas inconstitucionais sobre o sistema penal brasileiro e asseverou medidas obrigatórias a serem realizadas pelo estado para promoção da melhoria do sistema carcerário nacional.

a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo

máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e e) à União – que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. (Supremo Tribunal Federal – ADPF 347)

É importante asseverar que as medidas tomadas pela suprema corte no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi consubstanciado como alternativa do estado juiz para o estado de inconstitucionalidade gerado no país, garantindo, entre outras medidas, a revisão de prisões preventivas, realização de audiências de custódia e a aplicação de penas alternativas à prisão.

Essa sistemática comprova a ineficiência do estado encarcerador e a necessidade urgente de medidas públicas enérgicas para a adequada manutenção e sobrevivência do sistema carcerário brasileiro.

Ao fim do julgamento, o ministro Marco Aurélio, relator da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, asseverou que a crise política carcerária era responsabilidade de todos os poderes, sendo necessária manifestação conjunta de políticas públicas para solução do problema.

Esta arguição envolve a problemática do dever de o Poder Público realizar melhorias em presídios ou construir novos com a finalidade de reduzir o déficit de vagas prisionais. Vai além: versa a interpretação e a aplicação das leis penais e processuais de modo a minimizar a crise carcerária, implantar a forma eficiente de utilização dos recursos orçamentários que compõem o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN e o dever de elaboração, pela União, estados e Distrito Federal, de planos de ação voltados a racionalizar o sistema prisional e acabar com a violação de direitos fundamentais dos presos sujeitos às condições de superlotação carcerária, acomodações insalubres e falta de acesso a direitos básicos, como saúde, educação, alimentação saudável, trabalho, assistência jurídica, indispensáveis a uma vida minimamente digna e segura. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ADPF 374).

Logo, ficou notória a importância de políticas públicas para a promoção de uma solução rápida e eficaz ao problema só encarceramento brasileiro, devendo ser promovida não só pelo poder executivo, mas por todos os poderes da república e pela sociedade civil.

4. A IMPORTÂNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICA DESENCARCERADORAS PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente faz necessário tecer alguns comentários acerca dos direitos fundamentais. Segundo a ótica de João dos Passos Martins Neto, a ideia de direitos fundamentais está intimamente ligada a ideia rigidez, ou seja, aquilo que não pode ser modificado.

[...] o direito subjetivo pode ser definido com a prerrogativa ou possibilidade, reconhecida a alguém e correlativa de um dever alheio suscetível de imposição coativa, de dispor como dono, dentro de certos limites, de um bem atribuído segundo uma norma jurídica positiva (MARTINS NETO, João Passos, 2003, p.77)

A atual situação degradante do sistema carcerário brasileiro requer medidas urgentes. O enfrentamento a essa situação vem sendo estudado por vários segmentos da sociedade que buscam uma solução rápida e permanente.

Recentemente o Instituto brasileiro de ciências criminais (IBCCRIM), lançou 16 propostas contra o encarceramento em massa, visando a diminuição gradual do quantitativo de presos no Brasil, assim como uma melhoria nas instalações.

Dentre as propostas apresentadas estão: Alterações no crime de furto e roubo, Diferenciação de condutas relacionadas a uso e tráfico de drogas, Mudanças na aplicação de pena de crimes "hediondos", Criação do/a juiz/a de garantias, Regras claras para interrogatório em sede policial, Prazo para investigação, Extinção da hipótese de condução coercitiva, Nulidade do flagrante preparado e consolidação das audiências de custódia, mudança de critérios e condições para flagrante e prisão provisória, Melhorar e cumprir as condições de cumprimento de pen. Algumas dessas propostas já foram apresentadas pela lei 13.964, de dezembro de 2019, como é o caso do juízo de garantias, que atualmente está suspenso devido a uma decisão liminar no Supremo Tribunal Federal ADI 6299 MC / DF.

Essas medidas representam verdadeiras políticas públicas capazes de reduzir e requalificar o cenário atual do sistema penitenciário brasileiro, adequando suas instalações a reais condições humanas.

Outra importante perspectiva a ser considerada como política pública de desencarceramento é a revisão de algumas penas, como proposta de minoração de alguns tipos penais e a possibilidade de aplicação de benefícios já existentes como substituição

de penas restritivas de liberdade por restritivas de direitos, composição civil de danos, transação penal, suspensão condicional do processo entre outros.

Essas médias seriam capazes de modificar a aplicação da pena e transformar a mentalidade encarceradora, visando a aplicação das possibilidades do juiz ao momento da aplicação da pena. Sendo esse o entendimento mais moderno reforçado pelo professor Victor Martins Pimenta.

É corrente o entendimento de que as alternativas penais não são capazes de romper com a lógica punitivista e encarceradora. Não se apresentando como alternativas efetivas à prisão, elas na verdade constituíram uma ampliação do repertório de controle e punição do Estado, somando-se ao cárcere ao invés de substituí-lo. (PIMENTA, 2017).

Outra interessante política de desencarceramento seria o uso expressivo e correto de monitoramento eletrônico, o que garantiria a liberdade de acusado em regime de preventivo, e a garantia das execuções de penas em regime aberto e de monitoramento.

Todas essas médias são garantidoras de um cumprimento de pena justo e eficaz, que preserva a pessoa humana, seus direitos fundamentais inalienáveis e assegura a toda a sociedade a garantida função máxima da pena, qual seja, a função ressocializadora.

5. CONCLUSÃO

O atual cenário penitenciário brasileiro mostrou-se completamente violador das garantias constitucionais previstas na Carta de 1988, assim como viola todos os tratados e pactos de direito internacional incorporados pelo Brasil. Esse afirmativa ficou comprovado não só pelo julgamento das ações Recurso Extraordinário nº 592.581, promovida pelo ministério público e da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, ambas julgadas no Supremo Tribunal Federal, mas também por inúmeras denúncias e documentos assinados pela sociedade civil relatando a crise permanente que vive o sistema penitenciário brasileiro.

Nessa esteira, a declaração de estado de coisa inconstitucional não representa tão somente a manifestação de um poder, mas, de toda a sociedade que reconhece a ilegalidade e os abusos cometidos contra a pessoa humana em penitenciárias em todo o Brasil.

A busca por efetivação de políticas públicas desencarceradoras é uma solução viável e necessária considerando o atual cenário. Deixar a velha política encarceradora e garantir penas alternativas deve ser a medida mais justa e adequada para o problema.

Ao longo de toda a história o mundo e o estado, voltara-se para as infrações e suas consequências com pouca atenção. Talvez acreditando que este não era um problema relevante. Bem, considerando a população carcerária no Brasil e no mundo, acredita-se que esse seja um problema que não consegue mais esperar, e medidas urgentes devem ser tomadas visando a diminuição considerável das populações carcerárias ante a sua gravidade e complexidade.

A violação que traz o atual sistema penitenciário brasileiro não gera indignidade somente para os apenados, mas para toda a sociedade que continuará convivendo com altos índices de criminalidade acompanhados de medo e frustração.

As medidas e políticas públicas desempenham um papel fundamental na sociedade, possibilitando a convergência entre a necessidade do estado de punir e as garantias fundamentais invioláveis de cada indivíduo. Além de diminuir os custos de efetivação para o estado, e proporcionar viabilidade às decisões judiciais em todo o país.

REFERÊNCIAS

Bitencourt, Cesar Roberto. **Falência da pena de prisão: Causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

_____. Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Sueli Carneiro ; Pólen, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgamento em 09/09/2015, Diário de Justiça de 18/02/2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>> Acesso em: 28/07/2022.

_____. **RE 592581/RS**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Julgamento em 13/08/2015, Diário de Justiça de 29/01/2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/592581.pdf>> Acesso em: 28/07/2022.

_____. **ADI 6299/DF**. Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 22 de janeiro de 2020. Diário de Justiça de 29/07/2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/fux-liminar-juiz-garantias-aterreferendo.pdf>>. Acesso em 30/07/2022.

_____. **A implementação da Política de Monitoração Eletrônica de Pessoas no Brasil: Análise crítica sobre o uso da monitoração eletrônica de pessoas no cumprimento da pena e na aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e**

medidas protetivas de urgência. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**; 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS NETO, Joao Passos. **Direitos fundamentais:** conceito, função e tipos. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003.

MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal – Parte Geral.** v.1. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis.** São Paulo: Ediouro, 1987.

PIMENTA, Victor Martins. **Fundamentos para a política penal alternativa.** Disponível em:< file:///C:/Users/warley/Downloads/131-240-1-SM.pdf>. Acesso em 02/08/2022.

Capítulo 8
RESTRICÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM
TEMPOS DE PANDEMIA: UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA
Fabiano Lucio de Almeida Silva



RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA

Fabiano Lucio de Almeida Silva

Doutorando em Direito e Evolução Social pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá - UNESA. Mestre em Saúde Coletiva pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde do Instituto Sírio-Libanês de Ensino e Pesquisa. Docente da Faculdade Cesmac do Agreste. E-mail: adv.fabianolucio@gmail.com

Resumo: O presente ensaio aborda a temática das restrições de direitos fundamentais em tempos de pandemia, analisando a proporcionalidade das medidas sanitárias de isolamento e quarentena adotadas pelos Governos Estaduais e Municipais ao longo do período de Pandemia do COVID-19. Para tanto se realizou um estudo empírico mediante pesquisa bibliográfica e documental em bases de dados (SciELO e Google Acadêmico) e uso de notícias de jornais e revistas online. A análise das medidas legais e administrativas de decretação de isolamento e quarentena foi realizada à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. Concluiu-se pela proporcionalidade das medidas tomadas, fazendo ressalvas que no Brasil, com raríssimas exceções, não houve a decretação do lockdown em seu sentido pleno.

Palavras-Chaves: COVID-19. Direitos fundamentais. Colisão entre princípios. Ponderação de princípios. Robert Alexy.

Abstract: This essay addresses the issue of restrictions on fundamental rights in times of a pandemic, analyzing the proportionality of the health measures of isolation and quarantine adopted by State and Municipal Governments throughout the period of the COVID-19 Pandemic. For that, an empirical study was carried out through bibliographic and documentary research in databases (SciELO and Google Scholar) and the use of news from newspapers and online magazines. The analysis of the legal and administrative measures for decreeing isolation and quarantine was carried out in the light of Robert Alexy's Theory of Fundamental Rights. It was concluded by the proportionality of the measures taken, making reservations that in Brazil, with very few exceptions, there was no enactment of the lockdown in its full sense.

Keywords: COVID-19. Fundamental rights. Collision between principles. Weighting of principles. Robert Alexy.

INTRODUÇÃO

A pandemia do COVID-19 trouxe ao cenário mundial uma crise sanitária jamais

vista nos últimos 100 anos desde a pandemia mundial da ‘gripe espanhola’ (1918). O fluxo internacional de viagens e comércio caiu drasticamente devido ao receio de contágio e transmissão do vírus. Centenas de milhões de pessoas foram contaminadas e mesmo recuperadas do vírus, apresentam sequelas que deverão ser tratadas ao longo de meses ou anos. Outras milhões faleceram devido ao agravamento da doença e deixaram uma lacuna familiar, laboral e social que perdurará por muito tempo.

No Brasil, a história da doença se inicia ao final do mês de fevereiro de 2020, quando o primeiro caso positivo é notificado, dando início a um crescimento exponencial de casos, colocando em risco o sistema de saúde (público e privado), as atividades econômicas, os serviços de educação e transporte, pressionando os governos estaduais e municipais a tomarem medidas sanitárias de restrição de locomoção, de reuniões etc.

Apesar da gravidade do momento e a urgência de planejamento e tomadas de decisões conjuntas por parte das autoridades políticas para conter o crescimento da pandemia, o cenário político-institucional brasileiro se manteve aguerrido durante todo o período, com embates públicos entre os governo federal e estaduais quanto a condução da pandemia, o que gerou processos de judicialização em várias instâncias tendo como auge o julgamento da ADI 6341 e a ADPF 672 junto ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Uma das discussões mais frequentes esteve relacionada ao choque de direitos fundamentais e seu exercício. De um lado, governos estaduais e municipais visando conter a propagação da doença e o colapso em seus sistemas de saúde, publicaram decretos restringindo ou limitando os direitos de locomoção, de associação, de livre comércio, além de fecharem serviços públicos, como a atividade escolar e repartições públicas. Do outro lado, associações comerciais, grupos políticos e o governo federal, ajuizando ações contra estas medidas e questionando sua legalidade.

O presente ensaio pretende examinar as medidas não farmacológicas de combate a propagação do COVID-19, especialmente, a quarentena e isolamento social, estabelecidos pelos Estados e Municípios sob o crivo do ordenamento constitucional e infraconstitucional, a fim de analisar a proporcionalidade dessas restrições aos direitos fundamentais. Para tanto, utilizar-se-á a teoria de princípios de Robert Alexy. O ensaio tem como arcabouço metodológico o uso do método empírico, com pesquisa bibliográfica na base de dados Scielo e Google Acadêmico, além do uso de fontes do Direito e artigos de jornais online. O tema abordado se mostra significativo para discussão acadêmica por causa de suas repercussões práticas no campo da Ciências Jurídicas, onde é possível se

debater a questão da limitação de direitos fundamentais em tempo de exceção, no caso, uma grave crise sanitária de impacto mundial.

1 A CRISE SANITÁRIA MUNDIAL E SUAS REPERCUSSÕES NO BRASIL

Ao final do mês de dezembro de 2019, autoridades sanitárias chinesas comunicaram a Organização Mundial de Saúde (OMS) que 27 pessoas foram internadas apresentando quadro de pneumonia de etiologia desconhecida, na cidade de Wuhan, província de Hubei. No dia 7 de janeiro de 2020, era confirmado que se tratava de um novo *coronavírus da Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS-COV-2)*, posteriormente denominada de COVID-19 (*coronavirus disease 2019*) pela OMS. Em 13 de janeiro de 2020, a Tailândia confirmou o primeiro caso de COVID-19 fora da China, sendo seguida por outros países do sudeste asiático, sinalizando que a doença se espalhava para além das fronteiras chinesas, o que mobilizou a OMS declarar, em 30 de janeiro, que o surto do COVID-19 era uma situação de “*Emergência da Saúde Pública de Importância Internacional*” (ESPII)⁹⁸. Com o aumento de casos e sua dispersão fora do sudeste asiático, em 11 de março de 2020, a OMS declarou situação de pandemia mundial. (SILVA et al, 2020; BARRETO et al, 2020; GARCIA et al, 2020; DEMENECH et al, 2020; XIMENES et al, 2021)

No Brasil, em um primeiro momento, o Ministério da Saúde (MS) apresentou uma postura proativa e iniciou a preparação do país para uma eventual entrada de pessoas contaminadas com o COVID-19, publicando o decreto n. 10.212/20, que promulgava o Regulamento Sanitário Internacional (RSI) no país e a Portaria GM/MS n. 188/2020, estabelecendo a situação de ‘*Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional*’ (ESPIN) em todo o país. Posteriormente, o Governo Federal publicou a Lei n. 13.979/20, definindo medidas de enfrentamento a ESPIN através de uma política de distanciamento social através de ações de isolamento, de quarentena e outras restrições excepcionais. Nesse sentido, o artigo 3º da Lei n. 13.979/2020 elencou várias medidas possíveis de serem aplicadas para conter o avanço da pandemia: isolamento; quarentena; determinação de realização compulsória de exames e tratamentos médicos; investigação

⁹⁸ De acordo com o Regulamento Sanitário Internacional, a ESII é o nível mais alto de alerta da OMS, por ser considerado um evento extraordinário que pode constituir um risco de saúde pública para outros países devido a disseminação internacional de doenças; e potencialmente requer uma resposta internacional coordenada e imediata.

epidemiológica; restrição temporária e excepcional de entrada e saída do país e locomoção interestadual e intermunicipal, conforme recomendação da ANVISA; entre outras.

No dia 26 de fevereiro de 2020, o primeiro caso foi confirmado. E em 12 de março de 2020, ocorreu a primeira morte em solo brasileiro. No dia 20 de março, o MS publicou a Portaria GM/MS n. 454/20, estabelecendo o estado de transmissão comunitária do COVID-19 no país e Congresso Nacional produziu o decreto legislativo n. 6/20, onde se declarava estado de calamidade pública. (ALMEIDA, 2020; HOUVÈSSOU, SOUZA, SILVEIRA, 2021; CESTARI et al, 2021)

A partir do primeiro caso confirmado de COVID-19 (26/02/2020) no território nacional, o número de pessoas contaminadas, internadas e que foram a óbito cresceu de forma exponencial, gerando a necessária tomada de medidas administrativas e legais por parte dos Estados e Municípios para conter o aumento de casos. Nesse momento, devido os embates políticos-ideológicos entre o Governos federal e estaduais, criou-se um vácuo na coordenação das políticas de saúde de prevenção e combate ao COVID-19, o que fez surgir no país duas estratégias distintas de enfrentamento a pandemia: *i.* negação da alta transmissibilidade e letalidade do SARS-COV-19, e conseqüentemente, incentivo a manutenção das atividades econômicas e sociais, e a prática de isolamento vertical; e, *ii.* entendimento da periculosidade do vírus e tomada de medidas sanitárias (moderadas ou rigorosas) de limitação dos fatores de transmissão e contágio do COVID-19, através das práticas sanitárias de isolamento e distanciamento social, fechamento de atividades econômicas não essenciais, paralisação de atividades educacionais etc. (HOUVÈSSOU, SOUZA, SILVEIRA, 2021; CESTARI et al, 2021; XIMENES et al, 2021)

Essa divergência entre governo federal e governos estaduais e municipais acabou gerando um conflito federativo quanto a implementação de políticas sanitárias de combate à pandemia, notadamente, em relação ao modelo de isolamento social. Enquanto o governo federal, através da Lei n. 13.979/2020, propunha o isolamento dos grupos contaminados ou sob suspeitas, sem detalhe de que forma isso seria efetivado, a maioria dos governadores estaduais adotaram o isolamento horizontal em regiões inteiras. (MORAES; SEIXAS; SANTOS, 2020; PEREIRA; OLIVEIRA; SAMPAIO, 2020).

Em março de 2020, com o aumento de casos de COVID-19 no país, Estados e Municípios começaram a adotar medidas de restrição de circulação e fechamento de atividades comerciais. A tensão entre os entes federativos aumentou, surgindo sérios

questionamentos a respeito da legalidade das medidas tomadas por Estados e Municípios, uma vez que o Governo federal defendia a tese de que estas medidas seriam de competência exclusiva da União. Nesse sentido, formou-se o cenário de um conflito federativo entre a União e os outros entes federativos quanto a condução das medidas de contenção da crise sanitária que ultrapassando o cenário político chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) mediante uma série de ações que questionavam os limites da autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios nessa seara.

O primeiro questionamento foi feito pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) que ajuizou Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6431 contra alguns dispositivos da Medida Provisória (MP) n. 926/2020 que alterava dispositivos da Lei n. 13.979/2020, redistribuindo poderes de polícia sanitária. A MP n. 926/2020 tinha como dispositivo mais polêmico a centralização das prerrogativas de isolamento, quarentena, interdição de locomoção e serviços públicos e atividades essenciais na Presidência da República. (STF, 2020a). O entendimento do Plenário do STF foi de que a competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios (artigo 23, inciso II, da Constituição Federal de 1988) na elaboração, implementação e coordenação de políticas e medidas sanitárias loco regionais não era afastada pela MP 926/2020, e que apesar da União possuir a competência legislativa sobre o tema, isso não afastaria a autonomia dos demais entes federativos, como se percebe no acordo:

EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. **1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.** 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. 3. O pior

erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços. 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. **7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.** 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 6341 Mc-Ref /DF - Distrito Federal. Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Redator(a) do acórdão: Min. Edson Fachin. Brasília, 15 de abril de 2020. Processo eletrônico DJe-271, Div. 12-11-2020, Pub. 13-11-2020. **Grifo nosso**)

Dirimida a questão de competência para legislar sobre saúde, e com o agravamento da pandemia, governadores e prefeitos adotaram a estratégia de decretarem isolamento social por períodos determinados, com liberação de acesso da população somente a serviços essenciais. (GARCEL; SOUZA NETO, 2020)

Além da mobilização de partidos políticos, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ingressou com a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 672 questionando atos omissivos e comissivos do Governo Federal na condução de políticas públicas emergenciais durante a pandemia. O Plenário do STF referendou a decisão monocrática do relator, min. Alexandre de Moares,

assegurando a Estados, Distrito Federal e Municípios a possibilidade de adotar “medidas restritivas sobre distanciamento e isolamento social, circulação de pessoas, funcionamento de escolas, comércio, atividades culturais e outras eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos [...]”. A decisão do STF na ADPF 672 acompanhava decisão anterior do Plenário na ADI 6431, apontando para a competência concorrente dos entes federativos na regulação do direito sanitário dentro das suas especificidades loco regionais. No entendimento do STF, a adoção das “medidas locais de contenção [por Estados, Distrito Federal e Municípios], entretanto, não inviabilizam a competência geral da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário”. (STF, 2020b)

RECONHECENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **ADPF 672/DF**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, j. em 08/04/2020, DJe-089, div. 14 abr. 2020, public 15 abril 2020.)

Estabelecida a possibilidade de decretação de quarentena ou isolamento social por parte dos Estados e Municípios sem a necessidade de autorização do Governo Federal, mas com fundamentação em normas e pareceres técnico-científicos, estes Entes federativos ao longo do ano de 2020 e 2021 utilizaram esses instrumentos e suas variações à medida que os números de contaminados e óbitos subia ou quando o sistema de saúde se mostrava a beira do colapso.

Convém ressaltar que o mecanismo de isolamento sofreu adaptações, o que gerou questionamentos quanto a heterogeneidade das formas utilizadas entre os entes federativos e ações judiciais. Em um primeiro momento, utilizou-se o distanciamento social ampliado pela necessidade real de conter a propagação do vírus e a restrição de circulação se mostrava como a forma mais eficaz.

Essa estratégia foi sendo desenvolvida de forma diferente em cada unidade da

federação, variando de branda a rigorosa, onde em determinados momentos era determinado a proibição/suspensão/fechamento de atividades comerciais não essenciais; de eventos com aglomerações de pessoas; do uso de praias, balneários, igarapés e de comércio nesses locais; equipamentos culturais e esportivos, entre outras formas. (SOTERO; SOARES, 2020).

Esse isolamento social ‘mitigado’ que ocorreu no país, variando entre os entes federativos quanto a extensão de atividades suspensas e o tempo, estabeleceu restrições ao exercício de vários direitos fundamentais básicos da população, mantendo acesa a discussão a respeito da legalidade dessas medidas e sua eficácia, e se não estaria ocorrendo um cerceamento a direitos fundamentais dos cidadãos.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao se abordar a temática da dignidade da pessoa humana, base essencial dos direitos fundamentais, deve-se considerar as dificuldades epistémicas em lhe atribuir um conceito em virtude do seu caráter filosófico, que atinge as dimensões cultural, religiosa e moral.

Nesse sentido, o filósofo alemão Immanuel Kant influenciou profundamente o pensamento jurídico ocidental na construção do conceito de dignidade humana, principalmente na incorporação desta ideia na produção dos textos constitucionais após a queda dos regimes totalitários nazifascistas no século XX. Ao formular seu conceito de dignidade humana, Kant se baseia na produção filosófica greco-romana e cristã a respeito de conceitos relacionados a autonomia, humanismo e a compreensão de que o ser humano possui um valor que o diferencia dos outros seres e coisas.

No livro *‘Crítica da Razão Prática’ (1788)*, ao debater sobre valores, Kant faz a distinção sobre as coisas que possuem preço e aquelas que estão acima de qualquer preço. Aquilo que possui preço é substituível por coisa equivalente, já a que não é possível precificar, possui dignidade ou valor inestimável. Kant compreende que o ser humano possui esse valor, essa dignidade intrínseca a sua condição. Para ele, uma vez que os seres humanos (entes morais) através de sua autodeterminação exercem sua razão prática, eles formam sua personalidade humana única e singular, e por consequência, insubstituível. Nos dizeres de Cunha (2005, p. 86), a “dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática, e é por esse motivo que apenas os seres humanos

revestem-se de dignidade”. Portanto, o ser humano, a partir da noção de moralidade kantiana, apresenta-se como um fim em si mesmo.

Immanuel Kant defende que a dignidade humana é qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, a qual impede a sua coisificação e se materializa por meio da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão. Isso ocorre porque os seres humanos têm, na manifestação da sua vontade, o poder de determinar suas ações, de acordo com a ideia de cumprimento de certas leis que adotam, sendo essa característica exclusiva dos seres racionais. (PADILHA; BERTONCINI, 2016, p. 97)

Apesar das críticas, o pensamento kantiano permanece sendo utilizado na revisão teórica do princípio da dignidade humana, já que utiliza como premissa a primazia do ser humano no universo jurídico. A dignidade humana é um conceito multidimensional já que se associa a vários aspectos da condição humana, como a integridade física, moral e psíquica, a condições materiais de bem-estar, as liberdades, ou seja, fatores intrínsecos a vida humana. Por sua amplitude e imbricamento com a própria existência individual, modernamente, o conceito de dignidade humana é atribuído a todos os seres humanos “independentemente de suas circunstâncias concretas ou dos danos que eventualmente tenham causado à realidade externa” (PADILHA; BERTONCINI, 2016, p. 98).

Frutos de um processo histórico de lutas sociais e formação das sociedades modernas, os direitos fundamentais se consolidam na positivação dos direitos humanos e da consolidação do conceito de dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Nunes Júnior (2009, p. 15) afirma que os direitos fundamentais podem ser compreendidos como “o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões”.

Para Härbele (1997) os direitos fundamentais formam um sistema aberto, onde suas normas são interpretadas conforme o contexto sociopolítico e econômico vigente, já que eles se encontram em permanente interação com o contexto social. Härbele compreende que o processo de ‘mutação constitucional’ permite a integração entre a norma e a realidade, o que permite que o significado da norma seja atualizado sem que haja necessidade de mudanças do texto normativo. Todavia, justamente por ser um sistema aberto, há o constante risco de colisão dessas normas.

Ainda sobre os aspectos conceituais dos direitos fundamentais, Cardoso (2016) salienta a possibilidade da bidimensionalidade de sua definição através das dimensões

objetiva e subjetiva. Na dimensão objetiva, eles apontam para a forma de organização e atuação do Estado, e na dimensão subjetiva, se manifestam como uma prerrogativa de exigir de outrem o dever de prestação. “Logo, se de um lado existe um direito a uma prestação, do outro deve exigir um dever de prestação. Assim sendo, é certo que os direitos fundamentais podem se situar tanto no plano das relações entre o Estado e os particulares, quanto apenas entre particulares”. (CARDOSO, 2016, p. 140)

Em sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*, Robert Alexy (2008) propõem sua teoria dos princípios, realizando a distinção entre regras e princípios, com base na distinção de Ronald Dworkin, produzindo sua máxima para interpretação dos direitos fundamentais, a máxima da proporcionalidade. Para Alexy, princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*” (2008, p. 90). Já as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. [...] Regras contém, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (2008, p. 91). Nesse sentido, “a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau” (2008, p. 91). Desse modo, ele afirma que através da análise dos conflitos entre regras e colisões entre princípios é possível constatar as diferenças⁹⁹. Percebe-se que por se constituírem mandamentos de definição, seus conflitos só podem ser equacionados pela subsunção, ou seja, pela declaração de validade de uma das normas jurídicas em conflito.

Já a questão da colisão entre princípios, utilizar-se-á a técnica do balanceamento, onde os princípios em colisão serão analisados para decisão do princípio mais adequado ao caso, sem que o outro princípio seja retirado do ordenamento jurídico. (ALEXY, 2008; PEDRON; OMMATI; SANTOS, 2018).

Princípios e valores possuem forte relação entre si, que podem colidir e ser sopesado. Entretanto, Alexy (2008) salienta a sua distinção: princípios representam uma ordem deontológica (o que é devido) e valores expressam uma dimensão axiológica (o que é melhor). Com relação a dignidade humana, ainda hoje é possível encontrar uma certa tensão por aqueles que a definem como um valor absoluto, daqueles que o

⁹⁹ “A teoria hermenêutica do direito contemporânea que assume uma matriz a partir do pensamento de Gadamer (2005), propõe que referida distinção apresenta equívocos: seja porque a sua metodologia mascara uma certa forma de discricionariedade judicial, seja porque a própria colisão entre princípios é, equivocadamente, resolvida através de um raciocínio lógico de subsunção”. (PEDRON; OMMATI; SANTOS, 2018, p. 102)

compreendem como relativo. Nos dizeres de Padilha e Bertoncini (2016, p. 103):

[...] se o ponto de partida for a idéia de que a dignidade da pessoa humana é um bem jurídico absoluto e, conseqüentemente, irrenunciável, inalienável e insuscetível de restrição, certamente não será possível o avanço na discussão do tema. Afinal, apesar da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, permanece o questionamento do caráter absoluto ou relativo da dignidade da pessoa e da possibilidade de se admitir eventuais restrições.

Nesse sentido, Alexy aponta para a impossibilidade de um conceito único de dignidade humana, mas sim de dois conceitos contrapostos: o conceito absoluto e o conceito relativo. A dignidade humana, sob a ótica do conceito absoluto, conceitua-se como norma jurídica absoluta, com primazia sobre todas as outras normas, sendo que a intervenção sobre a dignidade humana é considerada um ataque à dignidade. Percebe-se que sob esse aspecto, a análise de proporcionalidade é impossível. Com relação ao conceito relativo, a dignidade humana é vista como um princípio passível de ponderação e relativização em relação a colisão com outros princípios, e por conseguinte passível de análise de proporcionalidade. (PADILHA; BERTONCINI, 2016)

3 A TEORIA ALEXYANA PARA SOLUÇÃO DA COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Para Alexy os princípios de direito fundamental não são absolutos, mas relativos, no sentido que pode ocorrer situações fáticas em que a realização de um princípio de direito fundamental acarretaria restrição de outro princípio, o que ele denominou como colisão entre princípios. (LORENZONI, 2020; PADILHA; BERTONCINI, 2016). Nessa situação, Alexy propõe a utilização da ponderação.

Princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fática. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. (ALEXY, 2008, p. 117)

Ao abordar a colisão entre princípios, Alexy propõe o uso do princípio da proporcionalidade, como uma norma para solução de colisões entre princípios fundamentais, onde a ponderação é contemplada. Como lembra Lorenzoni (2020, p. 2), “o princípio da proporcionalidade atua em casos de colisões de princípios jurídicos. Isso

significa que ele funcionará como uma norma de interpretação e aplicação que não poderá ser afastada. O ponto central é compreender que se trata de uma norma que soluciona colisões”.

Sendo assim, a partir da análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, Alexy (2008) propõe sua máxima da ponderação onde ele divide o princípio da proporcionalidade em três subprincípios, no caso, i. a adequação, ii. necessidade e iii. a proporcionalidade em sentido estrito, onde os dois primeiros princípios são utilizados para a análise das possibilidades fáticas, e o último subprincípio analisa as possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2002)

O subprincípio da adequação ou idoneidade é o primeiro passo da aplicação do princípio da proporcionalidade. Busca-se a solução que melhor promove o direito fundamental protegido, vedando-se a aplicação de meios que interrompam a concretização de um princípio sem promover o outro princípio aplicado na justificação. (DIAS, 2019; LORENZONI, 2020)

No subprincípio da necessidade se busca a medida de efetivação de princípio que menos restringir o outro princípio em colisão. Ele “afasta medidas que não realizam o objetivo com a menor restrição possível para o direito em colisão” (LORENZONI, 2020, p. 3).

Por último, aplica-se o subprincípio da proporcionalidade restrita (ou em sentido estrito) onde ocorre a ponderação (ou balanceamento) para se verificar “se a solução da colisão promove um ganho sistemático dos direitos fundamentais, otimizando a norma segundo as possibilidades jurídicas” (LORENZONI, 2020, p. 3).

O processo de ponderação para a verificação dos princípios ou direitos fundamentais que estão em colisão, imputa um valor para cada princípio colidente. Ao se atribuir valor, permite-se que seja feita a análise (balanceamento) de qual princípio é mais relevante naquela situação fática.

Alexy (2008) aponta que a ponderação só pode ser utilizada diante de casos concretos, onde há a colisão de princípios, já que em situações abstratas não há hierarquia entre os princípios. Ele criou uma fórmula aritmética para que a análise seja feita de forma correta no processo de colisão entre princípios, que denominou de ‘a fórmula do peso’, abaixo transcrita:

$$w_{i,j} = \frac{i_i w_i R_i}{j_j w_j R_j}$$

Na fórmula do peso, Alexy (2002) relacionou as três variáveis, estabelecendo pesos para cada uma. No caso, ' w_{ij} ' é o resultado da ponderação entre o primeiro princípio (i) e o segundo princípio (j), sendo que se o resultado foi superior a 1, o primeiro princípio deverá prevalecer; resultado inferior a 1, prevalecerá o segundo princípio. A variável ' w ' está relacionada ao peso estabelecido para cada princípio, a variável ' I ' é a intensidade das interferências nos princípios em análise, e a variável ' R ' está relacionada ao grau de confiabilidade que os argumentos fáticos e normativos apresentam.

[...] havendo dois princípios em colisão em um caso concreto, coloca-se cada um de um lado da balança. Junto ao primeiro princípio, colocam-se também os fatores que pesam a seu favor, dando um peso para cada um deles, e o mesmo se faz com o segundo princípio. No final, a balança penderá para o lado que estiver mais pesado. (DIAS, 2019, p. 62)

Por ser uma fórmula aritmética, Alexy (2002) estabelece valores numéricos para cada peso dentro de uma escala qualitativa. Dessa forma, para a variável intensidade (I), a escala se apresenta em leve, com valor 1; moderada, valor 2; grave, valor 4. No caso da variável de confiabilidade no argumento (R), os pesos são: valor 1, para seguro; valor $\frac{1}{2}$, para plausível, e; valor $\frac{1}{4}$ para quando a confiabilidade do argumento não ser evidentemente falso. (DIAS, 2019)

4 A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS MEDIDAS SANITÁRIAS DAS UNIDADES FEDERATIVAS

A pandemia global do COVID-19 trouxe uma realidade trágica para a sociedade internacional com milhões de mortos e contaminados no ano de 2020. Apesar do esforço global para descoberta de vacinas em tempo recorde e de todo o processo de vacinação mundial, o SARS-COV-19 tem se mostrado um adversário poderoso para Governos e sociedades, pois se espalha com imensa facilidade entre aglomerações (característica comum em nossa sociedade moderna), apresentando período de incubação silenciosa, além de se adaptar com muita facilidade, gerando novas variantes mais fortes.

Há quase um século que a humanidade não presenciava uma pandemia global com tamanha intensidade e agressividade, desde a 'Gripe Espanhola', como as estatísticas

epidemiológicas apontam. No dia 02 de julho de 2021, segundo a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz)¹⁰⁰, o Brasil contava com 18.622.304 casos acumulados de contaminação e 520.095 óbitos acumulados desde o primeiro caso. Com relação aos dados globais, a Organização Mundial de Saúde (OMS)¹⁰¹ informava que a situação global era 182.319.261 casos confirmados e 3.954.324 óbitos. Além dessas perdas irreparáveis, a pandemia trouxe impactos imensos na realidade social e econômica. (UGALDE; RABELLO; SCHOMBERG et al., 2021).

Apesar do processo de imunização ter iniciado em vários países no mundo, inclusive no Brasil, ainda não há um tratamento farmacológico específico para curar ou evitar a contaminação do COVID-19, o que reforça a manutenção das medidas sanitárias não-farmacológicas (isolamento social, quarentena, lockdown, uso de máscaras, higiene das mãos e ambientes etc.) utilizadas desde 2020. Nesse sentido, a OMS continua reforçando a adoção dessas medidas, além de restrições temporárias de alguns direitos fundamentais, como forma de contenção da expansão da pandemia. (SORTERO; SOARES, 2020).

No Brasil, os embates entre o Governo federal e estaduais geraram rupturas e choques, notadamente na agenda da saúde pública que vinha sendo construída pelo movimento sanitarista à época da redemocratização brasileira. Estabeleceu-se dois polos antagônicos, de um lado, os governos estaduais defendiam as medidas de distanciamento social e restrição de circulação afim de conter a contaminação e preservar o sistema de saúde, do outro lado, o governo federal defendia a flexibilização das regras para salvaguardar o sistema econômico. (PEREIRA; OLIVEIRA; SAMPAIO, 2020)

No continente americano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) publicou a Resolução n. 01/2020, orientando a adoção de medidas de sanitárias observando os direitos fundamentais existentes.

Com efeito, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ressalva as hipóteses de aplicação de regimes jurídicos de emergência apenas quando ficar constatada a contaminação do coronavírus e reforçam, de forma expressa, que as restrições de isolamento devem ser pautadas na temporariedade, devendo todos os países-membros restaurarem a efetividade plena dos direitos fundamentais quando cessar os efeitos da pandemia. (SOTERO; SOARES, 2020, p. 104)

¹⁰⁰ Dados extraídos do 'MonitoraCovid-19 da Fiocruz (MonitoraCovid-19). Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/observatorio-covid-19/cenarios-epidemiologicos>

¹⁰¹ Dados obtidos no 'Painel do Coronavírus da OMS (COVID-19). Disponível em: <https://covid19.who.int/>

Baseados nas orientações da OMS e pareceres dos comitês técnicos, respaldados pela Lei n. 13.979/2020, governadores editaram leis e atos administrativos limitando atividades geradoras de aglomeração, notadamente o distanciamento social ampliado.

Em período de grave crise, o ordenamento constitucional autoriza a restrição de direitos fundamentais durante um período determinado na vigência do estado de defesa e do estado de sítio. Almeida (2020) aponta a possibilidade da instituição do ‘sistema constitucional de crises’, pensado para tempos de anormalidade que possam colocar em risco a democracia e o Estado, com a vantagem de preservar a Constituição de rupturas e descrença pela inaplicabilidade de direitos fundamentais em tempos excepcionais, como o tempo presente. Todavia, nessa temática, há uma discordância entre juristas quanto “a definição do âmbito de proteção ou conteúdo de um direito fundamental, bem como sobre os eventuais limites/restrições a ele imposto”. (ALMEIDA, 2020, p. 267)

Alexy defende a aplicação da tese do suporte fático amplo na definição do que as normas de direitos fundamentais conferem aos seus titulares, compreendendo “que todos os possíveis campos de ação, posição ou situação que possam ser extraídas pela interpretação semântica ampla do enunciado normativo de direito fundamental são considerados protegidos *prima facie* pela norma de direito fundamental”. Nesse sentido, há uma defesa de que “o conteúdo do direito fundamental é, normalmente, positivado por um princípio jurídico, que pode ser restringido por outros princípios constitucionais e normas que com ele colidam”. (ALMEIDA, 2020, p. 267)

A Lei n. 13.979/2020 trouxe ao ordenamento jurídico nacional as definições e medidas sanitárias para contenção do contágio e disseminação do COVID-19, o que permitiu que os outros entes federativos tivessem uma base legal para produção de legislação e medidas administrativas locais. Com relação as medidas de isolamento social e quarentena, apesar de algumas imprecisões da Portaria GM/MS n. 356/2020, Almeida (2020) aponta a possibilidade de uma ‘quarentena de risco difuso ou de regime geral’, o que comumente vem sendo denominada no país de *lockdown*. Essa quarentena de risco difuso foi a mais adotada por governadores e prefeitos, pois englobava tanto as pessoas não contaminadas quanto as contaminadas na determinação de isolamento social, mediante o fechamento de estabelecimentos comerciais, suspensão de atividades não essenciais e proibição de ocupação de espaços públicos, dentro de um período determinado. Tal medida tinha um objetivo claro e específico, conter a transmissão comunitária do vírus e por consequência evitar a sobrecarga do sistema de saúde e seu

eventual colapso.

Diante da aplicação de medidas governamentais de restrição (quarentena e isolamento social) em função do controle sanitário da COVID-19, é conveniente avaliar a sua adequação/proporcionalidade em relação aos direitos fundamentais restringidos. Como abordado nas seções anteriores deste ensaio, durante a pandemia ocorreram ‘colisões entre princípios’, o que permite a utilização da teoria da proporcionalidade de Alexy.

O direito fundamental à saúde apresenta duas dimensões: a positiva, que exige do Estado a adoção de políticas públicas de saúde que realizem a prevenção, promoção, proteção e reabilitação da saúde de todos os seus cidadãos, mediante o estabelecimento de programas e equipamentos de saúde; e, a negativa, que estabelece a abstenção da atuação estatal. Nesse sentido, o direito à saúde apresenta uma tendência a gerar conflitos normativos entre direitos fundamentais. Como exemplifica Almeida (2020, p. 284): “de um lado, o direito à saúde, na perspectiva social e coletiva de prevenção e proteção da saúde pública, [...] e, de outro, o direito à liberdade e ao livre desenvolvimento da personalidade do destinatário da medida sanitária de controle aplicada”.

Ao se aplicar as *técnicas de proporcionalidade* de Alexy para análise das medidas de lockdown (dentro do sentido ampliado que teve no Brasil) tomadas pelos Governos Estaduais, deve-se inicialmente avaliar que a pandemia do Sars-Cov-19 se mostrou extremamente danosa para a sociedade internacional, especialmente a brasileira. Como apresentado anteriormente, os dados epidemiológicos da pandemia monitorados pela Fiocruz¹⁰² apontam uma realidade trágica, onde milhares de brasileiros que mesmo após o restabelecimento da doença, continuam apresentando sequelas que demandarão tratamento e reabilitação por período ainda não computado; mais de 600 mil mortos, que além da lacuna emocional deixada junto a suas famílias, ocasionaram a perda de renda, levando dificuldades futuras a uma geração de órfão; perda econômica do Produto Interno Bruto (PIB), agravando a situação de desigualdade social e regional existente no país; milhões de crianças e adolescentes sem aula, ampliando o déficit educacional brasileiro e reforçando o abismo social existente na sociedade, entre os que possuem renda para estudar em escolas privadas e os que não a possuem, e estudam em escolas públicas sem acesso aos mesmos equipamentos e tecnológicas educacionais.

¹⁰² Dados extraídos do ‘MonitoraCovid-19 da Fiocruz (MonitoraCovid-19), em 02 de julho de 2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/observatorio-covid-19/cenarios-epidemiologicos>

Utilizando-se a análise produzida por Almeida (2020) sobre as medidas de controle da pandemia à luz da proporcionalidade, aprecia-se o grau de intensidade das medidas legais e administrativas tomadas pelos Estados e Municípios, avaliando-se a intensidade do controle judicial, de forma geral.

As medidas de lockdown tomadas pelos entes federados restringiram os direitos fundamentais essenciais, como o direito de locomoção, de livre iniciativa, de livre reunião e até mesmo o direito à saúde, em sua dimensão negativa. Isto implicaria num maior controle judicial das medidas administrativas tomadas pelos entes federados. Todavia, considerando-se a dimensão da crise sanitária e do seu rápido agravamento, conforme os números supracitados, percebe-se a relevância das medidas tomadas para preservação da vida e da saúde de milhares de pessoas. Apesar do país não ter decretado Estado de Defesa ou de Sítio, ele não se encontrava em tempos de normalidade, o que justificava “uma menor intensidade de controle judicial ou menor ônus de justificação estatal”. (ALMEIDA, 2020, p. 285).

Entrementes, os nefastos efeitos produzidos pela pandemia, mormente o número alarmante de mortos em pouquíssimo tempo, a facilidade do contágio, as consequências provocadas no sistema de saúde e na economia global, aliados ao alto grau de consenso científico sobre a forma de transmissão da moléstia – que ocorre também pelo ar, inclusive por pessoas assintomáticas – e sobre a eficácia sanitária das medidas orientadas para a desaceleração da curva de progressão de contágio – o que é salutar para evitar o colapso do sistema de saúde –, tudo isso confere uma alta margem de ação epistêmica empírica, porque há confiabilidade nas premissas fáticas que justificam a intervenção estatal. Essas razões motivam a defesa de um controle mais enfraquecido de proporcionalidade pela jurisdição constitucional. (ALMEIDA, 2020, p. 285)

A partir dessa conclusão, é possível apontar a legitimidade dos meios utilizados pelos entes federativos. A aplicação de medidas de isolamento ou quarentena tem uma razão de ser, no caso, a contenção da propagação do Sars-Cov-19, evitando que milhares de pessoas contraíam a doença, e evoluam para casos moderados ou graves de internação nos equipamentos de saúde, implicando em um aumento da demanda além da capacidade de oferta instalada, ocasionando o colapso do sistema de saúde.

O próximo passo é avaliar as medidas à luz do *subprincípio da idoneidade*, onde “a solução proposta para a colisão de princípios deve ser aquela que promove o fim de realizar o direito fundamental a ser constitucionalmente protegido” (LORENZONI, 2020, p. 3). No caso, há um consenso majoritário na comunidade científica, nacional e

internacional, de que naquele momento (2020), medidas de isolamento social e quarentena eram as únicas eficazes para diminuir a propagação da doença e preservar a saúde e da vida das pessoas, concluiu-se pela sua adequação.

No campo do *subprincípio da necessidade*, busca-se a solução “que menos influencia o princípio restringido ao mesmo tempo que concretiza de forma satisfatória o princípio contraposto” (LORENZONI, 2020, p. 3). Nesse sentido, pode-se formular a seguinte questão: Diante de um cenário de agravamento de crise sanitária, com o aumento geométrico de casos de contaminação, de internações hospitalares e de óbitos, e com a inexistência de tratamento farmacológico que previna ou cure da infecção viral de COVID-19, existia alguma medida menos gravosa para os direitos fundamentais restringidos que garantisse a proteção da saúde da população brasileira?

Em virtude do histórico de evolução da doença, acredito ser possível responder essa pergunta fazendo um corte temporal em dois momentos: o primeiro momento, nos meses de março, abril e maio de 2020, a resposta será negativa, pois se estava diante de uma doença nova, sem tratamento comprovadamente eficaz, sem que as instalações hospitalares tivessem tido tempo suficiente para ampliar a sua capacidade de atendimento, notadamente, nas Unidades de Terapia Intensiva (UTI). Dessa forma, apesar do impacto que medidas de restrição de circulação apresentaram em relação a outros direitos fundamentais, o foco de ação naquele momento era a preservação do direito à saúde e a vida.

Quando se avalia, num segundo momento, a situação sanitária no ano de 2021, com o campanha vacinal ocorrendo, com um ciclo de aprendizado em relação a doença bem fundamentado entre os profissionais de saúde, e uma maior conscientização da população em relação a suas responsabilidades na contenção da propagação da doença, a resposta continuaria sendo negativa, no sentido de que os métodos de distanciamento social ainda são os mais eficazes numa realidade sanitária onde menos de 20% da população foi completamente imunizada. Todavia, com relação a intensidade das medidas, isto é, o tamanho das restrições para as atividades comerciais, educacionais, entre outras, é possível afirmar que haveria necessidade de uma melhor adequação a realidade local, o que significaria o estabelecimento de zonas ou áreas de restrição, tendo uma graduação específica para cada realidade.

Por último, avalia-se a *proporcionalidade em sentido estrito*, “na qual há um juízo ponderativo, a fim de construir uma regra de precedência entre dois princípios em

confronto no caso concreto, com anseio de replicação para conflitos semelhantes no futuro, ilaciona-se que os meios legais são proporcionais em sentido estrito” (ALMEIDA, 2020, p. 287).

A priori, é necessário especificar quais são os direitos fundamentais que se encontram em conflito para que a ponderação ocorra de forma efetiva. No caso em tela, avaliando-se as medidas sanitárias de isolamento e quarentena, tem-se de um lado o direito fundamental de não ser segregado provisoriamente com restrição a livre circulação, e do outro lado, a exigência de medidas sanitárias que protejam a saúde coletiva de uma comunidade.

A experiência internacional de países que implantaram medidas de isolamento social, como a China, a Coreia do Sul, a Nova Zelândia e países europeus, juntamente com estudos médicos, apontam para efetividade das medidas a ponto de a OMS recomendar a sua aplicação em outros países, juntamente com a aplicação de testes e a realização de investigação epidemiológica. Nesse sentido se preenche critérios da ‘lei material da ponderação’, onde “afetações severas do direito fundamental exigem uma promoção de um fim estatal de grande importância e em grande escala” (ALMEIDA, 2020, p. 288).

CONCLUSÃO

A pandemia do COVID-19 trouxe impactos humanitários, sociais e econômicos a toda a sociedade internacional. O número de perdas de vidas humanas e desestruturação de famílias continuará repercutindo por muitos anos após o término da pandemia.

No Brasil, a crise sanitária demandou respostas rápidas de todos os setores nacionais, especialmente, dos gestores públicos, em um cenário de crise econômica, contingenciamento de investimentos nas áreas de saúde, educação e assistência social, além de fortes embates políticos entre o Governo Federal e Governos Estaduais e Municipais.

Diante de um contexto de disputa entre argumentos técnicos-científicos e posicionamentos anticientíficos, os Governos dos entes federados tiveram que tomar decisões para guiar as ações públicas de prevenção e proteção da população contra os riscos de contágio, além da real possibilidade de colapso dos serviços de saúde.

Foi nesse cenário que medidas sanitárias de restrição de direitos fundamentais foram implementadas, ora com maior rigor ora mais brandas, levando a questionamentos

judiciais sobre a sua legalidade.

O presente ensaio fez uma reconstituição desse cenário, analisando as medidas tomadas à luz da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. O estudo apontou a sua proporcionalidade em relação aos direitos restringidos temporariamente pela implantação de isolamento social e quarentena.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008

ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madri, v. 22, n. 66, p. 13-64, set./dez. 2002. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/289390.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. As medidas legais de controle da COVID-19 (isolamento, quarentena e tratamento de saúde compulsório) e sua proporcionalidade. **A&C – R. de Dir. Adm. Const.**, Belo Horizonte, v. 20, n. 80, pp. 263-295, abr./jun. 2020. Disponível em: <https://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/1338>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BARRETO, Mauricio Lima et al. O que é urgente e necessário para subsidiar as políticas de enfrentamento da pandemia de COVID-19 no Brasil? **Rev Bras Epidemiol**, v. 23, pp. 1-4, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1980-549720200032>>.. Acesso em: 15 mai. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020**. Promulga o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10212.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto legislativo nº 6, de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020.** Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 356, de 11 de março de 2020.** Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19). Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>. Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 454, de 20 de março de 2020.** Declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (covid-19). Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-454-de-20-de-marco-de-2020-249091587>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.341/DF.** Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.341. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **ADPF 672/DF.** Arguição de descumprimento de preceito fundamental, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, j. em 08/04/2020, DJe-089 DIVULG 14/04/2020 PUBLIC 15/04/2020. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 25 jun.2020

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n. 1, p. 137 - 155, 5 out. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/download/10327/7300>. Acesso em: 20 mar. 2021.

CARNEIRO, Rodrigo Alvares. A justificação interna e externa da máxima da proporcionalidade como argumento jurídico nas obras de Robert Alexy. **Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica**, Salvador, v. 4, n. 1, pp. 96-118, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/4016/0>. Acesso em: 20 mar. 2021.

CESTARI, Virna Ribeiro Feitosa et al. Vulnerabilidade social e incidência de COVID-19 em uma metrópole brasileira. **Ciência & Saúde Coletiva** [online]. v. 26, n. 3, pp. 1023-1033, 15 mar. 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232021263.42372020>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Pandemia y Derechos Humanos em las Américas. Resolución 1/2020.** Disponível em:

<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>. Acesso em 10 mai. 2021.

CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana: o estudo jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DEMENECH, Lauro Miranda et al. Desigualdade econômica e risco de infecção e morte por COVID-19 no Brasil. **Revista Brasileira de Epidemiologia** [online]. v. 23, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1980-549720200095>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

DIAS, Juliana Bolzan Sebe. Análise crítica da teoria da ponderação de princípios de Robert Alexy e da sua eficácia para harmonização de decisões judiciais. **Atuação: Rev. Jur. Do Min. Públ. Catarin**, Florianópolis, v. 14, n. 31, pp. 52-75, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.33946/2595-3966-v14n31.89>. Acesso em: 20 mar. 2021.

GARCEL, Adriane; SOUZA NETTO, José Laurindo de. Do 'stay home' ao 'lockdown': o impacto das medidas de distanciamento no Brasil e no mundo. **Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos**, v. 6, n. 2, pp. 98-118, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistateoriasdemocracia/article/view/7194>. Acesso em: 20 mar. 2021.

GARCIA, Leandro Pereira et al. O potencial de propagação da COVID-19 e a tomada de decisão governamental: uma análise retrospectiva em Florianópolis, Brasil. **Revista Brasileira de Epidemiologia** [online]. v. 23, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1980-549720200091>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; LORENZONNI, Pietro Cardia. Propostas de desenvolvimento da ponderação: uma análise das críticas de Sieckmann sobre a teoria dos princípios de Alexy. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC** [online], v. 39, n. 1, pp. 209-226, jan./jun. 2019. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/31344>. Acesso em: 30 abr. 2021.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional - A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HOUVÈSSOU, Gbènkpon Mathias; SOUZA, Tatiana Porto de; SILVEIRA, Mariângela Freitas da. Medidas de contenção de tipo lockdown para prevenção e controle da COVID-19: estudo ecológico descritivo, com dados da África do Sul, Alemanha, Brasil, Espanha, Estados Unidos, Itália e Nova Zelândia, fevereiro a agosto de 2020. **Epidemiologia e Serviços de Saúde** [online]. v. 30, n. 1, pp. 1-12, 11 jan. 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1679-49742021000100025>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

LORENZONI, Pietro Cardia. Uma análise do princípio da proporcionalidade na argumentação jurídica. **Revista Consultor Jurídico**, 11 jul. 2020. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2020-jul-11/diario-classe-analise-principio-proporcionalidade-argumentacao-juridica#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20proporcionalidade%20atua,uma%20norma%20que%20soluciona%20colis%C3%B5es..> Acesso em: 18 mai. 2021.

MORAES, Anne Harlle Lima da Silva; SEIXAS, Bernardo Silva de; SANTOS, Bruno Carvalho Marques dos. A COVID-19 e o intervencionismo judicial: a decretação de lockdown na região metropolitana de São Luís-Ma por meio de decisão judicial. **Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos**, v. 6, n. 2, pp. 24-40, jul./dez. 2020.

Disponível em:

<https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasjustica/article/view/7078>. Acesso em: 20 mar. 2021.

MORAIS, Fausto Santos de. As principais operações metodológico-jurídicas propostas por Robert Alexy: da subsunção à comparação. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, v. 21, n. 1, jan./abr. 2016. Disponível em:

<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/8767>. Acesso em: 20 mar. 2021.

MOURA, Emerson Afonso da Costa. Limites do exercício do poder de polícia à luz dos direitos fundamentais: análise das medidas restritivas adotadas durante a pandemia do COVID-19. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 3, pp. 935-952, set./dez. 2020.

Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/570>. Acesso em: 20 fev. 2021.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988.**

Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

PADILHA, Elisângela; BERTONCINI, Carla. A dignidade da pessoa humana na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy: uma análise sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 13, n. 6, pp. 95-110, jan./abr. 2016. Disponível em:

<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2908>. Acesso em: 20 mar. 2021.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emilio Medauar; SANTOS, Cyntia Cordeiro. A crítica da teoria hermenêutica de Lenio Streck à teoria dos princípios de Robert Alexy. **R. do Instituto de Hermenêutica Jur. – RIHJ**, Belo Horizonte, v. 16, n. 24, p. 101-119, jul./dez. 2018.

PEREIRA, Ana Karine; OLIVEIRA, Marília Silva; SAMPAIO, Thiago da Silva.

Heterogeneidades das políticas estaduais de distanciamento social diante da COVID-19: aspectos políticos e técnico-administrativos. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, pp. 678-696, jul./ago. 2020. Disponível em:

<https://doi.org/10.1590/0034-761220200323>. Acesso em: 20 fev. 2021.

PRACUCHO, Davbi Marcucci. A fundamentação dos direitos humanos segundo Alexy. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 7, n. 13, jan./jun. 2019. Disponível em:

<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/6279>. Acesso em: 20 fev. 2021.

QUEIROZ, Victor Santos. A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant. Da fundamentação da metafísica dos costumes à doutrina do direito. Uma reflexão crítica para os dias atuais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 757, [s.p.], 31 jul. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7069/a-dignidade-da-pessoa-humana-no-pensamento-de-kant>. Acesso em: 15 jun. 2021.

SILVA, Lara Livia Santos da et al. Medidas de distanciamento social para o enfrentamento da COVID-19 no Brasil: caracterização e análise epidemiológica por estado. **Cad Saúde Pública** [Internet]. v. 36, n. 9, pp. 1-15, 18 set. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00185020>. Acesso em: 15 mai. 2021.

SOTERO, Ana Paula da Silva; SOARES, Ricardo Maurício Freire. Constituição e restrição a direitos fundamentais em tempos de pandemia de COVID-19: um breve estudo do lockdown no Estado do Maranhão. In: BAHIA, Saulo José Casali (coord.). **Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus**. São Paulo: Editora Iasp, 2020, volume 2. 510 p.

STRECK, Lenio Luiz. Limites do consequencialismo no direito: dos dilemas trolley ao coronavírus. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 3, pp. 24-934, set./dez. 2020. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/569>. Acesso em: 20 fev. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (BR). **STF reconhece competência concorrente de estados, DF, municípios e União no combate à Covid-19**. Notícias e Texto, Brasília: STF, 15 abr. 2020a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1>. Acesso em: 16 mai. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Referendada decisão que garante a estados, DF e municípios liberdade na adoção de medidas contra pandemia**. Notícias e Texto, Brasília, 19 out. 2020b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=453547&ori=1>. Acesso em: 20 jun. 2021.

UCHÔA, Silvia Betriz Beger; UCHÔA, Bruno Beger. Coronavírus (COVID-19) – um exame constitucional e ético das medidas previstas na lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Cadernos de Prospecção**, Salvador, v. 13, n. 2, pp. 441-458, abr. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/nit/article/view/36163>. Acesso em: 20 mar. 2021.

UGALDE, Luís Filipe Bortolotto; RABELLO, Renata dos Santos; SCHOMBERG, Leonardo Oleques; BENETTI, José Ricardo Cerezer; MARCAL, Bruno Lopes. A Epidemia da Gripe Espanhola e do COVID-19 no Brasil: um paralelo. **Revista Médica de Minas Gerais** [online], n. 31: e-31303, p. 1- 8, 2021. Disponível em: <http://www.dx.doi.org/10.5935/2238-3182.20210019>. Acesso: 30 mai. 2021

World Health Organization (WHO). *Coronavirus disease 2019 (COVID-19) COVID-19 Weekly Epidemiological Update. N. 46*. Genebra: WHO; 2021. Disponível em: <https://www.who.int/publications/m/item/weekly-epidemiological-update-on-covid-19---29-june-2021>. Acesso em: 30 jun. 2021

XIMENES, Ricardo Arraes de Alencar et al. Covid-19 no nordeste do Brasil: entre o lockdown e o relaxamento das medidas de distanciamento social. **Ciência & Saúde Coletiva** [online]. v. 26, n. 4, pp. 1441-1456, 19 abr. 2021. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232021264.39422020>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

Capítulo 9
O DEPOIMENTO ESPECIAL DA LEI 13.431/17: O
COMBATE DA REVITIMIZAÇÃO DA CRIANÇA E
ADOLESCENTE VÍTIMAS OU TESTEMUNHAS DE ABUSO
SEXUAL

Juliana Rodrigues de Souza
Leliane Aguiar da Silva



O DEPOIMENTO ESPECIAL DA LEI 13.431/17: O COMBATE DA REVITIMIZAÇÃO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE VÍTIMAS OU TESTEMUNHAS DE ABUSO SEXUAL

Juliana Rodrigues de Souza

Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Castanhal, endereço eletrônico:

juliana.sousa81@gmail.com

Leliane Aguiar da Silva

Especialista em Educação Ambiental Urbana pela Escola Aberta do Brasil – ESAB, Especialista em Educação de Jovens e Adultos Privados de Liberdade – UFPA, graduada em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Pará - UFPA e em Direito pela Faculdade de Castanhal – FCAT. E-mail: lelianeaguiar@gmail.com

RESUMO: Este artigo tem propósito de reconhecer a imprescindibilidade do Depoimento Especial e a Escuta Especializada enquanto novas formas de inquirição com crianças vítimas ou testemunhas de abuso sexual, no combate a violência institucional. Com isso, emerge a indagação de como gerar menos danos as crianças e adolescentes que sofrem violência sexual e se submetem ao processo frente a profissionais que não receberam treinamento adequado para esse atendimento sensível e especial que ainda são expostos em ambiente desconhecidos. Utilizou a pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo, como artigos, livros, teses, todos com o objetivo de buscar informações sobre o depoimento especial trazido pela lei 13.431/17. A análise inicia pontuando a questão do abuso infantil e os meios de provas na apuração de crimes sexuais, seguida da compreensão do ECA e, por fim o esforço recai sobre os conceitos de violência, como ela acontece, quais as consequências, os tipos de intervenção, e os pressupostos éticos a serem abordados na hora do atendimento no combate a revitimização. Constatou-se que existem inúmeras dificuldades econômica, estrutural e de recursos humanos que carecem de solução para a eficácia no sistema de depoimento especial, como também de ações estratégicas de capacitação continuada para garantir os pressupostos processuais.

Palavras-chave: Abuso sexual infantil; Inquirição de crianças; depoimento Especial; Escuta especializada; Revitimização.

ABSTRACT: This article aims to recognize the indispensability of Special Testimony and Specialized Listening as new forms of inquiry with child victims or witnesses of sexual abuse, in the fight against institutional violence. With this, the question emerges of how to generate less damage to children and adolescents who suffer sexual violence and submit to the process in front of professionals who have not received adequate training for this sensitive and special care that are still exposed in unknown environments.

Qualitative bibliographical research was used, such as articles, books, theses, all with the aim of seeking information about the special testimony brought by law 13.431/17. The analysis begins by pointing out the issue of child abuse and the means of evidence in the investigation of sexual crimes, followed by the understanding of the ECA and, finally, the effort falls on the concepts of violence, how it happens, what are the consequences, the types of intervention, and the ethical assumptions to be addressed at the time of assistance in combating revictimization. It was found that there are numerous economic, structural and human resources difficulties that require a solution for the effectiveness of the special testimony system, as well as strategic actions of continued training to guarantee the procedural assumptions.

Keywords: Child sexual abuse; Inquiry of children; Special testimonial; Specialized listening; Revictimization.

1 INTRODUÇÃO

Há alguns anos iniciou-se no país uma preocupação com relação ao modo de se ouvir crianças e adolescentes vítimas de crimes sexuais no sistema judicial, pois notava-se que o modelo até então aplicado causava mais sofrimento às vítimas.

Diante disto, desenvolveu-se a técnica de depoimento especial, que consiste em uma oitiva diferenciada na qual a possível vítima é recepcionada com cordialidade, em seguida, conduzida à uma sala separada, projetada de forma a propiciar um ambiente mais amigável e acolhedor, onde um profissional especialmente treinado para esse fim repassa as perguntas da sala de audiência de forma compatível com o nível de linguagem da criança ou adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, é reconhecido por ser um dos instrumentos legais mais avançados quando se trata da garantia dos direitos da criança e do adolescente. No entanto, desde sua promulgação o ECA vem passando por alterações significativas ao passo que a sociedade se transforma e as relações entre os pares se modificam, fato este decorrente do próprio princípio da atualidade em que está inserido no Sistema de Princípios do Direito da Criança e do Adolescente, derivado da noção de proteção integral assegurado a estes.

O tema proposto tem o intuito de apresentar formas de inquirição com crianças e adolescentes vítimas e abuso sexual, evitando a vitimização secundária, ou seja, buscando impedir o sofrimento continuado da vítima do ato violento após o encerramento do mesmo que resulta quando a criança se depara frente ao poder judiciário.

Ao longo dos anos, o tema da infância e da adolescência tornou-se relevante na doutrina jurídica Brasileira, e em diversos países a partir da publicação de declarações e convenções voltadas ao universo infanto-juvenil.

Vamos entender que, as publicações fizeram que crianças e adolescentes não apenas ganhassem um novo status diferenciado nos programas de implementação de políticas públicas, como é concebido uma nova forma de intervenção para com eles.

Fortalecendo o cumprimento da Recomendação nº 33, no ano de 2017 o ECA foi alterado por meio da Lei nº 13.431, que estabeleceu o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência sancionada em 04 de abril de 2017.

Tem-se com isso, o objetivo de normatizar e organizar um sistema que garanta os direitos através da criação de mecanismos que proíbam e coíbam os vários tipos de violência. Nesse aspecto, a lei inovou ao dedicar proteção também às crianças e adolescentes que testemunharam atos de violência.

Diante do pressuposto o presente trabalho tem como objetivo geral analisar o depoimento especial como instrumento jurídico que combate os danos na oitiva de crianças e adolescente bem como os objetivos específicos descrever a proteção integral da criança e adolescente; descrever as inovações da Lei 13.431/17; analisar as funções que o CRAS disponibiliza para as crianças e adolescentes.

Para a realização deste estudo, fez se uma pesquisa bibliográfica de caráter qualitativo, e para isso foram utilizados artigos, livros, teses, todos com o objetivo de buscar informações sobre o depoimento especial trazido pela Lei 13.431/17, bem como o uso da legislação pertinente ao assunto em comento.

2 O ABUSO SEXUAL INFANTIL E A CRIANÇA COMO MEIO DE PROVA NA APURAÇÃO DE CRIMES SEXUAIS

O Relatório Mundial sobre Violência e Saúde (OMS, 2012) aborda a violência como um problema de saúde pública no mundo. Apresenta, inclusive, forte impacto sobre a morbimortalidade da população (MELO, 2010).

A violência sexual é reconhecida, atualmente, como grave problema de saúde pública e exige preparo tanto dos profissionais quanto das instituições de saúde para atuarem junto à população. A noção de violência não é unânime na literatura, visto que a

categoria violência comporta múltiplos significados. “A violência é, hoje, uma expressão utilizada para referir diversas situações, diferentes significados e diz respeito a múltiplos eventos e contextualizações várias” (BONAMIGO, 2018, p. 206).

É sabido que nem sempre os crimes sexuais deixam vestígios, especialmente em relação à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, como aqueles praticados pelo acusado, a saber o toque nos seios da vítima, a carícia nas partes íntimas e a introdução dos dedos na vagina, que dificilmente revelam elementos sujeitos a perícia junto à ofendida, pois, mesmo havendo a consumação do ato, os resquícios podem ter desaparecido com o tempo ou sequer terem se perpetrado no corpo.

Eis o porquê de os Tribunais pátrios entenderem pela prescindibilidade do exame sexológico. Amparando-se nas demais provas, desde que que lícitas, suprime-se a necessidade do “corpo de delito”, quando desaparecidos os vestígios sensíveis da infração penal e, através outros elementos de caráter probatório, notadamente os de natureza testemunhal ou documental, decide-se pela condenação, conforme se vislumbra no julgado transcrito abaixo:

[...] 1. Nos crimes contra a dignidade sexual, o laudo pericial mostra-se prescindível, uma vez que a maioria dos atos libidinosos não deixa vestígios, razão pela qual a palavra da ofendida tem especial relevância para comprovar a materialidade e autoria do crime, mormente quando em consonância com outras provas dos autos [...] (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2018).

Desse modo, o depoimento da vítima assume importante papel probatório no caso dos autos, tendo em vista se tratar de crime contra a dignidade sexual, que geralmente é praticado às escuras e não deixam vestígios.

Compreende-se, deste modo, que há diferentes modos de se conceber a violência sexual intrafamiliar e, conforme essas variadas concepções, serão produzidas formas distintas de atendimento às vítimas.

Para garantir o atendimento adequado às crianças e às adolescentes vítimas de violência se faz necessário compreender os conceitos de violência, como ela acontece, quais as consequências, os tipos de intervenção, como intervir e os pressupostos éticos a serem abordados na hora do atendimento.

2.1 Proteção integral contra as diversas práticas de violências em criança e adolescentes

A Constituição Federal de 1988 introduziu, em nosso ordenamento, a Doutrina da Proteção Integral direcionada à infância. No entanto, o que se percebe é que cenários de descumprimento dos parâmetros contidos na lei ainda continuam a se reproduzir em pleno século XXI, sendo de fundamental importância que temáticas como esta estejam sempre no centro da discussão da sociedade civil e em todos da ceara de proteção aos direitos da criança, dentre os quais as áreas de educação, saúde, assistência e tantas outras que podem e devem mediar práticas de luta e combate contra esse flagelo social.

Esta proteção ao direito da criança consta-se elucidada no artigo 227 da constituição Federal de 1988, quando vem afirmar que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Frente ao alto grau de violência envolvendo criança e adolescente, fez se necessário que o Estado Punitivo criasse mecanismo de coagir os infratores de tal atos, bem como normatizassem de forma integral a proteção dessa geração que ainda se encontram em desenvolvimento.

Foi assim que surgiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90, que revolucionou o Direito Infanto-juvenil, inovando e adotando a doutrina da proteção integral, cuja visão vem baseada nos direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil às crianças e aos adolescentes que, pela condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada.

Tal preocupação em solo brasileiro acompanha uma atenção de cunho internacional já que em 1948, quando da IX Conferência Internacional de Bogotá, foi elaborada uma Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, a qual, mesmo não tratando diretamente sobre direitos das Crianças ou Adolescentes, acabou consignando, em seu artigo XXX, a obrigação de todos em auxiliar, alimentar, educar e amparar os filhos de menor idade, o que representava, em seu bojo, não somente uma enorme proteção, mas, ainda, a necessidade de olhar esse segmento da sociedade no caso os menores, de forma diferenciada.

Ainda sobre o critério de divisão desses direitos, Tavares (2012), apresenta seus argumentos, para quem “Posicionando o Direito da Infância e da Juventude nas dimensões, ondas ou gerações de direitos considerados ao longo do século de constitucionalismo democrático.

O erudito juiz da Infância e da Juventude de Belo Horizonte, Tarcísio José Martins da Costa, em obra muito bem fundamentada (Adoção transnacional, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 33), acolhe a ideia de Armando Acácio Gomes Deandro, ex-juiz de Menores de Lisboa, para quem são direitos de terceira geração os direitos infanto-juvenis, pois derivados da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento biopsicossocial”.

Essa internalização dos direitos da Criança e do Adolescente entre nós devem ser mesmo considerados direitos de terceira geração, uma vez que o Direito da Infância e da Juventude no Brasil está incluído na categoria dos direitos humanos fundamentais, de terceira geração, ou onda, ou dimensão (BARREIRA, 2017).

O infante sempre foram alvos de grandes discriminações por parte de toda a sociedade, a qual não se preocupava em respeitá-los, ou entendê-los, desconhecendo o fato de que os mesmos são pessoas ainda em desenvolvimento.

A violência é um problema atemporal. É sabido que as mudanças ocorridas ao longo da história sempre tiveram um teor de violência que não ficou restrito somente a um espaço ou há um tempo, mas que sempre resultaram em acontecimentos que deixaram e ainda deixam marcas na sociedade.

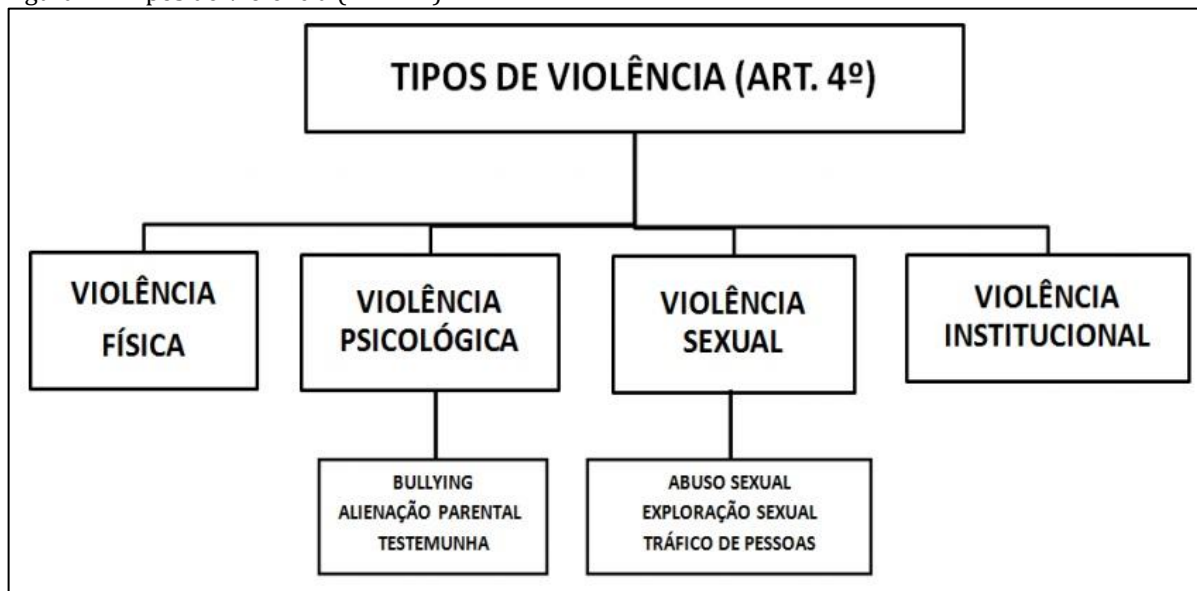
Nesse âmbito, é ilusório pensarmos que a violência não tenha chegado a atingir crianças e adolescentes, haja vista que praticamente todos os dias inúmeros relatos dos tipos de violência física, psicológica, sexual e institucional são noticiados, sendo umas mais do que outras (ANDRADE, 2012).

Nesse aspecto, a Lei n. 13.431/17 de 04 de abril de 2017, constitui-se um novo mecanismo destinados a controlar a violência contra crianças e adolescentes em alusão não apenas unicamente ao disposto no art. 227, caput e parágrafo 4º da constituição Federal, como também ao art.226, caput e parágrafo 8º, da mesma carta magna.

No artigo 4º, definiu os tipos de violência entre as quais crianças e adolescentes devem ser protegidas: a primeira é a física que ocorre por meio de ofensa à integridade ou saúde corporal; a segunda é a psicológica que abrange a ameaça, a agressão verbal e aos constrangimentos como bullying e alienação parental; a terceira definição de violência é a sexual que envolve a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a exploração

sexual e o tráfico de pessoas; e por fim, a inovação da lei que é a violência institucional que é aquela praticada por instituição pública ou privada, que pode acarretar revitimização da criança e do adolescente ao receber algum tipo de atendimento ou prestação de serviço (BRASIL, 2017).

Figura 1 – Tipos de Violência (ART. 4º)



Fonte: Autora da Pesquisa, 2019.

Analisando a Lei n. 13.431/17, pode-se inferir que esta é uma lei finalística, pois quando ela tem como essência o princípio da proteção integral da criança e do adolescente presente no art. 227 da CF/88 e reproduzido no art. 4º do ECA, se entende perfeitamente a necessidade de se estabelecer esses tipos de violência na lei, visto que, crianças e adolescentes são vítimas diariamente de qualquer uma das espécies. (BRASIL, 2017).

Quando a violência é banalizada ou não é identificada como sintoma de uma patologia social, corre o risco de naturalizá-la e de transformá-la em um costume que ao passar dos tempos crianças e adolescentes vítimas acabam internalizando como algo natural da vida em sociedade.

Essa concepção pode acarretar consequências que se revelam através destes elevados índices de casos registrados em pesquisas e noticiados constantemente na mídia. Na tabela 1 a seguir serão apresentados alguns tipos de violências registradas em pesquisa feita pela SINAN em 2018.

Quadro1. Tipos de Violência e Faixa etária das vítimas

Tipos de Violência	Números de Atendimentos						% Atendimentos					
	< 1	1-4	5-9	10-14	15-19	Total	< 1	1-4	5-9	10-14	15-19	total
Física	1.114	1.549	2.258	5.243	11.115	21.279	29,4	21,7	26,9	36,0	59,6	40,5
Psicológica/ Moral	322	874	1796	2965	2991	8.948	8,5	12,3	21,4	20,4	16,0	17,0
Tortura	41 67	67	170	287	427	992	1,1	0,9	2,0	2,0	2,3	1,9
Sexual	183	1.552	2.542	4.118	2.030	10.425	4,8	21,8	30,3	28,3	10,9	19,9
Abandono/ Negligência	1.893	2.846	1.425	1.281	830	8.275	49,9	39,9	17,0	8,8	4,5	15,8
Outras	240	244	198	667	1.247	2.596	6,3	3,4	2,4	4,6	6,7	4,9
Total*	3.793	7.132	8.389	14.561	18.640	52.515	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: SINAN/SVS/MS, 2018.

Nota-se que é revelado tabela acima, ao se observar a violência física por quem foi o agressor, verificar-se que a maioria dos casos de violências físicas se dá no âmbito das relações intrafamiliares, que para configurar violência sexual nem sempre é utilizada de agressão física e sim a psicologia que gera tanto dano quanto a primeira.

Por esta razão é que a lei estatutária estabeleceu em seu artigo 5º, dentre outras coisas, que “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais” (LIBERATI, 2013).

Assim, podemos salientar que de forma inovadora o Estatuto da Criança e do Adolescente passou a tratar a criança e o adolescente como detentores de vários direitos até então inexistentes. Isso tornou-se necessário para que o equilíbrio entre estes e os demais segmentos da sociedade fosse uma realidade.

Portanto, que a prática da violência e abuso sexual é explícita, é visível, deixa marcas, causa destruição e, sobretudo, causa dor e angústia, provocando também além da transgressão ao físico, problemas psicológicos à vítima. Com isso, se infere ainda que as manifestações da violência física se caracterizam pelo uso da força, por meio de espancamentos com objetivo de ferir, deixando ou não marcas evidentes.

2.2 O depoimento judicial de crianças vítimas de abuso sexual e suas problemáticas

A Vitimologia é o ramo da criminologia, que em seu objeto separa as três dimensões de vitimização: a primária, a secundária e a terciária. A Vitimização primária decorre direta e indiretamente do envolvimento no crime, ou seja, é a pessoa diretamente afetada pela infração penal. A vitimização terciária, em suma, é aquela que perpassa pelo meio social, que acaba estigmatizando a vítima fragilizada que sofre apontamentos negativos a sua honra. (DOBKE 2001.p.23).

Os infantes que presenciam ou são vítimas de crime de abuso sexual ou quando presenciam cena de abuso físico de uma outra criança, ou quando são sequestrados, e quando acontece a denúncia na maioria dos casos que essas crianças são colocadas frente ao poder judiciário, levando em consideração que estas são testemunhas importantes, mas também, quando vítimas, sua palavra detém pujante força probatória.

A vitimização que mais interessa nesta pesquisa é a secundária, pois envolve a vítima e o estado, que tem a finalidade de exercer o poder punitivo, e assim, a persecução criminal. A Preocupação é proteger a vítima ao máximo que ainda terá que recorrer ao estado para que o abusador seja investigado, processando e julgado, ademais terá que ser encaminhada a submetesse a exames diversos, como de corpo de delito, se assim o delito exigir, e ainda ser ouvida novamente em fase processual, perante o promotor de justiça, juiz e advogado. (BARREIRA, 2017).

É vital que os ambientes e as equipes profissionais jurídicas responsáveis pelo acolhimento da criança chamada a contribuir no contexto do processo sejam estruturadas e qualificadas para reduzir o potencial de revitimização da criança e do adolescente vítima ou testemunha em demanda que envolva situação de violência.

A oitiva de crianças vítimas ou testemunhas de violência envolve legislação nacional e internacional que têm por norte a proteção integral da criança, a busca da efetividade do processo e a coerente punição do agressor.

Assim, cabe ao Poder Judiciário assegurar os direitos infanto-juvenis, garantir a inviolabilidade da dignidade e o respeito à integridade física e psicológica nos processos em que seja necessária a escuta da criança ou do adolescente.

Não bastasse ser vítima direta de um crime, e sofrer os danos emocionais decorrentes da prática do delito (vitimização primária), as vítimas são submetidas a um novo sofrimento ao se depararem com um sistema de justiça hostil como mero objeto de

provas, muitas vezes com perguntas indelicadas, submissão a exames médicos invasivos, dúvidas exteriorizadas por profissionais do sistema de justiça que as fazem se sentir diminuídas, dando ensejo a novo sofrimento, o que se denomina vitimização secundária (RAMOS. 2019, p. 50).

Preliminarmente, percebeu-se que o Judiciário reúne características de ambiente hábil à revitimização. Nos de depoimento, as crianças são levadas a repartições estranhas e muitas vezes potencialmente temíveis. A acolhida realizada por equipe não capacitada para o atendimento infantil pode expor a pessoa à perquirição constrangedora e intimidadora, capaz de gerar traumas e danos ao normal desenvolvimento do depoente especial.

Neste contexto, a ocupação com a temática mostra-se relevante, visto que há a necessidade de se viabilizar o respeito aos direitos da criança sob o domínio institucional e processual do Judiciário.

3 DO ECA A LEI N. 13.431/17

O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, Lei n. 8.069/90, revolucionou o Direito Infante-juvenil, inovando e adotando a doutrina da proteção integral, cuja visão vem baseada nos direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil às crianças e aos adolescentes que, pela condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada.

Importante observar, também, que essa nova teoria, que se contrapõe àquela do Código de Menores revogado, Lei n. 6.697/79, tem seu alicerce jurídico e social na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 20 de novembro de 1989, cujo texto, como já dito anteriormente, restou totalmente adotado pelo Brasil, através do Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990 (TAVARES, 2012).

No Brasil, como não poderia ser diferente, essa influência internacional que já vinha se despontando através da recepção de alguns tratados e convenções, como já vimos, atinge nossa Carta Magna de 1988, cuja regulamentação se deu com o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, ambos alvos de estudo nos próximos tópicos.

Psíquica e mentalmente os menores, tanto Crianças como Adolescentes, necessitam da participação dos pais, da comunidade, da sociedade e do próprio poder público, para que possam formar seu caráter, o que se dá através do convívio familiar harmonioso, dos estudos adequados, das relações com a comunidade de forma salutar, com a participação efetiva do poder público no auxílio das obrigações decorrentes do poder familiar, fornecendo escolas, saúde, segurança, esportes, lazer, etc.

Visando a regulamentação do artigo 227 da Constituição Federal, foi apresentado na Câmara dos Deputados com o Projeto nº 1.506/89 pelo Deputado Nelson Aguiar, do Espírito Santo, e no Senado pelo Senador Ronan Tito, de Minas Gerais, com o Projeto nº 193/89, o Estatuto da Criança e do Adolescente (BARREIRA, 2017).

O Estatuto da Criança e do Adolescente passou a tratar a Criança e ao Adolescente como detentores de vários direitos até então inexistentes. Isso tornou-se necessário para que o equilíbrio entre estes e os demais segmentos da sociedade fosse uma realidade.

Liberati (2013) aduz que a lei estatutária estabeleceu em seu artigo 5º, dentre outras coisas, que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Tavares (2012), comenta sobre o artigo 3º do estatuto da criança e do adolescente:

Trata-se da técnica legislativa usual quando se faz uma revolução, quando se reconhece que uma parte substancial da população tem sido até o momento excluída da sociedade e coloca-se agora em primeiro plano na ordem de prioridades dos fins a que o Estado se propõe. Desta vez não se trata de uma classe social ou de uma etnia, mas de uma categoria de cidadãos identificada a partir da idade. Mas trata-se, contudo, de uma revolução, e o que mais impressiona é o fato de que se trata de uma revolução feita por pessoas estranhas àquela categoria, isto é, os adultos em favor dos imaturos.

Os direitos fundamentais de qualquer pessoa humana estão assegurados no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, cujo dispositivo constitucional, no que se refere à criança e ao adolescente, vem repisado no art. 3º do ECA, ao assim dispor:

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-lhes, por lei ou por outros meios, todas as

oportunidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Como se observa, os direitos fundamentais da criança e do adolescente são os mesmos direitos de qualquer pessoa humana, tais como o direito à vida e a saúde, à educação, à liberdade, ao respeito e à dignidade, à convivência familiar e comunitária, à cultura, ao lazer e ao esporte, à profissionalização e à proteção no trabalho.

Ainda, segundo este mesmo dispositivo, a garantia e a proteção desses direitos deverão ser exercidas, assegurando aos seus destinatários, quer por Lei ou por qualquer outro meio, todas as facilidades para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, com liberdade e dignidade.

Os recursos públicos devem ter sua destinação privilegiada às áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude, conforme vem assegurado na letra “d”, do artigo em comento e nos 59, 87,88 e 261, parágrafo único do Estatuto da Infância e Juventude.

A respeito do assunto, Nogueira (1996), assevera:

Entre as garantias de prioridade cumpre salientar a destinação privilegiada de recursos públicos às áreas relacionadas com a proteção à infância e a juventude (art. 4º, d), atualmente tão escassos e insistentemente reclamados, pois só com o atendimento efetivo poderemos realmente encaminhar os menores para um futuro melhor, contribuindo, assim, para a diminuição da criminalidade. Não há dúvida que o grande problema consiste na reestruturação e auxílio à própria família, que é o fundamento primeiro da formação humana. A situação de desajuste e de pobreza da família gera a condição do menor carente e abandonado.

Os tribunais pátrios têm, reiteradamente e com acerto, firmado entendimento reconhecendo que o interesse da criança e do adolescente deve prevalecer sobre qualquer outro interesse, quando seu destino estiver em discussão (RT 420/139, 423/115, 430/84).

Elas estão previstas no artigo 112 do ECA, quais sejam: Advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade, internação em estabelecimento adequado, qualquer daquelas previstas no artigo 101, incisos I a VI.

Outra jurisprudência é no mesmo norte: “Medida socioeducativa possibilidade de aplicação e execução até que tenha completado vinte e um anos Interpretação extensiva do art. 121, § 5º, da Lei 8.069/90 Recurso provido, parcialmente”. Outro aspecto que merece destaque, é que nenhuma outra medida poderá ser aplicada ao adolescente

infrator, fora daquelas constantes do artigo 112, por se tratar de rol taxativo e não exemplificativo.

Assim, a imposição das medidas de obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional depende de prova incontestada da autoria e da materialidade do ato infracional, mais a culpabilidade do infrator, exceto quando concedido o benefício da remissão, nos termos do artigo 127. Tocante a medida de advertência, sua aplicação depende, sempre, da prova da materialidade e indícios (e não prova) da autoria.

Em verdade, afora as exceções da própria lei de regência, conforme acima anotado, para a aplicação das demais medidas socioeducativas, necessário o devido processo legal, conforme deflui dos já analisados artigos 110 e 111, que tratam das garantias processuais. Pela sua relevância, analisaremos, abaixo, uma a uma as medidas socioeducativas, fazendo considerações acerca da natureza e finalidade.

3.1 Inovação relacionada ao instituto do depoimento especial

Escutar a criança e o adolescente, vai muito além de um procedimento político-pedagógico, deve-se constituir em uma reparação do entranhado silêncio que reinava por gerações, que crianças e adolescentes foram submetidos.

Isso muito se faz pela condição peculiar de desenvolvimento e fragilidade, e a sua essência dotada de inocência e incapacidade física e psíquica de defende-se de sequências de abusos sexuais.

O abuso sexual é o ato ilícito pelo qual adultos obrigam menores de idade a participarem de atos envolvendo a estimulação ou a satisfação sexual, o qual é realizado por meio da coerção, sendo esta física ou psicológica, o agressor nem sempre é um indivíduo desconhecido, podendo este até mesmo ser um membro ou amigo da família. Azambuja (2011, p.12).

A violência sexual tem como objetivo promover a satisfação sexual do agressor através da interação entre a vítima e o agressor, independente de contato físico como é o caso de convites explícitos e implícitos de contatos sexualizados a exemplo de filmes, imagens pornográficas, conversas obscenas e agora as virtuais que tem ganhado um

alcance relevante pela facilidade de acesso a sites e conteúdo de cunho sexual (SANTOS, 2017).

É evidente reconhecer que existem muitos motivos em que as crianças e adolescentes devem ou podem ser ouvidas, como uma maneira de intervir que danos secundários possam advir em razão da falta de apoio profissional e assistencial.

Por isso, a importância de olhar diferenciado e acolhimento humanizado para facilitar a revelação espontânea nos serviços de atenção em todo o processo judicial e administrativo que os envolva.

Os crimes sexuais entre crianças e adolescentes ocorrem geralmente em um contexto intrafamiliar ou extrafamiliar. O primeiro decorre de um laço de afetividade e de um vínculo consanguíneo, onde pessoas próximas são as que cometem tais violências, e aqui é bem marcante a presença das relações hierárquicas criadas por esses laços.

Já a violência sexual extrafamiliar, seria aquela em que as vítimas não possuem nenhum tipo de afinidade, ou seja, a criança e o adolescente não são aparentados, mas podem ser próximas do agressor ou não, e em geral, esse tipo de crime ocorre fora da casa do agressor ou da vítima.

A escuta da criança e adolescente é um recurso de busca e a finalidade dos fatos, extraindo evidências extremamente necessária que mais se aproxime da verdade real, quando não existe possibilidade de se alcançar por outros meios de produção de prova, é de grande importância enfatizar que a criança não poderá em hipótese alguma ser forçada a se manifestar sobre fatos sem seu livre arbítrio.

Esta proteção ao consta-se elucidada no artigo 12 da Constituição Federal de 1988, quando vem afirmar que:

Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional (BRASIL, 1990).

E deverá ter seu direito resguardado de permanecer em silêncio ou até um momento mais apropriado para que seja realizada a oitiva da criança vítima ou testemunha de violência sexual.

Com o advento das primeiras normas de regulação e de proteção da criança nas circunstâncias de vítima ou de testemunha é a chamada Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC/ONU), promulgada em 1990.

A saber no art. 12 a CDC/ONU, promove fundamentação básica, no que concerne as crianças de ser ouvida em juízo e de sua opinião valorizada. Os estados partes asseguram à criança que estiver capacidade a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a si mesma, levando-se devidamente em consideração essas opiniões em função da idade e da maturidade da criança.

Com tal próximo, proporciona-se à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvido em todo o processo judicial ou administrativo que afete, quer diretamente, que por intermédio de um representante ou de um órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional, excluindo como intérprete de crianças a mãe ou quem detenha a guarda da criança.

Sobre o aspecto histórico, jurídico e doutrinário o devido acolhimento e como se procede as escutas protetivas de crianças e adolescente vítimas e testemunhas de abuso sexual, afim de evitar danos secundários, garantir o devido processo legal de garantias e fomentar a imprescritibilidade do valor probatório relatado pelas crianças vítimas da exposição da violência sofrida, e busca evitar o avanço para outras espécies de violência que poderá desencadear em um desvio de finalidade em decorrência da falta de preparo, amparo e devida proteção das vítimas em situações vulneráveis que se deparam em um contexto constrangedor e ainda em contato com pessoas para elas estranhas e exposta em ambiente nocivo ao sentimento de estranhamento e insegurança.

A análise parte do interesse em se buscar um sistema de oitiva benéfico e capaz de garantir a proteção de vítimas e evitar a sua revitimização, ou melhor, não utilizar a criança apenas como um meio de prova.

Por isso se faz necessário a criação e extensão de mecanismo que preservem a produção de prova testemunhal, fazendo com atenuem agravos sofridos por quem foi vítima de crime violento de forma inescrupulosa contra pessoas vulneráveis em fase de desenvolvimento sem a condição de consentir tais práticas.

3.2 Depoimento especial e escuta especializada

A Lei n. 13.431/17 inova perante as demais leis existentes no Brasil ao definir os tipos de violências que crianças e adolescentes podem ser vítimas. No art. 4º a lei estabeleceu que violência sexual é entendida como qualquer conduta que constranja a criança e ao adolescente a praticar ou presenciar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, inclusive exposição do corpo em foto ou vídeo por meio eletrônico ou não, que compreenda: o abuso sexual, a exploração sexual comercial e o tráfico de pessoas (SANTOS, 2017).

As consequências são extremamente negativas para a vítima desde os danos físicos, psicológicos e tornam-se mais acentuados em crianças e adolescentes por serem indivíduos em desenvolvimento corporal e psíquico e que também estão em processo de formação da autoestima, da valorização do eu.

A primeira foi a Lei nº 13.431/2017, que estabelece a escuta especializada e o depoimento especial para crianças e adolescentes vítimas ou testemunha de violência, foi a Lei nº 13.441/2017, que prevê a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes (SANTOS, 2017).

Segundo o art.8º da Lei 13.431/17, o depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança e adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade judiciária ou policial.

Os primeiros registros de realização dessa metodologia de escuta no Brasil são de 2003, onde o juiz José Antônio Daltoé Cezar, da 2ª Vara de Infância e Juventude da cidade de Porto Alegre – RS, implantou para ouvir crianças e adolescentes vítimas de violência sexual. Na ocasião a sistemática foi chamada de Depoimento Sem Dano, na qual as vítimas ou testemunhas de violência eram inquiridas em separado da sala de audiência, principalmente quando havia suspeita de violência sexual (SANTOS, 2017).

Com o advento da Resolução do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas – ECOSOC nº 20/2005, o número de países que iniciaram as experiências com o depoimento especializado duplicou na primeira metade do século XXI. No art. 30, alínea 'd', da resolução ficou definida a recomendação da utilização de procedimentos sensíveis às crianças e a adoção de medidas adequadas para facilitar o testemunho, ou seja, essa

adaptação tem como foco limitar o sofrimento da vítima no curso do processo judicial (SANTOS, 2017).

Assim como a Lei n. 13.431/17 e o art. 31, alínea “a”, da Resolução nº 20/2005 ressaltam essa necessidade de observar se é imprescindível o depoimento especial, o art. 30, alíneas “b” e “c”, da mesma resolução, destacam ainda que o procedimento está para evitar a traumatização secundária das vítimas de violência e para garantir a estas a celeridade nos processos em que são partes (NUCCI, 2018).

Nesse viés, os órgãos dos sistemas judicial e de segurança deverão adotar mecanismos para que a mídia gravada na escuta realizada no procedimento seja armazenada corretamente, já que servirá de produção antecipada de prova, devendo ainda, esse trâmite correr em total segredo de justiça.

Dessa forma, a Lei 11.341/17, em seu art.11, aponta que o depoimento, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial e será garantida a ampla defesa do investigado, além de ser regida por protocolos de escuta (NUCCI, 2018).

Em virtude de a vítima já estar sofrendo por causa da violência e da pressão ao seu redor, recomenda-se que durante o depoimento especial, na investigação policial e na instrução criminal a criança ou o adolescente não encontre o acusado. Para isso, as autoridades competentes incluindo o Poder Executivo adotarão estratégias necessárias para adequar os espaços para acolher a vítima e para evitar este tipo de contato com o acusado.

No local devem estar presentes somente a criança e o técnico responsável pela inquirição, sendo contraindicado que a oitiva seja feita na sala de audiências. O técnico encarregado da inquirição, quase sempre um psicólogo ou um assistente social, munido de um ponto eletrônico, repassa as perguntas formuladas pelo magistrado ao depoente, no caso, à criança.

No local destinado às audiências, o juiz, o representante do Ministério Público, os advogados, o acusado se for o caso e funcionários do judiciário assistem ao depoimento da criança, que é transmitido em tempo real. Para viabilizar o acompanhamento da inquirição pelos presentes na sala de audiências, os dois ambientes são interligados por um sistema de áudio e vídeo.

Em razão das dificuldades físicas existentes nos prédios do Poder Judiciário para a instalação da Câmara de Gesell, se optou por criar, no Foro Central de Porto Alegre, como

parte de um projeto piloto, uma sala reservada para ouvir a criança vítima de violência sexual, conectada, por vídeo e com zoom (para viabilizar a ampliação de imagem e áudio), à sala de audiência onde se encontram magistrado, promotor de justiça, advogados, réu e servidores da Justiça, os quais podem interagir durante o depoimento. (CÉZAR, 2007 p.62).

Todo o procedimento é gravado na memória de um computador, transcrito e juntado aos autos, além de ser copiado em (disquete) mídia de armazenamento digital de dados, que é inserido na contracapa do processo. Esse material passa a constituir prova nos autos. O depoimento é realizado por um "técnico-entrevistador" (CEZAR, 2017, pag. 62).

4 EFEITOS SECUNDÁRIOS DO PROCESSO: A REVITIMIZAÇÃO

O motivo mais provável para uma criança entrar em contato com o sistema judiciário se dá quando ocorre uma denúncia de violência sexual da qual ela própria é a vítima e, nesse caso, ela é, normalmente, a testemunha-chave da investigação.

Essa "vítima testemunha" terá então que percorrer um longo itinerário, visto que deverá ser ouvida por juiz, promotor de justiça e/ou psicólogo, delegado de polícia e conselheiro tutelar. Dada a importância dos efeitos produzidos sobre essa criança vítima, muitos autores referem-se a esse itinerário como um processo de revitimização.

A porta de entrada da revelação da violência, conforme Faleiros (2011), pode estar tanto no âmbito privado, quando a revelação é feita aos membros da família, como no âmbito público, quando essa revelação é feita na escola, nos serviços de saúde, nos serviços "disque-denúncia", ou em outros órgãos de defesa, como o conselho tutelar, isto é, quando é levada ao conhecimento de alguém que seja capaz de dar início ao processo de responsabilização.

De acordo com Ajuriaguerra e Marcelli (2018), estudiosos do desenvolvimento infantil, a avaliação da criança submetida à violência depende da rapidez da intervenção dos serviços e também da qualidade e da estabilidade das terapêuticas colocadas em ação. Isso significa que, para um bom desempenho no trabalho de atendimento à criança vítima de violência, há que se levar em conta a excelência do trabalho desenvolvido pelos órgãos de proteção.

Em cada município é obrigatória a existência de, no mínimo, um conselho tutelar, que tem por finalidade zelar pelo cumprimento dos direitos da criança, segundo estabelece o ECA. O conselho tutelar, portanto, não é uma entidade alternativa, mas sim um dos mais importantes órgãos dentro do sistema de proteção dos direitos da criança (ROCHA, 2016).

É importante ressaltar que, caso não haja conselho tutelar no município, a queixa pode ser feita na Vara da Infância e da Juventude ou na delegacia de polícia mais próxima do local em que ocorreram os fatos, porém, por mais precárias que sejam suas condições, é inaceitável a existência de municípios que ainda não implantaram o órgão.

A ação penal buscará estabelecer a sentença para o autor da violência, sem tratar de medidas de proteção à vítima, que figura como mera parte do processo, na condição de vítima.

Assim que for instaurada a ação penal, o representante do Ministério Público ou mesmo o juiz comunica o fato à Vara da Infância e Juventude para que se iniciem as providências na área civil, tais como acompanhamento pela equipe técnica, afastamento do autor da violência, ou outras medidas de proteção (AZAMBUJA, 2014).

Uma das grandes questões que o depoimento especial foi implementado é que na maioria dos casos o exame pericial não constata nenhum tipo de abuso, agressão, enfim. Nesse sentido, a palavra da criança tem grande importância na busca da verdade dos fatos, e é a partir disso que ela vai ser inserida no sistema processual, sendo que é esta inserção que causa a revitimização a violência institucional o contato direto com o judiciário e outros, de modo que revive o trauma diversas vezes.

O exame pericial se constitui em um dos alicerces do processo penal que define a perícia como um meio de prova e instrumento auxiliar do juiz. Essa etapa, segundo Faleiros (2011) e Alcântara (2012), é uma das mais delicadas pelas quais passa a vítima, pois, com muita frequência, há pouco preparo por parte dos profissionais envolvidos, que exercem sua função de forma técnica, sem levar em conta aspectos emocionais e psicológicos dos examinados.

Faz-se, portanto, necessário conhecimento especial no assunto e especialização dos profissionais, bem como sensibilidade nas ações para lidar com as vítimas, que necessitam de um tratamento diferenciado, a fim de que não se sintam amedrontadas, assustadas e, por conseguinte, não sejam revitimizadas.

Jaramillo e Uribe (2011) acrescentam ainda, com relação a essa limitação, que a maioria das disciplinas da área da saúde não contempla, em seus currículos e programas de educação continuada, a formação e o treinamento de aspectos relacionados com a violência contra a criança.

Por isso, pode-se afirmar que muitos profissionais da área não se encontram preparados para oferecer o tipo de atenção que tenha impacto positivo efetivo para a saúde das vítimas.

Como reforça Assis (2011), seja pelo desconhecimento de como proceder nesses casos, seja pelo receio de fazer a denúncia, a maioria dos casos de maus tratos contra a criança e que chegam às instituições de saúde e das escolas somente foi reportada porque a severidade da violência beira a extremos. Isso leva à conclusão de que o fenômeno da violência sexual contra a criança envolve vários fatores complicadores, cujo enfrentamento deve necessariamente ser de natureza multidisciplinar.

Dessa forma, se necessário, o profissional deverá romper com o sigilo. Nesse momento deve, acima de tudo, preocupar-se com a integridade da criança vítima de violência. O psicólogo deve também dar-lhe proteção emocional durante a própria revelação da violência, já que, neste momento, a criança está desprotegida e fragilizada.

Do mesmo modo que a vítima da violência, suas famílias devem ter apoio psicológico, assim como o autor da violência e seus familiares. Conclui-se que a atenção deve ser integral às famílias dos envolvidos nos atos de violência, e não somente à criança violentada.

Algumas propostas sobre a questão da revitimização de crianças apontadas como vítimas ou testemunhas de violência foram debatidas pelo Comitê Nacional de enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, em encontro realizado em maio de 2007. Entre as conclusões desse encontro, a concepção de revitimização merece destaque, pois, de certa forma, ela resume o tema discutido nesta pesquisa.

Revitimização é o processo de ampliação do trauma vivido pela vítima de violência, em função de procedimentos inadequados realizados sobretudo nas instituições oficiais, durante o atendimento da violência notificada. Também é chamada de dupla vitimização. Em outros países a literatura utiliza a mesma expressão em sentido outro: como a manutenção e repetição da conduta violenta contra a mesma vítima. (Comitê Nacional de Enfrentamento À Violência contra Crianças e Adolescentes, 2017, P. 6).

De acordo com Mânica, Tessmer e Corrales (2016, pag. 5), é necessária atenção redobrada no que se refere aos diferentes níveis de revitimização de uma criança violentada. Um desses níveis diz respeito ao julgamento social da criança que se viu inocentemente envolvida em um rol de comportamentos ditos “desviantes”. Reações sociais de exclusão e violência, incluindo a difamação e o rechaço social, são formas de revitimização, como também a “hipersexualidade [...] resultante de uma estimulação sexual precoce, [que] termina por constituir um risco ainda maior de revitimização de abuso sexual”.

É consensual a importância do fortalecimento das redes de proteção e a implementação de políticas públicas que garantam o atendimento de qualidade, celeridade nos serviços e capacitação para os profissionais, para a garantia dos direitos da criança.

Barbosa e Valente (2017, pag. 2) entendem que a revitimização pode ser produzida tanto pelo Estado quanto pela sociedade, e chamam a atenção especialmente para o papel das instituições públicas. Quando o Estado se omite e não dá nenhuma resposta, já está tendo, por isso mesmo, um papel revitimizador, na medida em que não consegue promover aquilo a que a criança tem direito, que é a sua proteção. E, se a intervenção tiver conotação ainda mais indiferenciada, o “Estado-Polícia” e o “Estado-Juiz” podem agir de forma primitiva, reduzindo a criança a fonte de informação (o que equivale a transformar o processo de reparação do direito violado em processo de punição penal).

Por tudo isso, é importante reiterar que a qualificação social e psico-jurídica dos operadores do direito é limitada, até porque o ato de questionar, ouvir e falar a uma criança vítima envolve problemas que não são apenas de ordem jurídica ou psicológica, mas vão além, constituindo, acima de tudo, uma questão de natureza ética, que implica o reconhecimento da diferença e a compreensão sem discriminação das especiais necessidades da criança.

Acrescente-se a essas considerações o fato de que uma baixa efetividade dos procedimentos de atenção à criança contribui para a não responsabilização do autor da violência e para a dificuldade de identificação dos casos de violência sexual.

José Antônio Daltoé Cezar (2017), Juiz da 2ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre (RS) esclarece que o DSD, uma iniciativa de sua autoria, vem sendo utilizado para se obter o depoimento de crianças desde seis de maio de 2003. De acordo com esse

procedimento, a oitiva de crianças deve ser realizada em recinto especial, acolhedor, equipado com câmeras e microfones.

Detalha o autor Cezar (2017) que o procedimento tem início com o encaminhamento de intimação aos responsáveis pela criança, contendo dia e hora que a mesma deve ser apresentada no Fórum. Marca-se o comparecimento da criança com antecedência de trinta minutos em relação ao horário da audiência, a fim de que um técnico faça seu acolhimento e de que se evite o encontro desta com o réu nos corredores do Fórum.

No decorrer da inquirição, ou depoimento colhido por um técnico, é realizada a gravação, etapa que, geralmente, demanda cerca de vinte a trinta minutos. Em seguida, o material é enviado para a “degravação”, que será feita em até setenta e duas horas (Cezar, 2017, p.69). Ao final, a transcrição do depoimento é anexada aos autos do processo junto com o CD de áudio e vídeo.

A respeito dessa fase do procedimento, Cezar (2017) esclarece que: se trata de uma audiência de instrução que é realizada na forma processual vigente, penal ou civil, pelo sistema presidencial cumpre ao Juiz, exclusivamente, dar início e ordenar aos atos, conforme a lei, e decidir sobre as questões que forem suscitadas durante o seu transcorrer cabendo ao técnico atuar como facilitador do depoimento da criança/adolescente.

Dessa forma, ainda segundo o magistrado, o técnico teria função de servir como um “intérprete”. O Juiz explica que a figura do intérprete é utilizada quando o depoente é surdo-mudo, não conhecedor da língua nacional ou, ainda, quando se trata de criança ou adolescente envolvido em um contexto de violência sexual.

Cezar (2017) lembra que a promotora Dobke ao fazer referência à inquirição de crianças em obra publicada sobre o assunto, esclarece que o intérprete deve ter formação em psicologia evolutiva e possuir conhecimentos a respeito da problemática do abuso sexual.

O acolhimento final da criança terceira e última etapa do procedimento tem duração aproximada de trinta minutos, sendo que neste período o sistema de gravação permanece desligado. Essa fase seria importante para a valorização da criança como sujeito de direitos e não como mero objeto de produção de provas (CEZAR, 2017).

Portanto, esse é o momento dedicado às devoluções e possíveis encaminhamentos da criança para órgãos pertencentes à rede de atendimento, bem como

à coleta das assinaturas no termo de audiência. Não há menção, no entanto, a respeito de quem assina esse termo.

4.1 Produção antecipada da prova na aplicação do depoimento sem dano

A metodologia do “depoimento sem danos” foi implementada pelo magistrado Dr. José Antônio Daltoé Cezar, titular da 2ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre, inspirado na obra da Dobke. A análise deste tópico tem como base o livro: Depoimento Sem Dano: alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais (CEZAR, 2007)

Cezar (2017), informa que, com esse recurso, “os operadores jurídicos poderiam fiscalizar e participar do depoimento, o que resguardaria os princípios do contraditório e da ampla defesa”. Propunha-se, com a metodologia do “Depoimento Sem Dano”, a ajudar a diminuir o sofrimento da criança.

Quadro 2 – Método de Inquirição - Três principais objetivos do projeto

Redução do dano durante a produção de provas em processos judiciais, nos quais a criança é vítima ou testemunha.
Garantia dos direitos de proteção e prevenção à criança quando, ouvido em Juízo, sua palavra é valorizada, bem como a inquirição respeita sua condição de pessoa em desenvolvimento.
Melhoria na produção da prova produzida

Fonte: CEZAR, 2017, p. 62.

Como a função do técnico entrevistador é facilitar, para o entendimento do juiz, o depoimento da criança, deve ter conhecimento teórico, reconhecer o estágio de desenvolvimento cognitivo, emocional, social e físico da criança, estar previamente ciente dos autos processuais e, se necessário, buscar auxílio do juiz antes do início da inquirição, para estabelecer o foco das perguntas que serão realizadas e, deve ainda, promover contato breve entre o juiz que presidirá a audiência e a criança, fazer o acolhimento final com ela e o responsável, para orientar a pessoa de confiança da criança e, se necessário, fazer o encaminhamento para o auxílio da rede de atendimento.

Há uma necessidade de que ocorra a filmagem dos depoimentos para que fique claro as atitudes tomadas durante o mesmo, na tabela a seguir relata as vantagens e desvantagens de que sejam feitas imagem de vídeo dos depoimentos prestados por menores.

Quadro 3 – Vantagens e Desvantagens da Vídeo filmagem no Depoimento sem Dano.

VANTAGENS	DESVANTAGENS
Registro rigoroso da entrevista.	Inibição da vítima diante do aparato.
Documentação visual de gestos e expressões faciais da vítima.	Dificuldades de local.
Disponibilidade para revisão dos depoimentos.	Eventual falha dos equipamentos.
Redução do número de entrevistas por diferentes especialistas	Dificuldades de mão de obra técnica.
Instrumento de capacitação de entrevistadores.	Pobreza da qualidade técnica dos vídeos.
Instrumento de convencimento do ofensor.	Superexposição da vítima.
Instrumento de ajuda ao familiar do ofensor/ofendido.	Não realização de número suficiente de entrevistas.
Preservação da vítima contra embates entre os profissionais/encontros com o agressor.	Estrelismo do entrevistador.
Defesa da vítima contra perguntas ofensivas/inapropriadas.	Acesso ao vídeo por pessoas estranhas ao processo.
Preservação da vítima contra encontro com ofensor.	-----

Fonte: CEZAR, 2017.

Vejamos que as vantagens fazem com que diminua o constrangimento da vítima, pois a mesma não presencia os confrontos do juiz, promotores e advogados como não fica diante do agressor, sabemos que os embates são feitos com termos rebuscados e alterações de voz, por isso, a importância de separar a vítima do contato direto desse cenário assombroso, afim de se obter a qualidade do depoimento e permitir que a criança se sinta à vontade para falar no seu tempo e modo.

É importante lembrar que poucas propostas alternativas vêm sendo elaboradas com a finalidade de oferecer proteção à criança vítima de violência sexual, principalmente no que diz respeito a seu atendimento a partir da porta de entrada da revelação, onde a criança ou o jovem são expostos, por diversas vezes, de modo inadequado.

E essa inadequação se estende por todo o âmbito do sistema que a vítima é obrigada a percorrer em busca de justiça. Em síntese, o projeto “Depoimento Sem Dano” se propõe, além da observação de todas as garantias processuais, a ouvir em juízo a criança, por meio da adoção de procedimentos especiais que a respeite em sua condição de pessoa em desenvolvimento (SANTOS, 2010.p 60)

O projeto “Depoimento Sem Dano”, que vem sendo utilizado no sistema jurídico brasileiro atualmente. Mudanças legislativas e procedimentais em várias partes do mundo vêm ocorrendo, com o mesmo intuito de proteger as crianças “vítimas-testemunhas”, razão pela qual essas experiências de enfrentamento da revitimização em outros países.

CONCLUSÃO

A prática de crimes violento, com repulsa, principal aos sexuais, podem desencadear uma série de outras consequenciais traumáticas nas vítimas. E esses danos são mais perigosos naquelas vítimas que estão em fase peculiar de desenvolvimento, que é o caso de crianças e adolescentes.

Assim o estudo busca enaltecer a importância de um olhar mais humanizado que não gere uma ruptura drástica na mente das crianças que estão em fase de desenvolvimento. Quando a criança precise falar do assunto com as quais não tenham relação de vínculo e importante criar um relacionamento protetivo e de confiança até a mesma se sentir à vontade para contar os fatos, no seu tempo e modo sem pressões.

As equipes técnicas necessitaram de preparo e propriedade para conduzir esse trabalho em que a criança precisará reviver o transtorno já passado, por isso a importância no momento da escuta que o profissional sempre tente fazer a criança não se sentir culpada pela agressão sofrida.

A Lei 13. 431/ 2017 em seus institutos, permite a produção antecipada de prova testemunhal, que na maioria dos casos quando não é imperceptível por outros meios de prova, passa a ser a única e tão importante na fase investigante.

Vimos que existem inúmeras dificuldades que carecem de solução para eficácia no sistema de depoimento especial, a saber: limitação econômica, inexistência de programa e cronograma de implementação, salas inadequadas, falta de pessoal qualificado, inexistência de suporte de serviços paralelos de verificação da condição

psicológica e situacional da criança vítima/testemunha, bem como para visitas às casas dos depoentes ou testemunhas.

Os principais mecanismos trazidos pela lei foram o depoimento especial e a escuta especializada, que foram sistematizados esses institutos para trazer segurança jurídica não apenas as vítimas como também as testemunhas e aos operadores do direito.

Um importante avanço no ordenamento jurídico Brasileiro foi a sistematização desses mecanismos pela Lei 13.431/17, sendo necessário uma fiscalização do conselho federal para que esses institutos sejam aplicados na prática e evitando, contudo, a vitimização da criança e adolescente e que a rede de proteção e o poder judiciários como as delegacias especializadas possam gerar nova violência institucional pela falta de agir e seguir o rito exigida da lei.

REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, H. R. de. **Perícia médica judicial**. Rio de Janeiro: Guanabara Dois, 2012.

AJURIAGUERRA, J.; MARCELLI, D. **Manual de psicopatologia infantil**. 5. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2018.

ASSIS, S. G de. **Quando crescer é um desafio social: estudo sócio-epidemiológico sobre violência em escolares de Duque de Caxias**. (Dissertação de Mestrado) - Escola Nacional de Saúde Pública: Fundação Oswaldo Cruz, 2011.

ANDRADE, Anderson Pereira. **Direitos Fundamentais e Aplicação das Medidas Socioeducativas Privativas de Liberdade**. 2012.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay. **Violência sexual intrafamiliar: É possível proteger a criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014

BARREIRA, Wilson; BRAZIL, Paulo Roberto Grava. **O direito do menor na nova Constituição**. São Paulo: Atlas, 2017.

BARBOSA, B.; VALENTE, J. Estudo revela letargia dos sistemas de proteção e justiça. Dossiê com casos emblemáticos lançado no Dia Nacional de Combate à Exploração Sexual Infantil. FÓRUM DE ENTIDADES NACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. 2017.

BONAMIGO, Irme S. Violências e contemporaneidade. **Revista Katál**, v. 11, n. 2, p. 204-213. Florianópolis, 2018.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 20 nov.2017.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIO. **Segredo de Justiça 0002130-47.2017.8.07.0017**. Brasília: TJ-DF, 2018. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/642238614/20171310022188-segredo-de-justica-0002130-4720178070017?ref=serp>. Acesso em: 18 nov. 2019.

CEZAR, J. A. D. **Depoimento sem dano**: alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CURY, GARRIDO & MARÇURA. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3. ed. ver. e atualizada. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012. p. 101.

DEL-REY, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. atual. de acordo com as Leis nºs 11.185, de 7 de outubro de 2005, e 11.259, de 30 de dezembro de 2005. São Paulo: Atlas, 2006. (Série Leituras Jurídicas – Provas e Concursos).

FALEIROS, V de P.; FALEIROS, E. T. **Circuito e curtos-circuitos**: atendimento, defesa e responsabilização do abuso sexual contra crianças e adolescentes. São Paulo: Veras, 2011.

JARAMILLO, D. E.; URIBE, T. M. **Responsabilidade do profissional de saúde sobre a notificação de casos de violência doméstica**. Revista Saúde Pública. São Paulo, v. 41, nº. 3, junho de 2011.

MARTINS, Maria Aparecida Pereira. **Medida Socioeducativa de Liberdade Assistida**: manual de orientação de medida socioeducativas não privativas de liberdade. Disponível em: Acesso em: 30 out. 2012.

MELO, E.M. **Podemos Prevenir a Violência**. Elza Machado Melo/Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2010. 278 p.

MÂNICA, G.; TESSMER, L.; CORRALES, M. **A estratégia da epidemiologia social**: abandonando linearidades, abrindo-se a vidas que são por si complexas. Gênero, violência e segurança pública. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A escuta, o depoimento especial e o novo crime de violação de sigilo processual**. 2017.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 7. ed. rev. e ampl., de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406/2002). São Paulo: Maleiros Ed., 2013. p. 19.

ROCHA, L. F. **Ataque sexual infanto-juvenil doméstico: da revelação à responsabilização criminal do agressor.** (Dissertação de Mestrado em Psicologia) - Faculdade de Ciências e Letras. Assis: UNESP, 2016.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista (Coord.). **Depoimento sem medo (?):** culturas e práticas não-revitimizantes: uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes. Childhood Brasil. 2. ed. – São Paulo: Instituto WCF/Brasil, 2009.

SPOSATO, Karyna Batista. **Guia Teórico e Prático de Medidas Socioeducativas.** Disponível em: Acesso em: 01 de Out de 2019.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** 4. ed. rev. ampli. e atual. com os dados comparativos entre os dispositivos do Código Civil de 1916 e o novo Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

Capítulo 10
O PROTAGONISMO DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA
FRENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO
Joselaine Maura Figueiredo Soares



O PROTAGONISMO DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA FRENTE AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Joselaine Maura Figueiredo Soares¹⁰³

Mestranda (PPDG-UNESA) - linha de pesquisa: Acesso à Justiça e à Efetividade do Processo.

Pós-graduada em Direito Civil (UCAM), Direito Processual Civil (UNESA), Direito Imobiliário (UCAM), Direito Empresarial (UCAM-OAB/RJ), Direito do Consumidor (UCAM-OAB/RJ) e Docência do Ensino Superior (UNOPAR). MBA em Gestão Jurídica do Seguro e Resseguro. Advogada. Correio eletrônico: joselainemaura@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho busca evidenciar o protagonismo do direito ao acesso à justiça frente ao Estado Constitucional/Democrático de Direito. Para isto analisa como Estado foi outorgado com a função jurisdicional, e qual a solução apresentada para os conflitos. Descreve de forma sucinta a crise da prestação jurisdicional. E neste contexto ressalta a fundamental importância do incentivo à democratização do acesso à justiça e do constante aperfeiçoamento do sistema oficial da prestação jurisdicional na busca de garantia e eficácia dos direitos conquistados no curso do desenvolvimento político-social moderno e contemporâneo. Por fim traz à baila a função social do processo enquanto sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os preâmbulos do Estado, um sistema que deve ser igualmente acessível a todos, e produzir resultados que sejam individualmente e/ou socialmente justos. Sendo o acesso efetivo à justiça pressuposto básico para a justiça social desejada pelas sociedades contemporâneas. O método de procedimento utilizado foi o dedutivo, partiu-se de uma ampla contextualização da resolução dos conflitos através da prestação jurisdicional pelo Estado de Direito, para enfim demonstrar a importância do direito ao acesso à justiça na realização dos direitos fundamentais frente ao Estado Constitucional/Democrático de Direito.

Palavras chave: Jurisdição, Estado constitucional, Direitos fundamentais, Acesso à justiça.

ABSTRACT

The present work seeks to highlight the role of the right to access justice in the face of the Constitutional/Democratic Rule of Law. For this, it analyzes how the State was granted with the jurisdictional function, and what solution was presented for the conflicts. It succinctly describes the crisis of jurisdictional provision. In this context, the fundamental importance of encouraging the democratization of access to justice and the constant improvement of the official system of judicial provision in the search for guarantee and

¹⁰³ Mestranda PPDG-UNESA. Linha de Pesquisa: Acesso à Justiça e Efetividade do Processo. Correio eletrônico: joselainemaura@gmail.com

effectiveness of the rights conquered in the course of modern and contemporary political and social development is highlighted. Finally, it brings to the fore the social function of the process as a system by which people can claim their rights and/or resolve their disputes under the premonitions of the State, a system that must be equally accessible to all, and produce results that are individually and/or socially just. Effective access to justice is a basic presupposition for the social justice desired by contemporary societies. The procedure method used was the deductive one, starting from a broad contextualization of conflict resolution through the jurisdictional provision by the Rule of Law, to finally demonstrate the importance of the right to access justice in the realization of fundamental rights against the Constitutional State / Democratic of Law.

Keywords: Jurisdiction, Constitutional state, Fundamental rights, Access to justice.

INTRODUÇÃO

Para que os cidadãos não precisassem se armar, valendo-se da autotutela e da vingança privada, criou-se a jurisdição estatal de conflitos. Houve então, uma substituição processual que retirou, em regra, das partes envolvidas, a possibilidade de compor seus próprios conflitos, transferindo essa tarefa ao Estado.

Não à toa que a igualdade e a garantia do acesso à justiça estão consagradas como princípios orientadores e direitos fundamentais da ordem política na constituição de diferentes países. Todavia, a par desta consagração simbólica, um número significativo de pessoas ainda vive e interage à margem do sistema jurídico e econômico oficial.

Nas situações de conflitos e de demandas por direitos, um vasto conjunto de necessidades jurídicas e de problemas da população colide com a total ausência de cobertura por parte do sistema legal ou, pelo menos, com uma cobertura ineficiente. E, na medida em que se limita ou se nega o acesso à justiça, nega-se o direito de realização dos direitos fundamentais, ou seja, a realização da própria Constituição.

Sendo o acesso à justiça e aos direitos limitados ou negados, mantêm-se os padrões de desigualdade e exclusão existentes. Estas discrepâncias na abrangência da cobertura do sistema jurisdicional, na prática, traduzem-se em distintos patamares de inclusão social e de cidadania.

Neste contexto, a discussão teórica do tema do acesso à justiça passa, indiscutivelmente, pelo estudo contemporâneo do processo. Deve-se reconhecer que as técnicas processuais servem como instrumentos na busca pela efetivação dos direitos fundamentais e a realização da Constituição, ou seja, suportam, na prática, uma importante função social. Assim, o direito ao efetivo acesso à justiça passa a ocupar lugar primordial perante o Estado de Direito Constitucional. Na primeira parte deste artigo se

verificará através do pensamento contratualista Hobbesiano de surgimento do Estado Moderno, como este monopolizou a resolução dos conflitos individuais e sociais, criando a jurisdição estatal de conflitos.

Num segundo momento tratar-se-á do protagonismo judicial pós Constituição Federal de 1988, quando a vida política passou a ser arrebatada por um acentuado deslocamento do centro decisório do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional e da crise da prestação jurisdicional no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Em seguida, verificar-se-á a relação entre Estado Constitucional e garantia de direitos fundamentais. Para enfim, ressaltar a fundamental importância da democratização do acesso à justiça e do constante aperfeiçoamento do sistema oficial da prestação jurisdicional na busca de garantia e eficácia dos direitos conquistados no curso do desenvolvimento político-social moderno e contemporâneo. Sendo o direito ao acesso à justiça pressuposto básico para a concretização e garantia dos direitos fundamentais.

1. O MONOPÓLIO ESTATAL DA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

A tentativa histórica na busca de disciplinar a convivência social, passa por longa transformação até a atual definição de função jurisdicional monopolizada pelo Estado. Tem-se que as primeiras manifestações do hoje nominado “direito de agir” antecedem o advento do próprio Estado, onde a justiça ainda era obtida mediante a defesa privada dos interesses. Foi com a gradual complexificação das sociedades e a consequente sofisticação das relações sociais, que a instituição estatal de monopólio da aplicação do direito começa a surgir primitivamente. Munida do poder de coerção vai afastando a justiça privada, causadora de intranquilidade (MORAIS; SPENGLER, 2008, p.58)¹⁰⁴.

Quanto ao surgimento do Estado Moderno, destaca-se que no século XVII, inaugurando o contratualismo moderno, Thomas Hobbes divide a sociedade humana, a vida social em dois estados: estado natural (negativo) e estado contratual (positivo). Considera, ele, que os homens possuem capacidades iguais quanto ao corpo e ao espírito. Contudo a competição, a desconfiança, a busca incessante de glória e poder os levariam invariavelmente ao conflito, caracterizado pela “guerra de todos os homens contra todos os homens”. E por serem os homens, entre si, incapazes de encontrar uma solução para

¹⁰⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**: alternativa à jurisdição. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 58.

os conflitos resultantes de suas diferenças e desejos, Hobbes propõe um contrato instituidor de um soberano, em tudo garantidor da ordem (SILVA, 2011, p.2-3).

Nesse sentido, sentencia Hobbes¹⁰⁵:

A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade.

Ainda para Hobbes¹⁰⁶, no ato de conferir toda sua “força” e o “poder” a um “homem” ou “assembleia de homens”, a sociedade política instituiu um poder externo, com prerrogativas de monopólio, em caráter indivisível, intransferível e inquestionável.

É nele que consiste a essência do Estado, a qual pode ser assim definida: Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.

Logo, a legitimidade estatal de decidir conflitos nasce do contrato social no qual os homens outorgaram a um terceiro o direito de fazer a guerra em nome da paz (MORAIS; SPENGLER, 2008, p.65)¹⁰⁷. Nasce, deste modo, a jurisdição, direcionada essencialmente, a eliminação e neutralização dos conflitos. Surge como um poder que, sendo função do Estado, cabe-lhe com exclusividade (MORAIS; SPENGLER, 2008, p.58)¹⁰⁸.

Vale lembrar, que antes de ser atribuída ao Estado a função jurisdicional - através da qual ele surge como um terceiro substituto das partes, “fazendo a atuação da vontade do direito objetivo que rege a lide, caracterizando-se ainda, pela imparcialidade e neutralidade”, (MORAIS; SPENGLER, 2008, p.58) - o terceiro poderia ser um árbitro eleito pela vontade das partes litigantes. Era a arbitragem facultativa. Já num segundo momento esta arbitragem passou a ser obrigatória, e os árbitros auxiliados pela força do Estado, no que se refere a efetivação de suas decisões. Em seguida o Estado

¹⁰⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução João Paulo Monteiro; Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 105.

¹⁰⁶ HOBBS, op. cit., p. 106.

¹⁰⁷ MORAIS, op. cit., p. 65.

¹⁰⁸ MORAIS, op. cit., p. 65.

tomou de vez para si, o monopólio função jurisdicional, ditando o direito de forma impositiva, através da aplicação forçada do Direito Positivo (MORAIS; SPENGLER, 2008, p.58).

Direito Positivo, que segundo Norberto Bobbio (2006)¹⁰⁹, trata-se daquele

derivado do poder civil, e designa por poder civil aquele que compete ao Estado, por estado a associação perpetua de homens livres, reunidos em conjunto com o fito de gozar próprios direitos e buscar a utilidade comum. Nesta ultima afirmação encontramos uma interessante indicação acerca da origem do direito positivo, podendo afirmar-se que esse é posto pelo Estado.

Para Norberto Bobbio¹¹⁰, o significado histórico do positivismo jurídico é entendido de maneira bem específica, “como direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, como “lei”.

Assim, para que os cidadãos não precisem se armar, valendo-se da autotutela e da vingança privada, criou-se a jurisdição estatal de conflitos que faz às vezes na guerra de interesse como preceitua Carnelutti¹¹¹ “Onde o Estado toma para si a prerrogativa de decidir os conflitos em nome da paz”.

O Poder Judiciário, moldado pelo Estado moderno, foi racionalizado em nome da segurança, da ordem e da previsibilidade da ação estatal e incumbido de defendê-lo das interferências da política, dos valores e dos conteúdos que determinam as reais desigualdades. Foi organizado de modo a atuar dentro de limites territoriais precisos e no centro da atividade estatal, sendo eleito a única instância competente para dirimir conflitos por meio de pronunciamentos jurídicos. Representa uma instituição que visa garantir a segurança das relações em espaço e tempo precisos e restabelecer a ordem jurídica utilizando-se de expedientes racional-legais que permitam uma interferência aparentemente neutra dos conflitos. Definindo padrões de legitimidade meramente formais, mas necessários a economia capitalista, instituindo uma dinâmica que decide os conflitos sociais sem interferir e sem valorizar o conteúdo dos mesmos (LUCAS, 2004, p.17-18)¹¹².

¹⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 21.

¹¹⁰ BOBBIO, op. cit., p. 119.

¹¹¹ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 2 ed. Belo Horizonte: Líder Cultura jurídica, 2001. p. 15.

¹¹² LUCAS, Doglas Cesar. A jurisdição entre crises e conflitos. **Revista Direito em Debate**. Ano XII, n. 12, jan-/jun, p. 9-43, 2004. Disponível em:

Para Cappelletti¹¹³ (2002), a característica mais importante do ato jurisdicional é a *terziété* do juiz, seu desinteresse pessoal na relação jurídica sobre a qual a sentença vai operar. O juiz é sempre um terceiro no sentido de ser um alheio ao litígio, de ser imparcial; e o comando da sentença é um imperativo ao qual as partes ficam sujeitas, é um comando super partes. Considerando-se que o legislador atua super partes, mas que, enquanto este age de ofício, o juiz, sujeito imparcial, age condicionado ao pedido das partes, sujeitos parciais do processo.

Logo, tratar o conflito judicialmente significa recorrer ao magistrado e atribuir a ele o poder de dizer quem ganha e quem perde a demanda. É nesse sentido a afirmativa de que “quando se vai ao juiz se perde a face”, uma vez que, imbuído do poder contratual que todos os cidadãos atribuem ao Estado, sendo por ele empossado, o magistrado regula os conflitos graças à monopolização legítima da força¹¹⁴.

Para Dinamarco¹¹⁵, quando o Estado age por sub-rogação, tem-se a substituição de outra vontade pela sua, ordinariamente sem coerção, mas com a *auctoritas* decorrente de seu poder configurando um estado de sujeição, imposto pelo Estado, pois não há qualquer indagação quanto à concordância e agrado do sujeito e se suficiente para proporcionar-lhe a obtenção do resultado (DINAMARCO, 2003a, p. 128).

Verifica-se, portanto, que esta substituição processual retira, em certa medida, dos contendores a possibilidade de compor seus próprios conflitos, transferindo essa tarefa ao Estado. O que nos faz questionar a premissa de que: É o Estado o agente apropriado para administrar os conflitos sociais adequadamente, frente às características da relação processual e a produção de decisões judiciais distantes da realidade social?¹¹⁶

Para entender melhor esse processo, é contributivo inteirar-se do conceito de estado agonal. Assim, estado agonal é uma situação em que se consegue desativar os conflitos e substituí-los por outra forma de rivalidade, conhecida por competição. É o

<<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/721/443>> Acesso em: 23 nov. 2021.

¹¹³ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

¹¹⁴ MORAIS, op. cit., p. 26-27.

¹¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003a. p. 128.

¹¹⁶ BORGES, Marina Soares Vital. Justiça Comunitária, administração de conflitos e antropologia jurídica: uma contribuição para uma relação processual mais humana. In: COLAÇO, Thais Luiza. **Elementos de Antropologia Jurídica**. São Paulo: Conceito, 2011. p. 273.

fundador de uma ordem reconhecida por todos, entretanto, com uma estabilidade precária. Daí que muitas vezes, na tentativa de manter a ordem, lança mão do uso abusivo da coerção, fazendo da mesma um instrumento de opressão. Nesses termos, o estado agonal objetiva a submissão da vida à regulamentação e ao Direito. É conhecido como o “estado dos juízes”, pois busca no procedimento judicial a solução de rivalidades e de divergências políticas. Não se sabe, portanto, até que ponto o estado agonal é desejável, pois pode determinar um conservadorismo social ao impor regras rígidas que não atendam à complexidade social na qual estão inseridas¹¹⁷.

De fato, o Estado avocou para si a tarefa de solucionar as lides, retirando do particular a possibilidade da autotutela. A proibição da autotutela exige que seja atribuída ao cidadão a possibilidade de exercício do direito de ação, a ser iniciado diante do prenúncio de um conflito ou de sua efetiva instalação, em contrapartida, incumbe-se de fornecer um aparato adequado para o tratamento dos conflitos, o que resulta na importância do direito fundamental ao acesso a prestação jurisdicional.

2. ACESSO À JUSTIÇA COMO O MAIS BÁSICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com a doutrina tradicional, o conceito de acesso à justiça se confunde com o direito de inafastabilidade do controle jurisdicional. Entretanto, de acordo com a concepção ampla do direito de acesso à justiça, este não se restringe apenas ao acesso ao judiciário, sim abrange a tutela jurisdicional como um todo, está intimamente ligado a realização dos demais princípios constitucionais e processuais.

Luciana Camponez Pereira Moralles¹¹⁸, utilizando-se de conceito formulado por Kazuo Watanabe, classifica o acesso à justiça sob duas perspectivas, interna e externa:

A primeira é a que caracteriza acesso à justiça como sinônimo de acesso ao Judiciário, ou seja, ingresso em juízo (perspectiva interna do processo), e a segunda, significa acesso a uma ordem de valores e direitos consagrados pelo Estado Democrático de Direito, permitindo o acesso à ordem jurídica justa (perspectiva externado processo/instrumento ético para a realização da justiça).

¹¹⁷ MORAIS, op. cit., p. 21-22.

¹¹⁸ MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e o princípio da igualdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 52.

A expressão "acesso à justiça", na compreensão de Mauro Cappelletti ¹¹⁹, serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os preâmbulos do Estado. Um sistema igualmente acessível a todos, e que deve produzir resultados que sejam individualmente ou socialmente justos. Pois, uma premissa básica para a justiça social desejada pelas sociedades contemporâneas, pressupõe o acesso efetivo à justiça.

No Brasil, a problemática da ampliação e efetivação do direito de acesso à justiça aos mecanismos estatais de composição de conflitos é uma realidade que atinge a maioria da população que ainda se encontra dentro de um quadro de graves desigualdades socioeconômicas, de um direito efetivo de suscitar e obter proteção judicial em caso de conflito¹²⁰.

Neste sentido, ao observar o texto da Constituição Federal, constata-se que seu conteúdo é generoso em preceitos que demonstram intenção de favorecer o acesso de todos à proteção judicial. Ao lado do fortalecimento isonômico, o art. 5º ainda contempla o direito à petição; a inafastabilidade do controle jurisdicional de qualquer lesão ou ameaça à direito; o processo e sentenciamento pela autoridade jurídica competente; o devido processo legal; o contraditório e ampla defesa, com os recursos e meios a ela inerentes no processo administrativo e no judicial; a par de institutos novos, caracterizadores da verdadeira participação popular na administração da justiça - mandado de injunção, habeas data, ação popular e ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal. Como também, verificar o cuidado de reconhecer o dever do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos¹²¹ (MOREIRA, 2004, p.51).

Inobstante os mecanismos estatais de incentivo ao acesso à justiça, e de prestação gratuita de assistência judiciária, observa-se a inexistência de um corresponsivo e necessário incentivo à formação de uma ampla consciência de cidadania das camadas menos favorecidas da sociedade, que ainda desconhecem sua condição de titular de direitos passíveis de proteção judicial, e permanecem afastadas de tutela pelo poder judiciário. O que pode ocorrer por desinformação jurídica; descrença ou hesitação

¹¹⁹ CAPPELLETTI, op. cit., p. 8.

¹²⁰ MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 50.

¹²¹ MOREIRA, op. cit., p. 52-53.

em acionar o judiciário, até mesmo por condicionantes culturais; e ainda, por dificuldades materiais (MOREIRA, 2004, p.52- 53).

Coloca Mauro Cappelletti¹²², que para os pobres, inquilinos, consumidores e outras categorias, tem sido muito difícil tornar os novos direitos efetivos. Neste sentido observa Galanter (1974 apud CAPPELLETI, 2002, p.68),

O sistema tem a capacidade de mudar muito ao nível do ordenamento sem que isso corresponda a mudanças na prática diária da distribuição de vantagens tangíveis. Na realidade, a mudança de regra pode tornar-se um substituto simbólico para a redistribuição de vantagens.

Outrossim, não se observa uma correspondência exata entre as rotinas sociais e a pretensão de monopólio estatal na prestação de justiça, o que se torna evidente face a subsistência de mecanismos paralelos de composição extrajudicial de conflitos - de fundamental importância para as classes mais populares que guardariam contato com o sistema oficial na condição de réus em processos criminais - que encontram justificativa social, não apenas pelo seu grau elevado de eficácia, mas também em decorrência do próprio afastamento fomentado pela inacessibilidade aos tribunais por parte dos menos favorecidos socioeconomicamente¹²³.

Aí, portanto, a evidência maior quanto a fundamental importância do incentivo à democratização do acesso e o constante aperfeiçoamento do sistema oficial de prestação de justiça, na busca de garantia e eficácia dos direitos conquistados no curso do desenvolvimento político-social das eras modernas e contemporâneas.

Frente a este cenário, para Boaventura de Sousa Santos¹²⁴, tem-se duas opções, quais sejam: celebrar a sociedade, assim como existe, ou submetê-la a uma crítica radical, “transgredindo as fronteiras sociais, culturais, políticas, epistemológicas e teóricas de forma a cumprir o potencial emancipatório das promessas da modernidade.” Uma nova atitude teórica prática e epistemológica, que denominada novo senso comum jurídico, que tem por base três premissas principais (SANTOS, 2011, p.6).

A primeira trata-se de uma crítica ao monopólio estatal e científico do direito. Busca-se desvelar alternativas, à dogmática jurídica e à teoria positiva do direito

¹²² CAPPELLETTI, op. cit., p. 68.

¹²³ MOREIRA, op. cit., p. 54.

¹²⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007. p. 6.

apostando numa forte concepção de pluralismo jurídico e numa concepção política do direito. A segunda consiste numa necessária repolitização do direito, e consequente reconfiguração dos tribunais ante os desafios e dilemas atuais advindos das transformações do significado sociopolítico do Estado, bem como de uma compreensão mais ampla do que devam ser as funções do sistema judicial, não só que tange ao exercício de suas funções instrumentais - resolução de conflitos e controle social -, mas também no que se refere às funções políticas e simbólicas que tem vindo a assumir. E por fim, a terceira premissa, refere-se à ampliação do direito como princípio e instrumento da transformação social politicamente legitimada, deve-se voltar o olhar para a prática de grupos socialmente oprimidos, que à medida que recorrem em suas lutas, à lutas jurídicas, devolve ao direito o seu caráter insurgente e emancipatório¹²⁵.

Para Boaventura¹²⁶, frente ao Estado Democrático de Direito, vive-se um momento que se está a ensaiar uma nova fase, onde há uma preocupação no que toca ao papel do direito e da justiça na sociedade contemporânea, no sentido de busca saber sua contribuição para uma sociedade mais justa. Onde uma revolução democrática da justiça, deve possibilitar além do acesso a mesma, um acesso que possibilitará mudar a justiça que se tem acesso.

Fala-se aqui, na necessidade social de respostas concretas e efetivas para os litígios, que só serão obtidas através do fortalecimento de uma consciência transformadora, que não se limita meramente a “aceitar” novas estratégias, mas que tenha a convicção da obtenção de respostas satisfatórias pela por meio delas¹²⁷.

No cenário brasileiro, essas medidas se referem a modernização do sistema processual, no intuito de reduzir o sofrimento de muitos jurisdicionados que aguardam morosamente, um desfecho para seu problema. Igualmente, caminha-se rumo a uma maior democratização do processo, na tentativa de eliminação dos privilégios detidos pelo Estado¹²⁸.

Como se vê, a discussão teórica do tema, do acesso à justiça, passa, ainda, pelo estudo contemporâneo do processo civil, no qual os juristas, agora, devem reconhecer

¹²⁵ SANTOS, op. cit., p. 7.

¹²⁶ SANTOS, op. cit., p. 24.

¹²⁷ MORAIS, op. cit., p. 110.

¹²⁸ SANTOS, op. cit., p. 46.

que as técnicas processuais servem a funções sociais, “que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada” e¹²⁹

que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal, tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social (CAPPELLETTI, 2002, p. 12-13).

Precisam os processualistas ampliar suas pesquisas para além dos tribunais é utilizar-se de um método de análise interdisciplinar e aprender através de outras culturas. Pois o “acesso” não é apenas um direito fundamental crescentemente reconhecido, mas também o ponto essencial da moderna processualística. Seu estudo¹³⁰ pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da cultura jurídica hodierna.

Neste sentido, confere-se que a função jurisdicional tem como escopo fundamental: a paz social. É a expressão do poder, onde a jurisdição é canalizada à realização dos fins do Estado.

E sendo ela uma expressão do poder estatal tem implicações com a estrutura política do Estado, e reflete a fórmula das relações entre o Estado e sua população, bem como, serve de instrumento para imposição das diretrizes estatais. Têm a jurisdição¹³¹, inegáveis implicações com a vida social.

O processo, por sua vez, entendido como conjunto de formas ordenadas no procedimento e pautadas pela garantia do contraditório¹³² constitui o método estabelecido pelo direito para o exercício da jurisdição, trata-se da *dinâmica do poder*, entendido em sua manifestação *sub jurisdictionis*. Espera-se, contudo, que mediante a dinâmica do poder, o Estado chegue efetivamente aos resultados propostos, influenciando favoravelmente a vida do grupo e de cada um de seus componentes, haja vista, que o escopo de pacificar as pessoas, mediante a eliminação do conflito com justiça, é a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade.

¹²⁹ CAPPELLETTI, op. cit., p. 12

¹³⁰ CAPPELLETTI, op. cit., p. 13

¹³¹ DINAMARCO, op. cit., p. 182.

¹³² DINAMARCO, op. cit., p. 193.

Para Arruda¹³³, o processo deixou de ser um meio pelo qual a jurisdição diz o direito, para se tornar um ato jurídico complexo resultante da operação de um núcleo de direitos fundamentais – contraditório e ampla defesa - sobre uma base procedimental, que não visa somente a declaração de um direito, mas sim satisfazê-lo no mundo dos fatos.

A tutela jurisdicional passou a ser a tutela processual, que não depende mais de uma resposta da jurisdição, mas principalmente do resultado que o processo, visto como uma disciplina empírica comum ao mundo o ser causal, e não do dever ser normativo, precisa proporcionar ao cidadão (ARRUDA, 2009, p.56).

Neste sentido, busca-se, sob uma perspectiva mais contemporânea do processo, a sua instrumentalidade, expressão resumida do próprio sistema processual, onde é examinado pelo ângulo externo, na sua inserção na ordem jurídica, política e social (DINAMARCO, 2003a, p.325). Direciona-se, deste modo, as forças metodológicas do direito processual a efetividade do processo,

a qual constitui expressão resumida da ideia de que *o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-jurídica-política, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais.* [...] a efetividade do processo, entendida como se propõe , significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade (DINAMARCO, 2003, p. 330-331). (Grifo do autor).

Para tanto, é preciso adequar o processo ao cumprimento dessa missão, para isso faz-se necessário¹³⁴ “implantar um novo método de pensamento, rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo.” E cabe aos cientistas do direito e aos juízes, cidadãos qualificados, revelar as mazelas do direito positivo, levando aos centros de decisão política os frutos de sua experiência profissional, com propostas inovadoras.

Enfim, no que diz respeito ao aspecto do acesso à Justiça, enquanto admissão ao processo, mostra-se primordial sua concretização para a garantia da efetividade dos direitos fundamentais, pois o cidadão tem necessidade de mecanismos próprios e

¹³³ ARRUDA, Edmundo de Lima et al. **Reforma judicial: elementos para uma crítica**. Florianópolis: CESUSC, 2009. p. 56.

¹³⁴ DINAMARCO, op. cit., p. 332.

adequados para que possa efetivá-los. Esse acesso efetivo à Justiça como instrumento garantidor da plenitude da cidadania mostra-se como o mais básico dos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Num quadro normativo em que – a par da baixa efetividade de um conjunto de direitos, sobretudo os sociais – estão previstos procedimentos que os garantem, o direito ao acesso à justiça assume papel primordial frente aos direitos substantivos garantidos pela atual ordem constitucional.

Com o presente estudo restou evidente o protagonismo do direito ao acesso justiça frente ao Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Depois da análise de como o Estado foi proclamado com a função jurisdicional, e qual sua capacidade de solução para os conflitos, desvelou-se a crise da prestação jurisdicional, na medida em que se conta com um vasto conjunto de necessidades jurídicas, e de problemas individuais e sociais com uma cobertura ineficiente por parte do sistema legal, ou até mesmo com ausência total de cobertura.

Neste contexto, observou-se a fundamental importância do incentivo à democratização do acesso à justiça e do constante aperfeiçoamento do sistema oficial da prestação jurisdicional na busca de garantia e eficácia dos direitos conquistados no curso do desenvolvimento político-social moderno e contemporâneo, pois na medida em que se limita ou se nega o acesso à justiça, nega-se o direito de realização dos direitos fundamentais, ou seja, a realização da própria Constituição.

Como complemento, através da análise da moderna discussão sobre a instrumentalidade do processo, verificou-se que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-jurídica-política, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais. Pois, sua concretização mostra-se primordial para garantia da efetividade dos direitos fundamentais.

Enfim, são evidentes os limites da capacidade do Estado na realização material irrestrita do acesso à justiça, mas não é menos verdade que oportunidades de acesso à justiça podem contribuir significativamente para a produção de resultados socialmente mais justos.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Edmundo de Lima et al. **Reforma judicial: elementos para uma crítica**. Florianópolis: CESUSC, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Vol. 1. Tradução de Carmem C. Varrialle; et. al. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BORGES, Marina Soares Vital. Justiça Comunitária, administração de conflitos e antropologia jurídica: uma contribuição para uma relação processual mais humana. In: COLAÇO, Thais Luiza. **Elementos de Antropologia Jurídica**. São Paulo: Conceito, 2011. p. 271-298.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. 2 ed. Belo Horizonte: Líder Cultura jurídica, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003a.

Instituições de direito processual civil. 3 ed. vol.1. São Paulo: Malheiros, 2003b.

FARIA, José Eduardo. O poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de política judicial comparada. **Revista Serviço Social e Sociedade**. Ano 22, n. 67, set. 2001.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução João Paulo Monteiro; Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LUCAS, Douglas Cesar. A jurisdição entre crises e conflitos. **Revista Direito em Debate**. Ano XII, n. 12, jan-/jun, p. 9-43, 2004. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/721/443>> Acesso em: 23 nov. 2021.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**: alternativa à jurisdição. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. **Acesso à justiça e o princípio da igualdade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2004.

MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. **A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático.** Barueri: Manole, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça.** São Paulo: Cortez, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(em) Crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VIEIRA, José Ribas. Teoria do Estado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder judiciário:** crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Capítulo 11

O QUE SENTEM AQUELES BOIS QUE CORREM NA PISTA DE AREIA E CAEM DERROTADOS NOS OLHANDO COM PAVOR? – UM ESTUDO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO NO CASO DA VAQUEJADA

Michelle Borges Cavalcante Cunha



O QUE SENTEM AQUELES BOIS QUE CORREM NA PISTA DE AREIA E CAEM DERROTADOS NOS OLHANDO COM PAVOR?¹³⁵ – UM ESTUDO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO NO CASO DA VAQUEJADA

Michelle Borges Cavalcante Cunha

Advogada, Contadora, Especialista em Direito Penal e Processo Penal, Mestre em Gestão de Negócios Turísticos, Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro, Auditora de Controle Interno da Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado do Ceará. michellebccunha@yahoo.com.br. Tel. (85)98126-4764. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8117130346460550>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2119-4495>.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo debater a aplicação do princípio da proibição do retrocesso no âmbito do Direito Ambiental, tendo como objeto a EC 96/2017 e a Lei nº 13.873/2019. A pesquisa proposta utilizou o método indutivo; é predominantemente qualitativa, exploratória e descritiva. Foi realizado levantamento bibliográfico, análise das normas, doutrina, jurisprudência e documentos sobre o tema. Por fim, restou comprovado que as alterações normativas sobre a vaquejada fragilizaram a proteção ambiental, afetando a tutela dos animais utilizados na atividade, e não observaram a aplicação do princípio da proibição do retrocesso no âmbito do Direito Ambiental.

Palavras-Chave: Meio ambiente equilibrado. Retrocesso. Vaquejada.

ABSTRACT

This article aims to discuss the application of the principle of prohibition of setback in the scope of Environmental Law, having as object EC 96/2017 and Law nº 13.873/2019. The proposed research used the inductive method; it is predominantly qualitative, exploratory and descriptive. A bibliographic survey, analysis of norms, doctrine, jurisprudence and documents on the subject were carried out. Finally, it was proved that the normative changes on the vaquejada weakened environmental protection, affecting the protection of animals used in the activity, and did not observe the application of the principle of prohibition of retrogression in the scope of Environmental Law.

Keywords: Balanced environment. Kickback. Vaquejada.

¹³⁵ <https://www.conjur.com.br/2013-jun-06/senso-incomum-quem-sao-caes-gatos-olham-nus>. Acesso em: 15 ago. 2022.

1 INTRODUÇÃO

A vaquejada é uma atividade que se originou no sertão nordestino entre os séculos XVII e XVIII, relacionada à lida com o gado. Os vaqueiros se reuniam e adentravam a mata para capturar os bois que eram criados soltos e que se reproduziam dando origem a novilhos que nunca haviam entrado em contato com humanos. Dessa forma, precisavam ser derrubados para serem apanhados, tratados, ferrados e agregados ao rebanho. Esse trabalho era conhecido como apartação e ocorria entre os meses de junho e julho de cada ano (ALVES, 1986).

Segundo Câmara Cascudo (1984), em meados de 1810 ainda não se falava sobre vaquejada, porém existia um acontecimento semelhante, a Festa da Apartação, que consistia em um momento festivo, após o trabalho com o rebanho, no qual o vaqueiro demonstrava, para os patrões, sua habilidade com os cavalos e o gado (SILVA, 2009, p. 1).

Por volta de 1940, os vaqueiros e fazendeiros começaram a organizar competições que simulavam a captura dos bois, para apresentar ao público, sendo estas, de pronto, incorporadas às festividades de cada região (SENADO, 2017, p.20). Nos primórdios, as competições aconteciam de forma amadora, porém foram se aperfeiçoando, passaram a ter regras definidas e serem patrocinadas por fazendeiros.

Atualmente, a prova de vaquejada conta com dois competidores montados a cavalo, que perseguem o boi em pista de areia e o derrubam em uma área delimitada, com um forte puxão na calda (SENADO, 2017, p.14). As vaquejadas envolvem grandes investimentos, atraem pessoas e equiparam-se a eventos esportivos vultosos, além de oportunizar ganhos financeiros para os vaqueiros e organizadores (SENADO, 2017, p.20).

Porém, a prática da vaquejada tem gerado divergências relativamente ao tratamento dispensado aos animais envolvidos na atividade, além de debates entre ambientalistas, defensores da causa animal e entre representantes do legislativo e judiciário.

Nesse cenário, foram editadas a Emenda Constitucional nº 96/2017, que determinou que as práticas desportivas que utilizam animais não são cruéis, desde que sejam consideradas manifestações culturais, e a Lei nº 13.873/2019, que incluiu a vaquejada como manifestação cultural nacional e a elevou à condição de bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro.

O inciso VII, do § 1º, do artigo 225, da Constituição Federal objetivou proteger a fauna, pois a importância desta para o equilíbrio dos ecossistemas e para preservação da espécie humana é inquestionável. Milaré (2011, p.299) assegura que “parte integrante da biota e dos biomas, a fauna é um dos indicadores mais impressionantes da evolução da vida sobre a terra, desde os seres unicelulares aos organismos altamente complexos. A fauna seja nos respectivos *habitats* seja como componente do ecossistema terrestre, interagindo ou não com a flora, funciona como um dos termômetros da biodiversidade na manutenção do equilíbrio ecológico”.

Em face dessas considerações, a problemática investigada nesta pesquisa centra-se em debater sobre a observância da aplicação do princípio da proibição do retrocesso no âmbito do Direito Ambiental quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 96/2017 e da Lei nº 13.873/2019 (Lei da Vaquejada).

Segundo Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer (2012, p.121-206), a proibição do retrocesso é um princípio constitucional implícito. Refere-se a uma proteção dos direitos fundamentais contra a atuação do legislador e tem como fundamento constitucional os princípios do Estado de Direito e da Segurança Jurídica.

Para alcançar uma resposta à problemática apresentada, o presente artigo está estruturado da seguinte forma: introdução; segundo tópico, que trata do direito e do dever fundamental ao meio ambiente equilibrado; terceiro tópico, onde se analisa o princípio da proibição do retrocesso; quarto tópico, no qual é realizado estudo sobre a aplicação do referido princípio quando da edição da Emenda Constitucional nº 96/2017 e da Lei nº 13.873/2019 (Lei da Vaquejada); e conclusão.

Em termos metodológicos, a pesquisa proposta utilizou o método indutivo, partindo da análise do caso da vaquejada; é predominantemente qualitativa; quanto aos objetivos, pode ser classificada como exploratória e descritiva. Para o fim proposto, foi realizado levantamento bibliográfico, análise de normas, doutrina, jurisprudência e documentos sobre o tema.

2 MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais visam garantir a dignidade da pessoa humana. Correspondem ao núcleo inviolável de direitos humanos positivados em uma constituição. Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 179), os direitos fundamentais “são

situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”.

Seguindo o mesmo raciocínio, Fernandes (2014, p. 307) ensina que os direitos fundamentais têm natureza constitucional, pois são “direitos positivados e protegidos pelo direito constitucional de cada Estado”. E complementa:

Os direitos fundamentais são produtos de um processo de constitucionalização dos direitos humanos, entendidos estes últimos como elementos de discursos morais justificados ao longo da História. Assim, os direitos fundamentais não podem ser tomados como verdades morais dadas previamente, mas como elementos em constante processo de (re)construção, haja vista que sua justificação e normatividade decorrem de uma Constituição positiva, igualmente mutável (FERNANDES, 2014, p.307-308).

Cabe ressaltar que, a fundamentalidade do direito ao meio ambiente equilibrado também foi resultado de uma evolução histórica. Nas constituições anteriores a de 1988 não se nota preocupação, de forma específica, com a proteção ao meio ambiente.

A nível internacional, em 1972, a Declaração de Estocolmo dispensou novo tratamento ao meio ambiente, elevando-o ao patamar de direito fundamental. Em seu princípio nº 1 dispõe:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequada em um meio, cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse meio para as gerações presentes e futuras¹³⁶.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 elevou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao nível de direito fundamental, assegurando que ele seja defendido e preservado para as presentes e futuras gerações¹³⁷. Apesar de não estar inserido no rol dos direitos fundamentais do Título II da Constituição Federal de 1988, o referido direito apresenta característica de fundamentalidade, haja vista seu vínculo com à preservação da vida e da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2008, p.57 e ss), núcleo essencial dos direitos humanos (COMPARATO, 1989, p.36).

Edis Milaré (2006, p. 158-159) ensina que o direito ao meio ambiente equilibrado é uma extensão do direito à vida, abrangendo a existência física, a saúde, a qualidade de vida e a dignidade da pessoa humana.

¹³⁶ <https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/2167.pdf>

¹³⁷ Constituição Federal de 1988, artigo 225, caput.

No mesmo sentido, Leuzinger (2002, p. 27) defende que a percepção da necessidade de um meio ambiente equilibrado para garantir uma boa qualidade de vida ao ser humano foi o que provocou o seu reconhecimento como direito fundamental. Em uma visão antropocêntrica, o autor assevera que “O sentido de proteção, portanto, não encerra um caráter altruísta do homem em relação aos demais seres vivos, mas, sim, uma necessidade de preservá-los para que a sua própria existência seja resguardada” (LEUZINGER, 2002, p. 27).

No âmbito da teoria geracional de direitos de Karel Vasak, o Direito Ambiental é considerado um direito de terceira geração, assentado na fraternidade ou solidariedade. Relativamente aos direitos de terceira geração, Norberto Bobbio (1992, p.6) ensina que se manifestam no direito de viver em um ambiente sadio. Segundo Bobbio (1992, p.6), “a terceira geração dos direitos propugna por um novo enfoque com base em estratégias de prevenção, adaptação e cooperação internacional entre as nações, cabendo à inteligência humana conduzir o processo histórico em benefício de todos. Afinal, os grandes problemas ambientais do mundo atual são globais e como tais exigem soluções universais, marcadas não só pela solidariedade dos ricos para com os pobres do sistema mundial, como pela solidariedade das gerações presentes para com as gerações futuras”.

Como direito de solidariedade, segundo Ingo Sarlet (2003, p. 129), o direito ao meio ambiente equilibrado não se destina somente ao homem como indivíduo, mas a grupos humanos e coletividades. É um direito de titularidade coletiva ou difusa, apresentando, dessa forma, dimensão transindividual. Nessa perspectiva, Fiorillo (2010, p. 54) afirma que, “o direito difuso apresenta-se como um direito transindividual, tendo um objeto indivisível, titularidade indeterminada e interligada por circunstâncias de fato”.

Assim também entende o Supremo Tribunal Federal:

O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. [...] os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.¹³⁸

¹³⁸ MS 22.164, rel. min. Celso de Mello, j. 30-10-1995, P, DJ de 17-11-1995.

Como direito fundamental, o direito ao meio ambiente equilibrado deve ser tutelado, protegido com o fim de alcançar e preservar a dignidade humana, pois tem relação direta com a existência humana. Dessa forma, a proteção ambiental também se manifesta como um dever fundamental.

Segundo Nabais (2015, p. 64-65), os deveres fundamentais são:

Deveres jurídicos das pessoas, de especial significado para a comunidade política, exigíveis pela ordem jurídica, para determinar comportamentos ativos ou passivos, como posições jurídicas passivas, autônomas, subjetivas, individuais e universais, que independem das vontades de seus titulares, aplicáveis tanto em relação direta com o Estado (eficácia vertical) como na relação entre as pessoas (eficácia horizontal).

Nesse mesmo sentido, Peces-Barba (1987, p. 336), esclarece que os deveres fundamentais são deveres jurídicos relacionados às dimensões básicas da vida do homem em sociedade, aos bens essenciais à satisfação de suas necessidades, bem como no exercício dos direitos fundamentais. Complementando o pensamento de Peces-Barba, Bandieri (2011, pp. 231-232) acrescenta aos deveres fundamentais todos os deveres que estão previstos em convenções internacionais e regionais e nas constituições democráticas.

Desse modo, os deveres fundamentais são posições ativas ou passivas em benefício da coletividade, essenciais à manutenção da sua existência, traduzindo-se na parcela constitucionalmente exigida de cada indivíduo em prol do bem comum. Diante do exposto, pode-se concluir que a proteção e preservação ambiental também é um dever fundamental, que deve ser observado pelo Estado e por cada um dos indivíduos, com o fim de manter o ambiente saudável e equilibrado.

Assim, considerando a evolução histórica do reconhecimento do meio ambiente equilibrado para a existência e dignidade da pessoa humana e a positivação dos direitos e deveres fundamentais ligados ao tema, faz-se imprescindível um mínimo de segurança jurídica para evitar a redução ou supressão da tutela existente. Desse modo, quando a Constituição Federal de 1988 consagrou a defesa do meio ambiente, como um dos deveres e objetivos do Estado e da coletividade, agregou a essa proteção princípios que pudessem garantir essa tutela.

3 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Os direitos fundamentais requerem um nível mínimo de proteção para que o seu exercício seja garantido, para que a dignidade da pessoa humana seja preservada e respeitada e os indivíduos, titulares desses direitos, possam ter segurança quanto a estabilidade desses. Os direitos fundamentais reconhecidos por uma ordem constitucional refletem os anseios do auditório¹³⁹ que a compõe, foram alcançados ao longo da história e devem ser preservados.

Segundo Lênio Streck (2020, p. 373-374), os princípios constitucionais são manifestações históricas e culturais que se apresentam em determinadas situações jurídicas, não são escolhas ou construções arbitrárias [...] São experienciados por aqueles que fazem parte da comum-idade política e que contribuem para a formação de uma sociedade, sendo assim, elevados à condição da constitucionalidade.

Esse é o fundamento do princípio da proibição do retrocesso. Tendo íntima relação com o princípio da segurança jurídica, visa proteger os direitos fundamentais da atuação do legislador, evitando que eles sejam reduzidos ou até mesmo suprimidos.

Sobre o princípio da proibição do retrocesso, Sarlet (2007, p. 445) ensina que, surgiu inicialmente na Alemanha e em Portugal. Na Alemanha, apareceu devido à discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais, mormente os de natureza prestacional, quando da crise do Estado-Providência – declínio da capacidade prestacional do Estado e o crescimento da demanda por prestações sociais. Entretanto, o entendimento adotado em Portugal não se limitava aos direitos relacionados com a seguridade social, como defendido na Alemanha, mas abrangia outras prestações concedidas pelo Estado, independentemente de contribuição pecuniária feita pelo indivíduo.

Canotilho esclarece que:

[...] os direitos sociais e econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação etc.), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e independentemente do problema 'fático' da irreversibilidade das conquistas sociais, o princípio da democracia social e econômica fundamenta uma pretensão imediata dos cidadãos contra as entidades públicas sempre que o grau de realização dos seus direitos econômicos e sociais for afectado em seu

¹³⁹ Jürgen Habermas

sentido negativo, e estabelece uma proibição de 'evolução reaccionária' (Rückschrittsverbot) dirigida aos órgãos do Estado. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras das chamadas 'conquistas sociais'. (CANOTILHO, 1986 p. 393)

Canotilho defende que, uma vez conquistados, os direitos sociais e económicos passam a configurar direitos subjetivos e garantia institucional, sendo vedado todo esforço que vise sua revogação ou redução. Posteriormente, Canotilho (1986) passou a afirmar que o princípio da proibição do retrocesso limita a involução dos direitos adquiridos e das expectativas de direito, considerando a confiança dos indivíduos acerca do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e nas esferas económica e cultural.

No Brasil, um dos primeiros autores a tratar sobre o assunto foi José Afonso da Silva. Segundo Silva (2002, p.158), as determinações constitucionais indicam o caminho que o legislador deve seguir, apresentando-se inconstitucional a lei que percorrer caminho diverso do indicado pela constituição ou a que retroceder na execução da norma constitucional. A nova lei também não pode desfazer o grau de efeitos da norma constitucional alcançado por meio da lei anterior.

Barroso (2009) entende que os direitos e garantias constitucionais, quando regulamentados por lei, se incorporam ao patrimônio jurídico da cidadania e, dessa forma, não podem ser facilmente suprimidos ou restringidos.

[...] a vedação do retrocesso. Por esse princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídicoconstitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido.

Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior.

De acordo com Barroso (2009), o princípio da proibição do retrocesso não se encontra expresso na Constituição; deriva do sistema jurídico constitucional e visa impedir "o ataque à efetividade da norma" que já foi regulamentada. Trata-se de uma derivação da eficácia negativa, no que se refere aos princípios que abrangem os direitos

fundamentais, visto que alguns princípios são concretizados mediante a edição de normas infraconstitucionais (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 25-65). Para Barroso e Barcellos:

Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente (2003, p. 25-65).

De acordo com a eficácia negativa, é possível a invalidação da revogação de determinada norma que, regulamentando princípio, concedeu ou ampliou direitos fundamentais, sem que esteja prevista uma política substitutiva (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 25-65).

Como Barroso, Sarlet (2007, p. 445) defende que o princípio da proibição do retrocesso é implícito e decorre de outros princípios e argumentos de origem jurídico constitucional, porém, vai além, quando afirma que ele não alcança apenas os direitos fundamentais sociais, e sim, todos os direitos fundamentais.

Sarlet, ensina que o princípio da proibição do retrocesso decorre do seguinte:

- a) Do princípio do Estado Democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, além de uma segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral;
- b) Do princípio da dignidade humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar;
- c) Do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, contido no artigo 5º, § 1º, e que necessariamente abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais. Com efeito, a indispensável otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica (e, portanto, sempre também do princípio da segurança jurídica) reclama que se dê ao mesmo a maior proteção possível, o que, por seu turno, exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo, inclusive na acepção aqui desenvolvida [...]
- d) As manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo (na qual se enquadra a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que, de resto, encontra fundamento direto no artigo 5º, caput, da nossa Lei Fundamental e no princípio do Estado social e democrático de Direito;

- e) O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além de sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas;
- f) Os órgãos estatais, especialmente como corolário da segurança jurídica e proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa autovinculação em relação aos atos anteriores. Esta, por sua vez, alcança tanto o legislador, quando os atos da administração e, em certa medida, dos órgãos jurisdicionais, aspecto que, todavia, carece de maior desenvolvimento do que o permitido pelos limites do presente estudo;
- g) Negar reconhecimento ao princípio da proibição do retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte. (...) (2007, p. 445).

Analisando os fundamentos postos por Sarlet (2007, p. 445), conclui-se que, uma vez positivado determinado direito no âmbito da legislação infraconstitucional, é vedado suprimir ou restringir esse direito, de modo a prejudicar a garantia da dignidade da pessoa humana; o legislador não pode, uma vez concretizado determinado direito fundamental no plano infraconstitucional, afetar o núcleo essencial desse direito anteriormente regulamentado.

3.1 O princípio da proibição do retrocesso no âmbito do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado

A partir do século XX, as discussões sobre temas relativos à questão ambiental têm se intensificado. As diversas formas de poluição, as mudanças climáticas, o uso indiscriminado dos recursos naturais e as formas de tratar os animais não humanos passaram a ser destaque em encontros científicos, conferências internacionais, bem como em debates jurídicos. Passou-se a relacionar a sobrevivência da espécie humana com a utilização sustentável dos recursos ambientais e com a preservação do meio ambiente.

Surgiu, assim, a necessidade de se estabelecer estratégias para redução da degradação e incremento da conservação ambiental, tais como políticas públicas de proteção do meio ambiente equilibrado, bem como a edição de normas que visem

condicionar a atuação pública e da sociedade em favor dessa proteção. Sucede que nem sempre a legislação é efetiva, muitas vezes não é cumprida e é alterada com o intuito de fragilizar os mecanismos de proteção existentes. Por essa razão, mostram-se relevantes as medidas que visam impedir alterações na legislação com o intuito de mitigar ou retirar do arcabouço jurídico os direitos ambientais já consolidados.

Como pontuado anteriormente, Sarlet ensina que a proibição do retrocesso se apresenta como uma dessas medidas, pois se configura como uma garantia constitucional do indivíduo contra a ação do legislador, tendo como finalidade proteger os direitos fundamentais já consagrados na constituição, principalmente em relação ao seu núcleo essencial. Qualquer medida que atente contra esse núcleo, no sentido de reduzir ou extinguir direitos, apresentará vícios e será considerada inconstitucional.

Por sua vez, Canotilho (2004, p. 177-189) defende que a “água, os solos, a fauna, a flora, não podem ver aumentado o seu grau de esgotamento, surgindo os ‘limites do esgotamento’ como limite jurídico-constitucional da liberdade de conformação dos poderes públicos”, sendo relevante coibir o retrocesso legislativo relativamente ao cenário ambiental atual.

O reconhecimento do direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental e como parte integrante da dignidade da pessoa humana concorre para a aplicação do princípio da proibição do retrocesso, com o fim de proteger o arcabouço normativo ambiental alcançado por meio de evoluções históricas e evitar iniciativas que possam ameaçá-lo.

4 A VAQUEJA E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Como analisado anteriormente, o direito ao meio ambiente equilibrado é um direito fundamental que deve ser protegido pela sociedade e pelo Estado, devendo ser coibidas as tentativas de ameaça ao seu núcleo essencial.

O artigo 225 da Constituição Federal de 1988 é taxativo ao impor ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, incluindo nesse cuidado a defesa dos animais contra as práticas que provoquem sua extinção ou os submeta a crueldade. O constituinte originário reconheceu que a integridade física dos animais deve ser resguardada.

Gordilho (2009, p. 138) defende que, à luz da Constituição Federal de 1988, os animais possuem o direito de não serem submetidos a tratamentos cruéis, a práticas que coloquem em risco a sua função ecológica ou que ponham em risco a preservação de sua espécie. Para Levai (1998, p. 128), a previsão constitucional da proibição de submeter os animais a tratamentos cruéis inaugurou uma ética biocêntrica, destacando o princípio constitucional da não crueldade contra os animais e tornando inconstitucionais as leis que regulamentam rodeios, rinhas de galo, vaquejadas, animais em circos.

De acordo com Dias (2000, p. 201):

Os animais usados em vaquejadas sofrem luxações e hemorragias internas, devido ao tombo. E não é só o sertanejo que participa da derrubada do boi. Hoje em dia, já vêm entrando em cena empresários, profissionais liberais e outras categorias profissionais, como se essa prática fosse um esporte. Todo esse tormento que sofrem os animais é para ganhar prêmios oriundos de rateio das inscrições pagas pelo vaqueiro. Em 1991 o primeiro prêmio para as 250 duplas concorrentes na XIV Vaquejada do Parque Napoleão Bonaparte Viana, realizada na Fazenda Garrote, em Caucaia, foi de R\$ 1,5 milhão. Segundo informa a advogada ambientalista Dra. Geuza Leitão de Barros, no Ceará são as próprias prefeituras que promovem as vaquejadas com o patrocínio das grandes empresas. Um mau costume de peões nordestinos é carregar uma lâmina, ou pedaço de osso cortante, escondido na luva para decepar a cauda do boi, ao tempo em que o tomba.

Diversos estudos mostram que os métodos utilizados nas vaquejadas para fazer os bois dispararem na pista de areia são considerados maus tratos – açoites, introdução de pimenta e mostarda no ânus do animal e choques (SIQUEIRA FILHO; LEITE; LIMA, 2015, p. 59-80). Além disso, os cavalos utilizados pelos vaqueiros correm instigados por golpes de esporas. Com frequência, são mencionados traumatismos, fraturas e deslocamentos nas patas, ou até mesmo amputação da cauda do boi. Além dos maus tratos físicos aos animais, hodiernamente debatem-se as questões éticas envolvidas no tema, tais como a exploração e a agressão dos animais com o fim de diversão e a legitimidade de se considerar tal crueldade cultura ou esporte.

Segundo Lênio Streck, em sua publicação “Quem são esses cães e gatos que nos olham nus?”¹⁴⁰, assevera que:

Costumamos empregar à palavra predador um sentido negativo. Mas não paramos para atentar que o predador tem motivos para fazê-lo. Tem, por necessidade de sobrevivência, que matar e devorar outro ser para poder

¹⁴⁰ <https://www.conjur.com.br/2013-jun-06/senso-incomum-quem-sao-caes-gatos-olham-nus>. Acesso em: 28 jun. 2022.

sobreviver. Portanto, não há mal em ser carnívoro. Mas somente o ser humano (ou animal humano, como queriam alguns) mata por prazer ou perversão. Quem é o animal em um safári? Numa tourada? Ou nas hoje abandonadas (e ainda bem) “farras do boi”? Em todos esses casos o molestar, ferir e matar faziam parte de uma espécie de catarse pública em busca do mórbido, tudo sob a máscara da violência simbólica — de que se trata(va) de uma tradição.

O ilustre professor Lênio alerta para a crueldade inerente a certas atividades que envolvem os animais não humanos e destaca que essa violência é aceita em nome da tradição.

Considerando essa situação, Procurador Geral da República ajuizou ADI nº 4983, alegando a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado do Ceará, aparentemente contrariando o disposto no texto constitucional no que tange à proibição de maus tratos aos animais.

Cabe destacar que, a ADI nº 4983 tratava da colisão entre o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, materializado no direito de os animais não serem tratados com crueldade, e o direito à manifestação cultural.

No julgamento desta ADI, os Ministros Marco Aurélio (relator), Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Celso de Melo, Ricardo Levandowsky e Carmem Lúcia votaram pela inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013, afirmando que a prática da vaquejada submete os animais à crueldade (BRASIL, STF, 2016).

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio afirmou, mantendo os entendimentos anteriores, que:

O sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1o do artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada. No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente.

Seguindo o mesmo entendimento, o Ministro Luis Roberto Barroso esclareceu que:

Na vaquejada, a torção brusca da cauda do animal em alta velocidade e sua derrubada, necessariamente com as quatro patas para cima como exige a regra, é inerentemente cruel e lesiva para o animal. Mesmo nas situações em que os danos físicos e mentais não sejam visíveis de imediato, a olho nu, há probabilidade de sequelas graves que se manifestam após o evento. De todo modo, a simples potencialidade relevante da lesão já é apta a deflagrar a incidência do princípio da precaução.

A Ministra Carmen Lúcia realizou uma interpretação evolutiva para demonstrar que a Lei nº 15.299/2013 era inconstitucional pois, de acordo com estudos veterinários, submetia os animais à crueldade e a maus tratos. Em seu voto, a ministra defendeu que “sempre haverá os que defendem o que vem de longo tempo e se encravou na cultura do nosso povo. Mas cultura se muda e muitas foram levadas nessa condição até que houvesse outro modo de ver a vida, não somente a do ser humano”.

Porém, após o julgamento da ADI nº 4983, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 96, de 06 de junho de 2017, acrescentando ao artigo 225 o parágrafo 7º:

Para fins do disposto na parte final do inciso VII do §1º deste artigo,² não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o §1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos¹⁴¹.

A EC 96/2017 passou a considerar que as práticas desportivas que utilizam animais não são cruéis, desde que sejam consideradas manifestações culturais. Antes considerada inconstitucional, a vaquejada passou a ser reconhecida como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro.

Em 18 de setembro de 2019, o presidente da república sancionou lei que regulamenta a prática da vaquejada, rodeio e laço. A lei nº 13.873/2019 passou a considerar as três modalidades artísticas e esportivas como manifestação cultural nacional, elevando essas atividades à condição de bem imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro.

Contrariando o disposto no inciso VII, do §1º, do artigo 225, que enuncia que a fauna deve ser protegida e veda, na forma da lei, práticas que submetem os animais à crueldade, a EC 96/2017 e a lei nº 13.873/2019 retrocederam quanto à proteção dispensada a esses animais e alteraram a condição de constitucionalidade da vaquejada.

Não conformados com a edição da EC 96/2017 e da lei nº 13.873/2019, o Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal ajuizou a ADI nº 5728, alegando que a referida emenda “afrontou o núcleo essencial do direito ao meio ambiente equilibrado” (art. 225, §1º VII, da CF), violando também o art. 60, § 4º, IV, da CF/88, o qual afirma que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias

¹⁴¹ Constituição Federal de 1988, artigo 225, parágrafo 7º.

individuais (BRASIL, 2017, p. 13). Também foi alegada violação do princípio da proibição do retrocesso, bem como o fato de o reconhecimento da vaquejada como manifestação cultural não afastar a crueldade inerente à prática: “a prática cruel não deixa de sê-lo porque a norma assim resolve (BRASIL, 2017, p. 14-19).

Por sua vez, foi ajuizada, pelo Procurador-Geral da República Rodrigo Janot, a ADI nº 5572, que alegou que a vaquejada, por submeter animais a tratamento violento e cruel, além de lhes causar lesões e traumatismos, “ainda que seja manifestação cultural, é incompatível com a ordem constitucional” (BRASIL, 2017c, p. 4 e p. 17).

Nas duas ADIs contra a EC 96/2017, os requerentes sustentam que há grave ofensa ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sob o argumento de que a proteção aos animais, inclusive domésticos, integra esse direito fundamental e compõe o seu núcleo essencial; e falta de lógica e de razoabilidade no teor do §7º do art. 225, incluído pela EC 96/2017, “ao rotular, de forma artificiosa, como não cruéis práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam ‘manifestações culturais’ reguladas por lei específica”¹⁴².

Segundo Raquel Dodge¹⁴³, em parecer encaminhado ao STF, “não é possível extrair da Constituição autorização para impor sofrimento intenso e para mutilar animais, com fundamento do exercício de direitos culturais e esportivos”. Para a Procuradoria-Geral da República (PGR), a EC 96/2017, que autoriza as vaquejadas, rodeios e laço em território brasileiro, é inconstitucional pois fere o núcleo da proteção ao meio ambiente. Dodge defende que ao desconsiderar cruéis as práticas desportivas que utilizam animais, desde que sejam manifestações culturais, a EC 96/2017 “colide na raiz com as normas constitucionais de proteção ao ambiente, e em particular com as do artigo 225, parágrafo 1º, que impõem ao poder público a proteção da fauna e da flora e veda práticas que submetam animais à crueldade”. Ser reconhecida como manifestação cultural não faz desaparecer a crueldade intrínseca à prática; é fundamento inadequado e antiético, para suportar a edição de leis que regulam essa atividade.

Em seu parecer¹⁴⁴, Dodge também explica que a Constituição Federal de 1988 determinou que o poder público e a coletividade têm o dever de preservar o meio

¹⁴² Passagem contida na petição inicial (página 14) da ADI 5772, ajuizada pelo PGR, de relatoria do Min. Roberto Barroso.

¹⁴³ Página 14 da exordial.

¹⁴⁴ Idem

ambiente e consagrou o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado.

Dodge sustentou que:

Esse direito é indisponível e inalienável. Determinadas práticas culturais, conquanto antigas, cobertas com a poeira do tempo e toleradas através de gerações, podem e devem vir a ser proscritas, em virtude de concepções modernas de proteção digna da fauna, flora e humanidade, em última análise.

A Procuradora também esclareceu que “as vaquejadas poderiam ser enquadradas na Lei dos Crimes Ambientais, não fosse talvez por sua disseminação e tradição, e por certa indefinição jurídica, que deve se afastar com o tempo”.

Corroborando o que Dodge defende, Peter Singer (2004, p.10) esclarece que “se um ser sofre, não pode haver qualquer justificativa moral para deixarmos de levar em conta esse sofrimento”.

Notadamente, o STF tem entendido que a prática da vaquejada é incompatível com o ideal adotado pelo texto constitucional. Nesse mesmo sentido Steinmetz (2009, p. 259-260) esclarece que os maus tratos estão para os animais como a tortura está para os seres humanos e salienta que esta não pode ser desconsiderada para justificar uma prática cultural. O legislador não pode ignorar que a vaquejada é uma prática intrinsecamente cruel. Se assim agir, violará o núcleo do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, expresso na proteção dos animais contra maus tratos.

Então, para finalizar e parafraseando o professor Lênio Luiz Streck¹⁴⁵, ousou perguntar: “O que sentem aqueles bois que correm na pista de areia e caem derrotados nos olhando com pavor?”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como exposto no correr do texto, a pesquisa realizada buscou debater a aplicação do princípio da proibição do retrocesso no âmbito do Direito Ambiental, tendo como objeto de análise a legislação que regulou a vaquejada, EC 96/2017 e Lei nº 13.873/2019, e passou a considerar a prática esportiva manifestação cultural nacional, elevando essa atividade à condição de bem imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro.

¹⁴⁵ <https://www.conjur.com.br/2013-jun-06/senso-incomum-quem-sao-caes-gatos-olham-nus>. Acesso em: 28 jun. 2022.

Conforme estudado, o direito ao meio ambiente equilibrado é um direito fundamental que deve ser tutelado com o fim de alcançar e preservar a dignidade da pessoa humana, pois tem relação direta com sua existência.

Todavia, proteger o meio ambiente também é um dever fundamental e se traduz na parcela constitucionalmente exigida do Poder Público e de cada indivíduo em prol do bem comum. A proteção e preservação ambiental devem ser buscadas pelo Estado e por cada um dos indivíduos, com o fim de manter o ambiente saudável e equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Verificou-se que, considerando a evolução histórica do reconhecimento do meio ambiente equilibrado para a existência e dignidade da pessoa humana e a positivação dos direitos e deveres fundamentais ligados ao tema, faz-se imprescindível um mínimo de segurança jurídica para evitar a redução ou supressão da tutela existente.

Dessa forma, faz-se necessária a observância do princípio da proibição do retrocesso no momento da edição de normas sobre o assunto, com o fim de proteger o arcabouço normativo ambiental alcançado por meio de evoluções históricas e evitar iniciativas que possam ameaçá-lo.

Concluiu-se que, contrariando o disposto no inciso VII, do §1º, do artigo 225, que enuncia que a fauna deve ser protegida e veda, na forma da lei, práticas que submetem os animais à crueldade, a EC 96/2017 e a lei nº 13.873/2019 retrocederam quanto à proteção dispensada aos animais e alteraram a condição de constitucionalidade da vaquejada.

Além de se observar um conflito entre os princípios fundamentais de acesso à cultura e ao meio ambiente equilibrado relativamente a ADI 4983, na edição da EC 96/2017 e da lei nº 13.873/2019 não foi observado o princípio da proibição do retrocesso. Cabe destacar que, a regra constitucional prevista no art. 225, §1º, VII, da CF/1988 que veda a submissão de animais a tratamento cruel, deixa clara a opção de o constituinte originário pelo avanço no modo do indivíduo considerar e tratar os animais.

O mandamento constitucional previsto no art. 225, §1º, VII, da CF/1988 se revela como uma espécie de núcleo do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, e, como tal, não pode ter o seu sentido e alcance suprimidos ou restringidos pelo legislador. Ressaltou-se também o fato de o reconhecimento da vaquejada como manifestação cultural não afastar a crueldade inerente à prática esportiva.

Assim, durante esta pesquisa, restou comprovado que as alterações legislativas envolvendo a vaquejada fragilizaram o nível de proteção ambiental existente, afetaram a tutela dos animais utilizados na prática da vaquejada, contrariaram o previsto pelo constituinte originário relativamente ao núcleo do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e não observaram a aplicação do princípio da proibição do retrocesso ambiental.

REFERÊNCIAS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5.772. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5772.pdf>. Acesso em: 10 jun de 2022.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALVES, C. Vaqueiros e Vaquejadas. Natal: Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 1986.

BANDIERI, Luís María. Derechos fundamentales ¿y deberes fundamentales?. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Orgs.). Direitos, deveres e garantias fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2011. pp. 211-244.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. **Revista EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 25-65, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. **Emenda constitucional n. 96, de 9 de junho de 2017**. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Brasília, DF, 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc96.htm. Acesso em 20 ago. 2020.

BRASIL. Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal. **Petição Inicial de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5278/DF**. Brasília, DF, 2017b, n. 32685/2017. Relator (a): Min. Dias Toffoli. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=651964941&prcID=5208901#>. Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016**. Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais; eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm. Acesso em: 09 ago. 2020.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Petição Inicial de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5772/DF**. Brasília, DF, 2017c, n. 52648/2017. Relator (a): Min. Roberto Barroso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13580372&prclD=5259991#>. Acesso em 23 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.983/CE**, Relator (a): Min. Marco Aurélio, julgado em 06/10/2016. DJe, 27 abr. 2017d. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.713/PB**, Relator (a): Min. Marco Aurélio, julgado em 02/03/2018. DJe, 08 mar. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313825267&ext=.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo 801.676/PE**, Relator (a): Min. Roberto Barroso, julgado em 19/08/2014. DJe, 02 set. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6639025>. Acesso em: 17 ago. 2020.

CASCUDO, L. C. Vaqueiros e cantadores. 2. ed. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1984.

COMPARATO, Fábio Konder. Os problemas fundamentais da sociedade brasileira e os direitos humanos. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Para Viver a Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 177-189.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos fundamentais e ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional no estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 54.

GORDILHO, Heron J. S. Abolicionismo animal. Salvador: Evolução, 2009.

HABERMAS, Jurgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: STEIN (Orgs), *Dialética e liberdade*. Petrópolis, Porto Alegre: Editora da Universidade federal do Rio Grande do Sul, 1993.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. Meio ambiente: Propriedade e repartição constitucional de competências. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002, p. 27.

LEVAI, Laerte F. Direito dos animais: o direito deles e o nosso direito sobre eles. Campos do Jordão: Mantiqueira, 1998.

MILARÉ, E. **Direito do Ambiente**. A Gestão Ambiental em foco. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOLINARO, Carlos Alberto. Direito Ambiental: proibição do retrocesso. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 80.

NABAIS, José Casalta. O Dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. Doxa. n. 4. Alicante, 1987. p. 329-341.

PRIEUR, M. Princípio da Proibição do Retrocesso Ambiental. Tradução de José Antônio Tietzmann e Silva. In: COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DO SENADO FEDERAL. Princípio da proibição do retrocesso ambiental. Brasília: Senado Federal, 2012, p. 11-52.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. Notas sobre a proibição de retrocesso e matéria (sócio) ambiental. In: COMISSÃO DO MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DO SENADO FEDERAL. **O princípio da proibição do retrocesso ambiental**. Brasília: Senado Federal, 2012.

SENADO discute natureza cultural da vaquejada. Revista Em Discussão!, Brasília, DF, ano 8, n. 31, abr. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 158.

SILVA, T. de C. A prática da Vaquejada à luz da Constituição Federal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 63, abr. 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Luiz Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lênio Luiz. Quem são esses cães e gatos que nos olham nus? CONJUR – Consultor Jurídico, 06 jun 2013; Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-06/senso-incomum-quem-sao-caes-gatos-olham-nus>. Acesso em 28 jun. 2022.

SIQUEIRA FILHO, Valdemar; LEITE, Rodrigo de A.; LIMA, Victor Breno de. A prática da vaquejada em xeque: considerações sobre a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.893. *Revista brasileira de direito animal*, Salvador, v. 10, n. 20, set-dez 2015. Disponível em: <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA>. Acesso em 10 jun. 2022.

Supremo Tribunal Federal. ADIN nº 4.983. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Ceará e Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus>. Acesso em 10 jun. 2022.

OS AUTORES



Barbara Kamyla Costa da Silva

Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Sá. E-mail: barbarakamyla@hotmail.com

Bianca Cardoso Martins

Bacharel em Direito; Mestranda bolsista (prosup/Capes) na linha de acesso a Justiça e efetividade do processo pela UNESA-RJ.

Danielle Fernandes Farias do Val

Mestranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA), Pós-Graduada em História do Brasil pela Universidade Cândido Mendes (UCAM), Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA) e Bacharel em História pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Elaine Freitas Fernandes

Advogada; Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA, na linha de pesquisa: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional; Doutoranda em Direito Público e evolução social- Direitos fundamentais e novos direitos pela Universidade Estácio de Sá – UNESA; professora universitária e coordenadora de curso. Email: elainefff@hotmail.com

Fabiano Lucio de Almeida Silva

Doutorando em Direito e Evolução Social pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá - UNESA. Mestre em Saúde Coletiva pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde do Instituto Sírio-Libanês de Ensino e Pesquisa. Docente da Faculdade Cesmac do Agreste (Alagoas).

Joselaine Maura Figueiredo Soares

Mestranda (PPDG-UNESA) - linha de pesquisa: Acesso à Justiça e à Efetividade do Processo. Pós-graduada em Direito Civil (UCAM), Direito Processual Civil (UNESA), Direito Imobiliário (UCAM), Direito Empresarial (UCAM-OAB/RJ), Direito do Consumidor (UCAM-OAB/RJ) e Docência do Ensino Superior (UNOPAR). MBA em Gestão Jurídica do Seguro e Resseguro. Advogada. Correio eletrônico: joselainemaura@gmail.com

Juliana Rodrigues de Souza

Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Castanhal. Pós-graduanda em Direito de família, Direito Aplicado aos Serviços de Saúde e Gestão Educacional e Docência no Nível Superior. Endereço eletrônico: juliana.sousa81@gmail.com

Larissa Lemos Garzon

Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia – UNAMA. Pós Graduanda em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Civil Lato Sensu pela Universidade Anhanguera Uniderp. Professora universitária e Advogada. Endereço eletrônico: larissaflemos@yahoo.com.br.

Leliane Aguiar da Silva

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Estudos Antrópicos na Amazônia – PPGEEA/UFPA. Especialista em Educação de Jovens e Adultos Privados de Liberdade - UFPA. Especialista em Educação Ambiental Urbana pela Escola Aberta do Brasil - ESAB. Possui graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Pará – UFPA; Direito pela Faculdade de Castanhal – FCAT e Letras-Inglês na Universidade Cesumar - UniCesumar. Servidora Pública na SEDUC/SEAP. Professora Universitária e de Educação Pública. Tem experiência na área ambiental, sociológica, antropológica, gênero, segurança pública, cultural e educacional. Endereço eletrônico: leliane.silva@castanhal.ufpa.br

Maria das Graças Penelva

Advogada, consultora jurídica na área tributária e empresarial, Especialista em Direito Tributário; Mestre em Meio ambiente urbano; Membro do Conselho Seccional da OAB-Pará e professora universitária na graduação e pós graduação; e-mail: penelva@hotmail.com

Michelle Borges Cavalcante Cunha

Advogada, Contadora, Especialista em Direito Penal e Processo Penal, Mestre em Gestão de Negócios Turísticos, Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá – Rio de Janeiro, Auditora de Controle Interno da Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado do

Ceará. michellebccunha@yahoo.com.br. Tel. (85)98126-4764. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8117130346460550>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2119-4495>.

Paulo Denilson Magalhães Carvalho

Advogado; Assessor jurídico cível da Defensoria Pública do Estado do Pará - Núcleo Regional Guamá; Vice-Presidente da Comissão dos Jovens Advogados da Subseção de Castanhal; e-mail: adv.paulodenilson@gmail.com

Ronaldo Pinheiro Sérgio

Advogado. Mestrando em Direito pela UNESA - Universidade Estácio de Sá / Rio de Janeiro. Pós graduado em Direito Civil e Processo Civil. Pós graduado em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor pela UNESA/RJ. Bacharel em Direito pela UNESA /RJ. E-mail: ronaldopinheirosergioadv@gmail.com

Warley Alexandro Lima Costa

Pós Graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Legale. Pós Graduando em Direito Público pela Faculdade Legale. Advogado Público do Município de São Francisco do Pará. Endereço eletrônico: warleyalc@gmail.com

OS ORGANIZADORES



Laurinaldo Félix Nascimento

Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Mestre em Administração Pública na Fundação Getúlio Vargas/RJ. Pós-Graduado em Gestão Governamental na Universidade de Pernambuco-FCAP/UPE, Pós-Graduando em Gestão Pública Governamental na Universidade Federal Rural de Pernambuco-UFRPE. Bacharel em Direito na Universidade Estácio de Sá/Recife. Coronel da Reserva da Polícia Militar de Pernambuco.

E-mail: lfelixnascimento@hotmail.com

Elaine Freitas Fernandes

Advogada; Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA, na linha de pesquisa: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional; Doutoranda em Direito Público e evolução social- Direitos fundamentais e novos direitos pela Universidade Estácio de Sá – UNESA; professora universitária e coordenadora de curso;

Email: elainefff@hotmail.com



ISBN 978-658997686-8



9

786589

976868

