

Revista Buriti

Direito, Sociedade e Sustentabilidade
ISSN - 2595-6795



Edição Especial

Organizadores:

Carla Cristina Alves Torquato

Cláudia de Moraes Martins Pereira

Denison Melo de Aguiar

Meiryjane Moura da Silva

ÍNDICE

1 ANÁLISE SOBRE O CABIMENTO DE DANOS MORAIS POR ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO PATERNO FILIAL - Alícia Jasmine Oliveira Miller e Marcelo Antunes Santos - págs. 01 a 16.

2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DA INFORMAÇÃO. Alysson Simões Souza e Jane Silva da Silveira - págs. 17 a 35.

3 O PROTAGONISMO JUDICIAL EM FACE A INDEPENDÊNCIA DOS PODERES: EXTRAPOLAÇÃO DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS OU LEGÍTIMA CRIAÇÃO DO DIREITO? - Antônio Célio Maia Costa e Ronaldo César da Cunha Bazi – págs. 36 a 54.

4 CRIME DE ABORTO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA DA INFLUÊNCIA RELIGIOSA NA CRIMINALIZAÇÃO - Cássia Ellen Costa Darin e Mario Vitor Aufiero - págs.55 a 79.

5 UMA ANÁLISE DA (IN) EFICÁCIA DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO: O IMPACTO DAS ARMAS DE FOGO E OS HOMICÍDIOS DOLOSOS NA CIDADE DE TABATINGA/AM - Davi Barbosa de Azevedo e Arlindo Correa de Almeida - págs.80 a 97.

6 GUARDA COMPARTILHADA E OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE NA FRONTEIRA BRASIL/COLÔMBIA - Elem Santos da Mata e Marcelo Antunes Santos - págs. 98 a 114.

7 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO SOBRE ACIDENTES DE TRÂNSITO NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS - Eliandra da Silva Cavalcante e Glaucia Maria de Araújo Ribeiro - Págs. 115 a 131.

8 CONTROLE INTERNO DO PODER JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA - Francelson Martins do Carmo e Marcelo Antunes Santos - págs.132 a 147.

9 O DIREITO À SAÚDE E A EFETIVIDADE DO DIREITO À VIDA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO COTIDIANO DA POPULAÇÃO RIBEIRINHA DO ESTADO DO AMAZONAS - Franciane de Souza Gonçalves e Jane Silva da Silveira - págs. 148 a 166.

10 PENA ALTERNATIVA DA LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA: UMA ALTERNATIVA FACILITADORA DA RESSOCIALIZAÇÃO? - Francisco Gomes Caldas págs.167 a 183.

11 A EXIGÊNCIA DE REGISTRO ADMINISTRATIVO DE NASCIMENTO INDÍGENA (RANI) PARA ACESSO AOS SERVIÇOS PÚBLICOS NA REGIÃO AMAZÔNICA DO ALTO SOLIMÕES - Giselle de Oliveira Brito e Marcelo Antunes Santos- págs. 184 a 207.

12 A APLICABILIDADE EFETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS NA PRÁTICA DO ASSÉDIO MORAL VIRTUAL - Ingrid Magalhães da Silva e Adriana Almeida Lima- págs. 208 a 227.

13 A QUESTÃO DAS QUEIMADAS E DESMATAMENTOS NA AMAZÔNIA LEGAL EM FACE DOS COMPROMISSOS E TRATADOS INTERNACIONAIS FIRMADOS PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL - Izabel Luana Araújo da Silva e Juan Pablo Ferreira Gomes - págs. 228 a 245.

14 A EFICIÊNCIA CONSTITUCIONAL DA LEGISLAÇÃO QUE TRADA DO PACOTE ANTICRIME APLICÁVEL À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - Jarbas Rodrigues de Souza e Adriana Almeida Lima - págs. 246 a 265.

15 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA ÀS MULHERES: UMA ANÁLISE SOBRE A BUSCA AO ACESSO À JUSTIÇA NO MUNICÍPIO DE ITACOATIARA-AM - Jhenny Fernanda dos Santos Higino e Jane Silva da Silveira - págs. 266 a 290.

16 NARRATIVAS SOBRE A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA PRESTADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS NO POLO DE TEFÉ EM TEMPOS DE PANDEMIA - Kalitha Basto dos Santos e Thiago Braga Dantas - págs. 291 a 304.

17 A POLITIZAÇÃO DO DIREITO OU A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O USO ESTRATÉGICO DO LAWFARE E SUA CORRELAÇÃO COM O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL - Kelem Cristina Lopes de Castro e Juan Pablo Ferreira Gomes págs. 305 a 324.

18 A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMO FATOR DETERMINANTE PARA A (IN) EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIAS - Reulia Dourado da Costa e Bianor Saraiva Nogueira Junior - págs. 325 a 338.

19 UMA ANÁLISE SOBRE AS CONTROVÉRSIAS DO "JUIZ DAS GARANTIAS" NO PACOTE ANTICRIME - LEI N. 13.964/2019 - Rômulo Serrão Cunha e Juan Pablo Ferreira Gomes - págs. 339 a 365.

20 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO INVERSO: ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PELA AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DO DEVER CONSTITUCIONAL DE CUIDADO DOS FILHOS EM RELAÇÃO AOS PAIS - Victor Souza da Silva e Marcelo Antunes Santos - págs. 366 a 380.

21 POLÍCIA INDÍGENA NA COMUNIDADE AMAZÔNICA DO UMARIAÇÚ (I E II) E A LEGITIMIDADE PARA A REALIZAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA - José da Silva Cordeiro e Marcelo Antunes Santos - págs. 381 a 398.

22 A (NÃO) APLICABILIDADE EFETIVA DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA MOBILIDADE URBANA NO INTERIOR DO ESTADO DO AMAZONAS - Renata da Silva Mendonça e Alice Arlinda Santos Sobral - págs. 399 a 421.

23 EXECUÇÃO PENAL: REFLEXÕES SOBRE O REGIME (SEMI)ABERTO EM TABATINGA/AM - Efraym Henrique Rodrigues Reyna e Jefferson Rodrigues de Quadros – págs. 422 a 436.

24 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NOS IMPEDIMENTOS DE INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - Hingrid Romão de Souza, Ygor Felipe Távora da Silva e Denison Melo de Aguiar - págs. 437 a 454.

25 HABEAS CORPUS COLETIVO: UMA POSSIBILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA - Guilherme Messias do Nascimento Soares e Alice Arlinda Santos Sobral

25 DIREITO PENAL COMPARADO: A LAVAGEM DE DINHEIRO NA TRÍPLICE FRONTEIRA AMAZÔNICA - Andres Juan Pablo Silva Sanchez Jefferson Rodrigues de Quadros - págs. 455 a 472.

26 AS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA E A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO - Neiciane Carvalho da Silva e Glaucia Maria de Araújo Ribeiro – págs. 473 a 484.

27 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL (IN)APLICADO: ESTUDO DE CASO SOBRE O CONTRABANDO DE GASOLINA NA CIDADE DE TABATINGA/AM - Kézia Gomes Florentino e Jefferson Rodrigues de Quadros – págs. 486 a 512.

28 A JUDICIALIZAÇÃO COMO CONSEQUÊNCIA DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, E O ATIVISMO JUDICIAL COMO PROTAGONISMO POLÍTICO DOS TRIBUNAIS - Flodoaldo da Silva Nascimento e André Petzhold Dias págs. 513 a 535.

29 A PROTEÇÃO E AMPARO À MULHER EM CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE HISTÓRICA E JURÍDICA NO ÂMBITO INTERNACIONAL E INTERNO - Lilian Esther Ribeiro Pires e Juan Pablo Ferreira Gomes - págs. 536 a 565.

30 ANÁLISE SOBRE O TRÂNSITO NO INTERIOR DO ESTADO DO AMAZONAS: O DESCONHECIMENTO DOS USUÁRIOS QUANTO AO CÓDIGO DE TRÂNSITO - LEI 9.503/1997 - Tayná Ferreira da Cunha e Jane Silva da Silveira – págs. 566 a 593

31 O RIO SOLIMÕES COMO SUJEITO DE DIREITOS É POSSÍVEL? UM ENSAIO JURÍDICO ENTRE A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E O DIREITO COMPARADO. Gustavo Mafra Mesquita – págs. 594 a 610.

32 A (IN)ACESSIBILIDADE DO POVO INDÍGENA TIKUNA AO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO NA REGIÃO DO ALTO RIO SOLIMÕES – AMAZONAS/BRASIL - Marigeze Pereira Arcanjo e Cláudia de Moraes Martins Pereira - págs. 611 a 628.

33 A EFICÁCIA DA LEI Nº 12.764/12, QUE RESGUARDA OS DIREITOS DOS PORTADORES DO TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA, NO QUE TANGE A INCLUSÃO EM ESCOLAS DE ENSINO REGULAR - Hévelin Caroline Melo de Almeida e Jane Silva da Silveira – págs. 629 a 644.

34 DIREITO DE LOCOMOÇÃO E A LEI MARIA DA PENHA: ANÁLISE SOBRE O CABIMENTO DO HABEAS CORPUS EM FACE DO DEFERIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS - Norryely Luzia Costa Arévalo e Marcelo Antunes Santos, págs. 645 a 664.

35 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O PROBLEMA DA AUSÊNCIA DE EXIGIBILIDADE DE REVISÃO HUMANA DAS DECISÕES AUTOMATIZADAS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS - Ewerton da Cruz Gonzaga e Luziane de Figueiredo Simões Leal - págs. 665 a 683.

36 DIREITO À ÁGUA NA TRÍPLICE FRONTEIRA AMAZÔNICA URBANA: UMA PROBLEMÁTICA (TRANS) FRONTEIRIÇA – Marcela Ramires Rojas e Jefferson Rodrigues de Quadros - págs. 684 a 699.

37 CAPACIDADE POSTULATÓRIA DOS POVOS INDÍGENAS E MECANISMOS DE AUTONOMIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO - Mateus Sá Gonçalves, Silvia Maria da Silveira Loureiro e Jamilly Izabela Brito Silva - págs. 700 a 718.

38 ALTERAÇÕES À LEI MARIA DA PENHA INTRODUZIDAS PELA LEI 13.827/2019: UMA INOVAÇÃO LEGISLATIVA A CAMINHO DA EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO ÀS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO INTERIOR DO BRASIL - Matheus Souza da Silva e Rejane da Silva Viana - págs. 719 a 737.

ANÁLISE SOBRE O CABIMENTO DE DANOS MORAIS POR ABANDONO AFETIVO NA RELAÇÃO PATERNO FILIAL

ANALYSIS ON THE CAPITAL OF MORAL DAMAGE BY AFFECTIVE ABANDONMENT IN THE BRANCH PATERNAL RELATIONSHIP

Alicia Jasmine Oliveira Miller

Marcelo Antunes Santos

1

RESUMO

O presente artigo visa realizar um estudo jurisprudencial e doutrinário acerca do cabimento de danos morais em virtude do abandono afetivo na relação paterno filial, partindo do conceito de família e sua evolução na sociedade para assim caracterizar os deveres constitucionais do genitor em relação a sua prole. Pretende deste modo, investigar e ao final responder a seguinte pergunta problema: “considerando o entendimento Jurisprudencial, em especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), é possível o reconhecimento da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo na relação paterno-filial com o consequente arbitramento de danos morais em face do genitor?”. Embora o dever de indenizar decorrente do abandono afetivo não esteja expresso no ordenamento jurídico brasileiro, doutrina e jurisprudência, num processo evolutivo sinalizam de forma positiva para o seu cabimento. Ainda assim o entendimento dos Tribunais sobre a matéria não é pacífico, de modo que importante para o resultado deste estudo avaliar a evolução dos julgados e entendimento doutrinários sobre a matéria sob exame. Para desenvolvimento do tema foi utilizada o método dedutivo, considerando que o estudo partiu de teorias e leis para a análise de fenômenos particulares. A pesquisa bibliográfica foi utilizada e se materializou pela consulta de fontes relativas ao tema, tais como: livros, revistas, monografias, teses, artigos de internet e, sobretudo, julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Abandono Afetivo. Dano moral. Responsabilidade civil. Relação paterno filial.

ABSTRACT

This article aims to carry out a jurisprudential and doctrinal study about the appropriateness of moral damages due to affective abandonment in the filial paternal relationship, starting from the concept of family and its evolution in society in order to characterize the constitutional duties of the parent in relation to their offspring. In this way, it intends to investigate and at the end answer the following problem question: “considering the Jurisprudential understanding, especially of the Superior Court of Justice (STJ), it is possible to recognize civil liability in cases of affective abuse in the paternal-filial relationship with the consequent arbitration of moral damages in the face of the parent? ”. Although the duty to indemnify as a result of emotional abandonment is not expressed in the Brazilian legal system, doctrine and jurisprudence, in an evolutionary process

they signal in a positive way for its appropriateness. Even so, the Courts' understanding of the matter is not peaceful, so it is important for the result of this study to evaluate the evolution of the judgments and doctrinal understanding of the matter under examination. For the development of the theme, the deductive method was used, considering that the study started from theories and laws for the analysis of particular phenomena. The bibliographic search was used and materialized by consulting sources related to the topic, such as: books, magazines, monographs, theses, internet articles and, above all, judged by the Superior Court of Justice.

Keywords: Affective Abandonment. Moral damage. Civil responsibility. Filial paternal relationship.

INTRODUÇÃO

Ao longo da história a sociedade passou por diversas mudanças, sobretudo no que tange ao formato do modelo familiar e o entendimento sobre a sua formação e composição. O conceito de família foi ampliado e com isso o vínculo afetivo passou a ser o aspecto principal a ser considerado na sua definição, de modo que os laços sanguíneos foram relegados a outro plano.

O presente artigo pretende, por meio da análise sobre os deveres dos genitores em relação aos filhos, identificar possível dever de indenizar nos casos onde o menor sofre por abandono afetivo por parte dos pais e como a doutrina e jurisprudência têm se posicionado em relação a temática.

Na conjuntura atual a importância do afeto paterno vai além do vínculo sanguíneo, uma vez que são os elos socioafetivos que determinam a existência da relação familiar. Neste diapasão é que desponta a responsabilização dos genitores por abandono afetivo como uma vertente mais recente no direito das famílias. Embora o abandono afetivo não esteja expresso no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina e jurisprudência, num processo evolutivo sinalizam de forma positiva quanto ao seu cabimento, o que apenas se materializou por meio de avanços nos entendimentos esposados pelos tribunais, que se em 2005 não admitiam esse modalidade, no contexto atual já caminha para a consolidação das teses relacionadas à sua aplicabilidade no contexto fático.

O silêncio do legislador quanto à possibilidade prefacial aventada no presente estudo torna a questão ainda mais controversa, evidenciando a relevância do estudo aqui pretendido. Não obstante, há no âmbito do legislativo o projeto de lei nº 700 de 2007 que tramita no Senado Federal e pretende alterar a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e

do Adolescente). O referido projeto de lei tem por finalidade pacificar a questão aqui debatida.

Nesse sentido o presente artigo pretende investigar e ao final responder a seguinte pergunta problema: considerando o entendimento Jurisprudencial, em especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), é possível o reconhecimento de responsabilidade civil nos casos de abando afetivo na relação paterno-filial com o consequente arbitramento de danos morais em face do genitor?

Para desenvolvimento do tema foi utilizada o método dedutivo considerando que o estudo partiu de teorias e leis para a análise de fenômenos particulares. A pesquisa bibliográfica foi utilizada e se materializou pela consulta de fontes relativas ao tema, tais como: livros, revistas, monografias, teses, artigos de Internet e, sobretudo, julgados do Superior Tribunal de Justiça.

1 DO DEVER DE CUIDADO DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS E O ABANDONO AFETIVO

A Constituição Federal de 1988 (CR/1988) trata em seu art. 227 sobre o dever de cuidado da família, da sociedade e do Estado em relação ao menor. In verbis:

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.

Nota-se pelo referido texto constitucional que é assegurada a criança, além de outros direitos previstos na legislação em vigor, o de ser cuidada e receber carinho e afeto dos pais e demais atores sociais. Não obstante, em alguns casos os cuidados com o filho(a) são negligenciados, fato que pode causar danos psicológicos que repercutem negativamente na formação da personalidade do menor, fenômeno definido como abandono afetivo, ora objeto de análise.

O abandono afetivo consiste na omissão de um dos pais, que se mantém ausente e não dá assistência ao filho, tanto moral quanto afetiva. Há casos onde os pais tentam suprir essa ausência com recursos materiais e outros. No entanto, é dever dos pais

acompanhar o processo de crescimento e formação dos filhos, construindo com estes laços de afetividade.

O abandono afetivo ocorre com maior incidência nos casos onde os pais, entre si, não possuem uma relação estável e duradoura, fato que ocasiona um distanciamento do genitor que não convive no mesmo espaço que o menor, descumprindo com suas obrigações paterno-filiais.

Um dos princípios basilares que norteiam a análise sobre a ocorrência do abandono afetivo é a dignidade da pessoa humana, haja vista se tratar do princípio mais importante do ordenamento jurídico brasileiro, servindo inclusive como balizador para a análise da ocorrência de violação dos demais direitos previstos no texto constitucional. Segundo Madaleno (2010, p. 29) “a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental e, portanto, recebe integral proteção do Estado Democrático de Direito, prevalecendo sobre os demais princípios”.

Ademais, conforme entendimento de GAMA (2008, p. 70):

O princípio da dignidade humana recai sobre todos os textos normativos, se estendendo inclusive sobre o direito de família, devendo reconhecer na pessoa humana o seu valor, assegurando o seu desenvolvimento e garantindo os seus direitos individuais.

Neste mesmo sentido, elenca de forma expressa a CR/1988 em seu art. 1º que:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:
[...]
III- a dignidade da pessoa humana.

Ao se debruçar sobre os direitos da criança tendo como balizador a Carta de 1988, Matzenbacher (2009, p. 62) aduz que “a criança pelas novas normas, passa a ser vista como uma pessoa com dignidade e direitos garantidos dentro de um contexto familiar”.

Ademais, na linha de positivação no ordenamento jurídico atual, permeado por normas protetivas aos direitos da criança, a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) foi instituída e concebeu um novo paradigma no olhar infanto-juvenil e trouxe uma mudança na forma de como a criança e o adolescente eram vistos

anteriormente. Assim, passaram a ser considerados de forma expressa sujeitos de direitos como especial proteção jurídica.

O Estatuto da Criança e do Adolescente preza por uma paternidade responsável visando conduzir o menor à maioridade de forma responsável, haja vista o princípio do melhor interesse da criança. Nesta seara dispõe em seu artigo 19 dispõe ser direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Nesta mesma linha o Código Civil vigente, em seu artigo 1.566, estabelece o deve de sustento, guarda e educação. No artigo 1.632 do mesmo diploma normativo consta que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não extinguem as responsabilidades dos pais em relação aos filhos.

Quanto ao dever específico de sustento, guarda e educação dos pais em relação aos filhos, o art. 22, do ECA estabelece que “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

Foi com o advento dos novos modelos familiares, onde a convivência entre os pais, genitores, não é mais uma constante, bem como com o surgimento do instituto da guarda compartilhada que os tribunais começaram a considerar a questão da afetividade, conforme destaca Maria Berenice Dias (2016, p. 14):

O afeto foi reconhecido como o ponto de identificação da família. É o envolvimento emocional que subtrai um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é à vontade – e o conduz para o direito das famílias, cujo elemento estruturante é o sentimento de amor, o elo afetivo que funde almas e confunde patrimônios, fazendo gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos.

O afeto, portanto, deve ser considerado como a mola propulsora da convivência, onde as relações intrafamiliares devem se pautar no espírito de solidariedade, respeito, dignidade, atenção, dentre outras. Sem essas ligações, a vida, a formação e o desenvolvimento da criança poderão ser amplamente prejudicados. Segundo Lobô (2015. P. 1):

A afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico.

Ademais, salienta Maria Berenice Dias (2016, p. 84) que:

O termo *affectio societatis*, muito utilizado no direito empresarial, também pode ser utilizado no direito das famílias, como forma de expor a ideia da afeição entre duas pessoas para formar uma nova sociedade: a família. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Também tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família.

Estabelecida as premissas sobre o dever de cuidado dos pais em relação aos filhos e apresentado o conceito de abandono afetivo, impende então investigar sobre o possível dever de indenizar do genitor que incorre na conduta aqui destacada.

O tema em questão é permeado de controvérsia, visto ainda não ser pacífico na doutrina e/ou jurisprudência o dever de indenizar nestas hipóteses. Carvalho (2018, p. 145) aduz que “a responsabilidade por abandono afetivo é tema palpitante e atual no direito das famílias, o mesmo ocorrendo com o abandono consciente do filho ao recusar o reconhecimento de paternidade”.

A análise da temática não prescinde do estudo sobre a responsabilidade civil e seus elementos caracterizadores, como será a seguir exposto.

2 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil decorre da violação de um dever jurídico, de modo que o causador tem o dever de reparar o dano decorrente quando de sua ocorrência. Ao definir o referido instituto Maria Helena Diniz (2003, p. 34) aduz que a:

Responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem responda, por algo que a pertença ou de simples imposição legal.

No caso sob análise interessa nos avaliar a incidência dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo na relação paterno filial.

Neste contexto, a responsabilidade civil seria então a possibilidade de indenização quando os genitores deixam de dar ao filho o afeto por meio de uma conduta

voluntária e em contrariedade ao que dispõe a legislação em vigor, relacionadas às normas de proteção ao menor e demais direitos relacionados às relações familiares.

Existem precedentes relevantes que “advogam” pela possibilidade de aplicação do dano moral decorrente do abandono afetivo paterno, o que não obsta que seja realizada a análise casuística quanto a incidência no caso concreto dos requisitos definidores da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil, relacionada inicialmente ao direito das obrigações, tem sido uma resposta para o Direito de Família para tratar da questão do abandono afetivo e do dano moral decorrente de tal conduta. Isso se deve, sobretudo, pelo silêncio do legislador quanto à referida temática.

Cabe aqui, destacar acerca dos tipos de responsabilidade civil, que são: contratual e extracontratual. A contratual ocorre quando se descumpre um dever presente em um contrato. Já a responsabilidade extracontratual não decorre de contrato, mas origina-se de ilícito extracontratual, analisando o que dispõe o art. 186 do Código Civil.

Nessa perspectiva, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 43-44) define a responsabilidade civil contratual e extracontratual como:

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpre o avençado, tornando-se inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito.

Os requisitos essenciais para configurar a responsabilidade civil são a conduta humana (culpa/dolo), nexo causal e o dano. Nesse sentido, preleciona Caio Mário Pereira da Silva (2004, p. 661):

[...] para a configuração da obrigação de indenizar no campo da responsabilidade subjetiva, exige-se a presença de três elementos: em primeiro lugar, a verificação de uma conduta antijurídica, que abrange comportamento contrário a direito, por comissão ou omissão, sem necessidade de indagar se houve ou não o propósito de malfazer; b) em segundo lugar, a existência de um dano, tomada a expressão no sentido de lesão a um bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial; c) e em terceiro lugar, o estabelecimento de um nexo de causalidade entre um e outro, de forma a apreciar-se que o dano decorre da conduta antijurídica, ou, em termos negativos, que sem a verificação do comportamento contrário a direito não teria havido o atentado ao bem jurídico.

A conduta causadora do dano pode ser dolosa ou culposa. Age com dolo o agente que tem a intenção de cometer o ato ilícito e prejudicar outrem com má fé, causando prejuízo ao filho(a). Lado outro, a culpa em sentido estrito decorre de negligência e imprudência por parte do sujeito. Conforme consta no artigo 186 do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O nexo causal se caracteriza pelo comportamento do agente, qual seja a conduta, ligada ao dano ocasionado. Conforme Tartuce (2017, p. 345) o nexo de causalidade ou nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa – ou o risco criado – e o dano suportado por alguém.

O dano decorre do prejuízo causado e comprovado, no qual surge o dever de indenizar, podendo ser um bem ou interesse jurídico, tanto dano material ou dano moral. Sobre o tema destaca Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 52) que:

[...] O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. O Código Civil consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível. A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto.

Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 19) ao definir responsabilidade civil aduz ser a “violação de um dever jurídico mediante conduta voluntária; um elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou a culpa; e, ainda, um elemento causal-material, que é o dano e a respectiva relação de causalidade”.

Pelo que restou demonstrado, para que se configure a responsabilidade civil é necessário à incidência no caso concreto da conduta, nexo causal, dolo ou culpa e o resultado danoso em face da vítima, neste caso o menor. Deste modo, ainda que se trate de uma temática específica, relacionada ao direito de família, portanto como contornos próprios e peculiares, havendo a conjugação de todos esses elementos, incide, portanto, o dever de indenizar.

É imperioso destacar que a responsabilidade por dano moral no âmbito do abandono afetivo deve ser analisada com prudência de modo a confirmar se no caso concreto se materializaram todos os requisitos ensejadores do dever de indenizar para que não haja a banalização do instituto da responsabilidade civil ora tratado.

3 ABANDONO AFETIVO E DANOS MORAIS: ASPECTOS LEGAIS E ENTENDIMENTO(S) DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme preceitua Skaf (2008, p. 6):

Quem ama não proporciona somente o amor, literalmente, mas sim atenção, respeito, afeto e respeito aos filhos a fim de que conduzam futuramente suas vidas, em todos os sentidos da forma que mais lhe traga felicidade, paz, saúde e sucesso. Como afirma a autora, o afeto é um dos sentimentos necessários ao alcance da felicidade.

9

Ocorre que a prática mostra com frequência que a relação de afeto se fragiliza em determinados casos pela não convivência entre os genitores, fato que leva ao distanciamento entre o genitor que não convive diariamente com o menor, muito embora tal afirmação não signifique dizer que os pais distante são ausentes. Certamente que há casos e casos e não se pretende aqui tecer generalizações.

Foi pensando nessas nuances que o legislador criou mecanismos legais a fim de concretizar convivência dos filhos com os pais que não convivem sob o mesmo teto, criando ações de regulamentação de visita e guarda de modo a garantir e assegurar os direitos do menor e do seu genitor. Salienta Dias (2016, p. 904) que:

Entre os deveres decorrentes do poder familiar encontra-se o de exercer a guarda dos filhos - unilateral ou compartilhada - bem como dirigir-lhes a criação e a educação (CC 1.634 I e II). É encargo que compete a ambos os genitores, mesmo que separados (CC 1.631). Quando estabelecida a guarda unilateral, fica limitado o direito de um deles de ter os filhos em sua companhia (CC 1.632). Porém, ao genitor que não possui a guarda é assegurado o direito de visitas (CC1. 589).

A ocorrência de danos morais resulta do cometimento do ato ilícito constante no artigo 186 do Código Civil já destacado, combinado com o que dispõe o artigo 927 do mesmo texto normativo que consta que “aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Nota-se deste modo que uma vez demonstrada a ocorrência do ato ilícito resta, portanto, caracterizado o dever de indenizar, fato que se amolda a temática em apreço.

Cabe salientar, que Constituição Federal declara a possibilidade de indenização por dano moral no seu artigo 5º, incisos V e X. vejamos:

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

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem;

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando a indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação.

Em razão disso, a lei garante direitos que não devem ser violados, responsabilizando o agente que cometeu o ato ilícito.

Segundo Hironaka (2005), embora não se possa obrigar ninguém ao cumprimento do direito ao afeto, é certo que se esse direito for maculado desde que presente determinado pressupostos, seu titular poderá sofrer consequências do abandono moral cometido, decorrente da quebra de deveres estipulados em lei. Salienta o mesmo autor ser necessário, no entanto, que o abandono tenha ocasionado danos concretos ao filho(a).

Não obstante tal questão nem sempre foi pacífica e ainda não é no âmbito da jurisprudência com destaque aos entendimentos esposados pelo STJ. Quando do julgamento de um caso relacionado à temática no ano de 2005, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela impossibilidade de indenização por danos morais na hipótese de abandono afetivo e o fez por meio da decisão proferida no Resp. 757.411/MG, cuja ementa segue abaixo transcrita. Vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. **A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.** 2. **Recurso especial conhecido e provido.** (STJ, Resp. 757.411/MG, 4.^a Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j.29.11.2005, DJe27.03.2006). **(grifo nosso)**

No entanto, passado cerca de 7 (sete) anos do julgamento então proferido, no ano de 2012 (data do julgamento) novamente a questão foi levada a julgamento junto ao Colendo Tribunal ocasião em que foi dado provimento a decisão paradigmática na área do direito de família o que se consubstanciou por meio do recurso especial nº 1159.242/SP, proferida pela Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andri ghi.

Na hipótese a então Ministra considerou cabível a indenização por abandono afetivo, discordando do entendimento da decisão do Resp. 757.411/MG.

Nos fundamentos de seu voto da Ministra Nancy Andrighi esclareceu que as regras da responsabilidade civil são cabíveis na área de proteção do direito de família, bem como ressaltou que a Constituição Federal e o Código Civil Brasileiro garantem a responsabilidade civil inclusive no que tange às relações decorrentes do âmbito familiar.

Na ocasião, destacou que para caracterizar o dano moral é necessária “tríade que configura a responsabilidade civil subjetiva: o dano, a culpa do autor e o nexo causal” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012, p. 6).

Por fim, ressaltou que a prestação jurisdicional precisa garantir a efetividade da norma constitucional que objetiva proteger a criança e ao adolescente. A decisão então proferida pelo Superior Tribunal de Justiça trouxe novos olhares voltados ao direito de família, entendendo pelo cabimento em definitivo, ao menos no âmbito daquele corte de Justiça, sobre a possibilidade de indenização pelo abandono afetivo. Ademais ressaltou e consolidou a questão do afeto como um meio de composição da base familiar. Vejamos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. **Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.** 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 1.159.242/SP, 3.^a

Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j.24.04.2012, DJe 10.05.2012).
(grifo nosso)

Ademais a referida decisão ressaltou e consolidou a questão do afeto como um meio de composição da base familiar, rompendo com o entendimento daquela mesma corte de Justiça quando do julgamento sobre a mesma temática realizado no ano de 2005, recurso especial de nº 1.159.242 – SP.

Por fim, observamos que recentemente a jurisprudência procurou se inserir no novo conceito de Direito de família, mudando o direcionamento das decisões dos tribunais, e reconhecendo o abandono afetivo com o consequente arbitramento de danos morais.

CONCLUSÃO

O presente artigo, objetivando o estudo sobre a possibilidade de indenização por danos morais nos casos de abandono afetivo paterno filial avaliou a temática no âmbito doutrinário e jurisprudencial. A relevância do presente estudo decorre, sobretudo, da ausência de lei específica sobre a questão, de modo que a solução para os casos levados a juízo decorre tanto da interpretação das normas constitucionais de forma sistemática como dos entendimentos já esposado pelos Tribunais Superiores quando da apreciação da matéria.

Insta salientar, que os casos de responsabilidade por dano moral no âmbito do abandono afetivo devem ser analisados com prudência, de modo que se possam provar os requisitos que a identificam para não ocorrer sua banalização.

Restou assim demonstrado que a ausência afetiva paterna pode causar danos morais, psicológicos e afetivos que impactam, diretamente e negativamente na formação da personalidade do menor. Sabe-se que é dever dos pais atender as necessidades dos filhos e esse auxílio não é só material, mas ainda afetivo e moral.

Ressalta-se por fim, que passados mais de 08 anos do julgamento paradigmático proferido ainda há muito que se discutir sobre o verdadeiro impacto na vida de crianças quando se constata o abandono afetivo. Deste modo, o presente artigo não teve como finalidade esgotar a temática, mas teve como escopo traçar os contornos elementares que

propiciam a resolução da questão problema trazida, qual seja: “considerando o entendimento Jurisprudencial, em especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), é possível o reconhecimento de responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo na relação paterno-filial com o consequente cabimento de danos morais em face do genitor?”.

O presente estudo encontrou resposta positiva à questão formulada, na linha do sentido extraído da legislação considerada, bem como do entendimento esposado pelo STJ no recurso especial de nº 1.159.242 – SP.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1998.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei nº. 700, 2007. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/83516>. Acesso em: 28/10/2020

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**: De acordo com o novo CPC. 4 ed. Editora Revista dos Tribunais LTDA. São Paulo:2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17. Ed. Aume atual. V 7. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.7. 17ºed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIGUEIREDO, Antônio Macena de; SOUZA, Soraia Riva Godinho de. **Como Elaborar Projetos, Monografias, dissertações e Teses: da redação científica à apresentação do texto final**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Aspectos jurídicos da relação paterno-filial**. Carta Forense. São Paulo, ano III, n.22, p. 3, mar.2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Princípios Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Superior Tribunal de Justiça. REsp 757.411/MG, 4.ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j.29.11.2005, DJe 27.03.2006 Andrigli. Disponível em:

Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.159.242/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrigli, j.24.04.2012, DJe 10.05.2012. Disponível em:https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901937019&dt_publicacao=10/05/2012. Acesso em: 26/10/2020.

SKAF, Samira. **Responsabilidade Civil decorrente de abandono afetivo paterno-filial**. Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 10/08/2020.

TARTUCE, F.; SIMÃO, J. F. **Direito civil**. v. 5: Direito de Família. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

LÔBO, Paulo. **Socio afetividade: O estado da arte no direito de família brasileiro.** Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1743_1759.pdf. Acesso em: 26/10/2020.

LOMEU, Leandro Soares. **Afeto, Abandono, Responsabilidade e Limite: Diálogos sobre ponderação.** Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 10/08/2020.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos Compensatórios. **Revista Brasileira de Direitos das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre: v. 11, n. 13, p. 5-29, dez./jan.2009/2010.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa:** planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Fundamentos de metodologia científica.** 6 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MATZENBACHER, Solange Regina Santos. **Reflexão acerca da responsabilidade civil no Direito de Família: Filho-dano moral X Pai-abandono afetivo.** Disponível em: [E a família? Direito & Justiça](#). Porto Alegre-RS, v.35, n.1, p.61-69, jan./jun., 2009.

SANTOS, Ezequias Estevam dos. **Manual de métodos e técnicas de pesquisa científica.** 5.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

SANTOS, Saruzze Pereira. **Consequências psicológicas e jurídicas do abandono afetivo.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51067/consequencias-psicologicas-e-juridicas-do-abandono-afetivo>.>. Acesso em: 23/10/2020.

SILVA, Caio Mário Pereira da. **Teoria Geral do Direito Civil**. In Instituições de Direito Civil, V.I, Rio de Janeiro: Forense. 2004.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DA INFORMAÇÃO.

THE RIGHT TO BE FORGOTTEN AND FREEDOM OF EXPRESSION IN THE INFORMATION AGE.

Alysson Simões Souza

Jane Silva da Silveira

17

Resumo

Este artigo tem como objetivo apresentar os conflitos entre os direitos da personalidade e da liberdade de expressão no que tange a aplicação do chamado direito ao esquecimento, como estes afetam na aplicação do mesmo, os fatores relevantes na era da informação, no intuito de saber se existem leis atualmente que reconhecem e tutelam este direito, sendo essencial na sociedade atual o debate acerca do mesmo, pois este busca resguardar direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a privacidade, a imagem e a honra. Foi abordado o direito ao esquecimento, que pode ser entendido como a ideia de alguém não ser lembrado contra a sua vontade, especialmente no que se refere a fatos desabonadores ocorridos no pretérito, podendo ter essa informação excluída/apagada uma vez que não se lembrar destes, permite ao indivíduo não estar submetido a uma ideia de pena ad eternum. A tecnologia suporta as mídias digitais (fotos, áudios, vídeos e notícias) divulgadas por meio da internet ficando disponíveis a qualquer pessoa, por tempo indeterminado. Assim pode-se entender que isso pode causar uma violação de direitos da personalidade. Foram abordados aspectos relevantes na aplicação do direito ao esquecimento na internet, para proteger os direitos da personalidade e autonomia sobre os dados privados por meio das fontes do direito. A pesquisa se desenvolveu através do método bibliográfico e estudo de principais casos dos tribunais.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento; Liberdade de expressão; Direito à informação.

Abstract

This article aims to present the conflicts between the rights of personality and freedom of expression with regard to the application of the so-called right to forget, how they affect the application of it, the relevant factors in the information age, in order to know if there are laws currently recognizing and protecting this right, and the debate about it is essential in today's society, as it seeks to safeguard fundamental rights such as the dignity of the human person, privacy, image and honor. The right to be forgotten was addressed, which can be understood as the idea of someone not being remembered against their will, especially with regard to disappointing facts that occurred in the past, and that information may be deleted / erased once they do not remember these , allows the individual not to be subjected to an idea of penalty ad

eternum. The technology supports digital media (photos, audios, videos and news) disseminated through the internet and is available to anyone, indefinitely. So it can be understood that this can cause a violation of personality rights. Relevant aspects were addressed in the application of the right to forgetting on the internet, to protect the rights of personality and autonomy over private data through the sources of the law. The research was developed through the bibliographic method and study of the main cases of the courts.

Key words: Right to be forgotten; Freedom of expression; Right to information.

INTRODUÇÃO

A sociedade está em permanente mudança, o dinamismo das relações entre os indivíduos vem sendo modificado pelo avanço das tecnologias da informação e comunicação, pelas grandes redes de dados que trafegam em enorme velocidade, bem como a sua disponibilização e democratização de conhecimento.

Diante desse contexto, surgiu um conceito relativamente novo, chamado “direito ao esquecimento”. A tutela deste direito está ganhando destaque com os avanços tecnológicos, em um mundo com grandes centros de dados espalhados criando a nuvem da internet, tais informações (textos, fotos, vídeos, áudios) são replicadas e armazenadas por lapsos temporais indefinidos, o que gera alta disponibilidade desse conteúdo, podendo ser acessado a qualquer tempo, por qualquer pessoa e em qualquer parte do mundo.

Nesse cenário, esse direito tem a intenção de evitar que acontecimentos pretéritos perturbem injustamente o momento atual, na tentativa de evitar prejuízos à no que diz respeito à intimidade e privacidade do cidadão. Assim, deseja-se impedir que fatos sem relevância, nem valor histórico, possam atrapalhar a vida social do indivíduo.

Em plena era da informação, a aplicação desse direito na sociedade conectada não parece ser trivial podendo entrar em controvérsia com outros direitos fundamentais. Temos a colisão de direitos entre a liberdade de expressão e de informação e o direito à vida privada, honra e intimidade da pessoa e de sua família.

O impacto com as informações publicadas que chegam quase imediatamente (sejam positivas ou negativas para o desenvolvimento humano) fazem que, por vezes, as pessoas tenham a sua dignidade afetada, pois a eternização da informação, em determinados casos, é capaz de gerar danos graves para as pessoas.

Busca-se, neste texto, alcançar a sociedade em geral com uma abordagem baseada em julgados a respeito do tema, para descrever como o direito ao esquecimento enfrenta o direito à liberdade expressão, explicitar a importância desse enfrentamento na era da informação com destaque para a internet. Para tanto é preciso apontar os conflitos existentes entre o direito ao esquecimento e demais direitos, as dificuldades de aplicação em meio às tecnologias da informação, abordando alguns leading cases, em especial no Brasil, procurando apresentar as leis que fundamentam o direito ao esquecimento no ordenamento pátrio.

1. CONCEITUAÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Por enquanto o direito ao esquecimento é uma ideia que ainda está sendo construída, o que pode gerar muita confusão e controvérsias a seu respeito. Com a difusão da internet, tem-se buscado cada vez mais se definir este direito por meio de pesquisas acadêmicas e publicações a esse respeito.

Para melhor compreensão do que se trata, seu surgimento e o que realmente significa o direito ao esquecimento faz-se necessário um resgate de onde esse termo foi utilizado pela primeira vez e o porquê de sua utilização.

Apesar do direito ao esquecimento estar diretamente ligado à teoria geral do direito civil (afinal, diz respeito em primeiro lugar aos direitos da personalidade, especialmente imagem e privacidade), outros ramos do direito também podem ser invocados na análise do tema, sobretudo para compreendermos sua origem histórica. (BRANCO, 2017, p.146)

Considerando essa afirmação, observa-se que além do direito civil, podemos perceber o substrato direito ao esquecimento na esfera penal, no Código Penal Brasileiro quando disciplina que após decorrido certo tempo definido em lei, no instituto da reincidência, busca-se dirimir os efeitos de condenação passada, na vida futura do condenado. Também se percebe no direito ao consumidor, quando o Código de Defesa do Consumidor trata da proteção da privacidade e da prescrição à cobrança de débitos.

Segundo Frajhof (2019, p. 11) o advento da internet fez com surgisse uma série de problemas que fizeram o tema ganhar repercussão mundial a partir de 2014, quando foi julgado o recurso interposto pelo Google Spain SL e Google Inc. pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, contra a decisão que determina a desindexação de links relativos a um fato de 1998, ocorrido com o cidadão Mario Costeja Gonzalez, o advogado

espanhol figurou em um jornal por supostamente estar devendo ao governo, o que levaria seu apartamento a leilão.

A notícia surgia sempre que alguém consultava o seu nome no buscador do Google, mesmo que a dívida já tivesse sido adimplida. Com a decisão ele finalmente conseguiu que a ferramenta de buscas da empresa parasse de mostrar tal fato constrangedor dentro da Europa, sendo reconhecido o direito ao esquecimento ao autor da ação.

No Brasil, essa decisão foi recebida como uma confirmação de validade, pois, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) havia julgado um ano antes dois recursos especiais, o Recurso Especial Nº 1.334.097/RJ caso da “Chacina da Candelária” e o Recurso Especial 1.335.153/RJ caso “Aída Cury”, ambos de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, reconhecendo o direito ao esquecimento no Brasil como sendo o direito de não ser lembrado contra a sua vontade no que se refere a fatos desabonadores, de natureza criminal. Estes casos serão melhor detalhados mais adiante. Apesar da expressão “direito ao esquecimento” não ter sido utilizada pelos autores no pedido, ambos envolvem este direito.

Diante das situações apresentadas e com os avanços da tecnologia que possibilitam a disponibilidade dessas informações, qualquer pessoa em qualquer lugar do planeta, tem conhecimento do que está acontecendo em tempo real. Faz-se necessário que o indivíduo tenha sua vida privada e pública sob proteção.

O direito ao esquecimento surge no ambiente virtual “como uma possibilidade para que o indivíduo possa ter controle sobre as informações relacionadas a ele mesmo, e que tenham sido compartilhadas na internet” (FRAJHOF, 2018, p.13). Podendo buscar a retirada de conteúdos quando não desejar mais o seu acesso irrestrito.

Tem-se como definição que: o “direito ao esquecimento” seria uma alternativa para reescrever a própria história, ou até mesmo “uma tentativa inaceitável de restaurar uma privacidade desaparecida como norma social” (FRAJHOF, 2019, p. 21).

Pode-se destacar ainda o conceito de direito ao esquecimento a seguir:

O direito ao esquecimento é um direito subjetivo de índole negativa, ou seja, opera no campo gerador de um dever geral de abstenção, invocado quando se busca obstar ou reagir a uma violação, sem qualquer utilidade ou justificativa de interesse público, de direitos da personalidade tais como a honra, o bom nome, a privacidade, o livre desenvolvimento pessoal e a integridade psíquica por meio da permanência, ou da mais simples rememoração de dados, notícias ou

informações aptas a causar relevantes constrangimentos ao indivíduo (JUNIOR, 2018, p. 93).

Assim, vê-se o reconhecimento e importância que tal direito pessoal, derivado da dignidade humana, que pode ser invocado em muitas situações novas e atuais do cotidiano da sociedade.

2. AS CONSEQUÊNCIAS DA MEMÓRIA NO CONTEXTO DA TECNOLOGIA E DO SUPERINFORMACIONISMO

21

As pessoas estão sempre buscando formas de guardar a informação para poder acessar sempre que preciso. São muitos esforços empreendidos pela humanidade nesse sentido, ajudando no processo de decisão sendo, portanto, importante para o direito tanto no pensamento individual quanto coletivo.

A memória é assunto sabidamente complexo, por transitar por diversos ramos do conhecimento, e que interessa ao direito na medida em que se revela, para além de elemento essencial à construção de uma identidade pessoal, capaz de possibilitar a assimilação de informações e a contextualização social do indivíduo como importante elemento formador de uma consciência coletiva, por meio do conhecimento de suas raízes sociais, tradição e valores de coesão (JUNIOR, 2018, p. 101).

Nos dias atuais, a internet já está se tornando o principal meio de informação e comunicação das pessoas, “a internet e os meios tecnológicos necessários ao seu acesso atualmente são questões centrais na vida social, econômica e política dos seres humanos sendo indispensáveis para o exercício dos direitos e liberdade na sociedade pós-moderna” (LUCCA, FILHO e LIMA, 2015, p. 151).

Algumas características do nosso estilo de vida de hoje destacam aspectos que no passado não foram destacados ou percebidos. Com a chegada da modernidade passamos a percebê-las de forma mais clara e precisa.

Júnior e Neto (2012) colocam que a sociedade se encontra numa realidade de superinformacionismo, que gera uma grande quantidade de informações acerca de tudo e todos, no intuito de refletir até que ponto a personalidade de um indivíduo pode ser divulgada, invadida, ou destruída e por quanto tempo isto pode durar, sobre isso destaca-se que:

O superinformacionismo é esse contexto em que nos encontramos. Uma busca na internet diz mais que somos do que nós mesmos imaginamos. E não são apenas os dados que se coletam com facilidade, mas até mesmo os dados de acesso que nos expõem (JÚNIOR e NETO, 2012).

Na atualidade, o que uma pessoa fala vai para muito além de onde mora, podendo ser ouvida por amigos e terceiros mundo afora. Diante dessa nova realidade advinda da revolução tecnológica o tempo que as informações estão disponíveis passou a ser muito maior, tende a ser perene nos meios digitais, pois, os humanos esquecem, as máquinas não.

De acordo com Otero (2009, p.640) o progresso tecnológico possibilitou a conservação indefinida de imagens, textos e referências, de tal modo que todos os acontecimentos, de qualquer natureza, uma vez divulgados passaram a adquirir um “estatuto de perenidade”, fazendo desaparecer o caráter efêmero e fugaz da vida (apud JUNIOR, 2018, p.102).

Por causa desses avanços tecnológicos e, relevância desses aspectos da vida, tem-se novas questões acerca de como os juristas vêm tratando as informações digitais desde o desenvolvimento da internet. Com base nessas questões destaca-se:

As relações virtuais apresentam características singulares e devem ser consideradas pelos operadores do direito. Somente assim terão condições de responder satisfatoriamente aos novos dilemas. Nesse sentido, é imprescindível observar o contexto em que o direito ao esquecimento se insere no universo virtual (LIMA E SILVA, 2016, p.332).

As transformações sociais exigem adaptações nos institutos do direito, como é o caso do direito ao esquecimento, sob pena de deixar ineficaz a norma caso seja apenas aplicado simplesmente a lógica convencional.

3. DIREITO AO ESQUECIMENTO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À INFORMAÇÃO: PERSPECTIVA SOBRE O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito ao esquecimento, embora constitua aspecto importante dos direitos da personalidade, da intimidade e vida privada e, num plano amplo, da própria dignidade da

pessoa humana, se choca, em alguns momentos, com o direito à liberdade de expressão e, já impõe uma limitação imanente à livre circulação de dados no meio público.

O direito à liberdade de expressão é base em qualquer estado democrático de direito. No Brasil, não diferente, a liberdade de expressão está gravada no rol de direitos fundamentais, no art. 5º, IX bem como no 220 caput e § 2º:

“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:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”

Art. 220º A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (BRASIL, 1988).

Encontra-se nesses artigos não apenas o direito à liberdade de expressão, mas também o direito de informação, que são direitos distintos.

A Constituição é explícita na proteção ao direito de expressar-se, informar-se e ser informado. Segundo Júnior e Neto, (2012, p. 422 e 423) “o importante é se perceber que há um limite à expressão e à informação. Esse mesmo limite que existe, também se aplica ao critério temporal de uma informação”, pode-se concluir que tal liberdade não é pode ser absoluta, precisando que seja verificada a situação nos casos concretos. Reforçando esta ideia destaca-se que:

É evidente que o direito à privacidade constitui um limite natural ao direito à informação. No entanto não há lesão a direito se houver consentimento, mesmo que implícito, na hipótese em que a pessoa demonstra de algum modo interesse em divulgar aspectos da própria vida. Assim como há limites naturais ao direito à privacidade quando atinge interesses coletivos. Neste caso, a predominância do interesse coletivo sobre o particular requer verificação caso a caso (PINHEIRO, 2016, p. 95).

Conforme já consolidado na tradição jurídica brasileira, é sabido que não existem direitos absolutos, incluindo aí a liberdade de expressão. Aliás, a colisão entre ela e demais direitos é bem comum, devendo, nestes casos, se avaliar caso as supressões necessárias.

No que tange ao direito ao esquecimento, observa-se ser um verdadeiro limitador e relativizado do postulado da liberdade de expressão, já que carrega, junto de si, uma alta carga normativa e valorativa, como o direito à imagem, à honra, à vida privada, à dignidade da pessoa humana e o direito da personalidade que, conjuntamente, impõem à liberdade de expressão uma nova perspectiva.

Tanto é verdade que uma das bases incipientes do direito ao esquecimento, no Brasil, veio da doutrina, conforme consignado pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), durante a VI Jornada de Direito Civil, na justificativa do Enunciado nº 531, “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”, dessa forma a sua justificativa certifica que:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando atualmente. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados CJF, 2013, p. 89).

Por vezes, será possível encontrar esse conflito principiológico: liberdade de expressão versus direito ao esquecimento. Se por um lado o Estado garante a todos a liberdade de se manifestar, exarar pensamentos e a liberdade de imprensa, como consectários do próprio regime democrático, por outro, tem-se que se preservar a dignidade da pessoa humana, a sua honra e sua imagem.

O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já tem em suas mãos conflitos como os descritos acima, conforme lembra Lenza (2019):

“ARE 833.248 — “Direito ao Esquecimento”: o STF vai analisar o denominado “direito ao esquecimento” na esfera civil, discutindo a possibilidade de serem reavivados fatos criminosos do passado e que já teriam sido esquecidos pela sociedade. No caso concreto, em 2004, o programa “Linha Direta Justiça”, da TV Globo, veiculou informações sobre homicídio praticado em 1958 e que, à época, teve grande repercussão social. Discute-se a colisão entre os princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade

da honra e da intimidade. Em outra frente, o STF apreciará o RE 1.010.606, com repercussão geral reconhecida, tendo que se pronunciar sobre a seguinte controvérsia: o direito ao esquecimento com base no princípio da dignidade da pessoa humana, inviolabilidade da honra e direito à privacidade x liberdade de expressão e de imprensa e direito à informação (audiência pública realizada em 12.06.2017 — julgamento pendente)”.


Embora pendente de manifestação sinal do STF, nada impede o debate acerca do conflito, até mesmo porque o STJ vem se pronunciado pela aceitação do direito ao esquecimento sobre a liberdade de expressão.

Existem diferentes combinações de conflitos entre princípios do direito, porém tem algo em comum: “todas as colisões podem somente então ser solucionadas se ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos” (ALEXY, 1999, p.73).

Tem-se dessa forma que “quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações” (ALEXY, 1999, p.75).

Havendo conflito, e sendo este levado ao Estado-Juiz, deve-se utilizar a ponderação, a fim de avaliar qual dos postulados teria o maior peso concretamente, visando, com isso, aplicar justiça efetiva aos cases.

Desta maneira – e a exemplo de como vem sendo aplicado o direito ao esquecimento no Brasil – o Poder Judiciário, em prestígio à maior valoração normativa do direito ao esquecimento, permitiria que a liberdade de expressão cedesse espaço a esse novo direito.

4. ANÁLISE DE CASOS RELEVANTES NOS TRIBUNAIS

Como já mencionado, o caso que despertou grande atenção a respeito do direito ao esquecimento fora do país, foi da vitória judicial de Mario Costeja González sobre o Google e, para a comunidade internacional o direito ao esquecimento vale para fatos que já se diluíram no passar do tempo (uma suspeita a respeito de alguém que não se confirmou, por exemplo).

Pode-se ainda citar como referência o caso do assassinado dos soldados de Lebach, ocorrido na Alemanha, conforme Junior (2018, p. 76) foi um importante marco

para a evolução e reconhecimento do direito ao esquecimento. O fato ocorrido em 1969 onde quatro soldados do exército alemão foram mortos por assaltantes para roubar armas e munições a serem usadas na prática de outros delitos, os principais autores foram condenados à prisão perpétua e um terceiro envolvido no crime, fora considerado cúmplice recebendo uma condenação de seis anos de reclusão, passados quatro anos de cumprimento da pena, quando este estava prestes a receber sua liberdade condicional, o canal de televisão alemão ZDF, anunciou a exibição de um documentário que iria apresentar a reconstituição dos fatos, encenado por atores, mostrando nomes e imagens dos autores.

Às vésperas da soltura, o terceiro acusado postulou medida liminar no intuito de impedir a exibição sob a alegação que a ampla republicação dos fatos violaria seus direitos da personalidade afetando seu processo de ressocialização. Tal medida foi indeferida pelo Tribunal de Mainz e a decisão mantida pela Corte Superior de Koblenz, entendendo tratar-se de interesse público, o conflito deveria ser resolvido em favor da exibição do documentário.

O caso foi parar no Tribunal Constitucional Federal, onde o reclamante alegou ofensa ao direito de livre desenvolvimento da personalidade, revertendo as decisões anteriores, a nova decisão proibiu a emissora de fazer a divulgação da imagem e nome dele.

No Brasil tem-se como referência o caso da Chacina da Candelária (Recurso Especial N. 1.334.097/RJ), fato ocorrido na cidade do Rio de Janeiro, em 23 de julho de 1993 e de grande destaque na imprensa do país. Fato este que está marcado na memória dos brasileiros, pois, tal crueldade trouxe comoção nacional.

O fato ocorreu por volta da meia-noite dois veículos sendo um táxi e um particular com placas encobertas para não serem identificadas, pararam em frente à Igreja da Candelária, onde indivíduos armados desceram dos veículos atirando nas pessoas que ali estavam, entre eles, adolescentes que dormiam próximos à igreja.

O caso tratou de uma ação movida por Jurandir Gomes de França, contra a TV Globo. A emissora convidou o autor para uma entrevista, a ser exibida programa “Linha Direta – Justiça” em 2006, e que participa da reconstituição do episódio ocorrido em 1993. O autor negou a participação no programa ainda assim, ele foi transmitido, sendo feito menção ao seu nome, com a indicação de que ele havia sido absolvido.

A autor já havia sido submetido ao Júri, sendo absolvido, fora negado que ele fosse o autor de tal crime. Ele viu a sua vida ter uma reviravolta diante de tanta exposição, trazendo prejuízos sociais e profissionais, ao reacender um fato por ele superado, e que agora retornava ao seu convívio social, na comunidade onde morava, trazendo novamente o ódio das pessoas, a alcunha de chacinador, afrontando sua paz e seu direito à privacidade e anonimato.

Diante da situação, “a causa de pedir foi o uso não consentido de sua imagem no programa de televisão, requerendo-se, ao final, o pagamento de indenização a título de danos morais” (FRAJHOF, 2018, p.112), o que foi reconhecido em grau de apelação, pois a emissora poderia ter omitido o nome do autor usando um pseudônimo, pois, determinadas histórias podem ser apresentadas, sem que os personagens envolvidos sejam citados.

Dessa forma, “a questão deveria ser resolvida pela ponderação entre os direitos da personalidade e os direitos à liberdade de expressão e à informação, que seria feita dentro do atual contexto das transformações sociais, culturais e tecnológicas” (FRAJHOF, 2019, p. 119).

O passar do tempo há de ser considerado um fator importante nesta ponderação de conflitos de direitos fundamentais, como pode-se destacar:

A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar de tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei sepultar (STJ apud FRAJHOF, 2019, p.120).

Assim, o STJ reconheceu e aplicou o “direito ao esquecimento” ao caso concreto, tendo o compreendido como o direito do indivíduo de “não ser lembrado contra sua vontade”, concluindo-se que uma informação criminal possui uma “vida útil”, tornando-se ilícita com o decurso do tempo.

Outro caso de grande repercussão, foi o caso da apresentadora Xuxa Meneghel contra a empresa Google Brasil Ltda, caso este julgado pelo STJ em junho de 2012 (Recurso Especial N. 1.316.921/RJ). A ação movida pela apresentadora contra a empresa Google, requer que o provedor de pesquisa removesse do seu resultado de busca qualquer site e/ou imagem que retornasse de uma busca feita pela expressão “xuxa pedófila” ou qualquer referência ao seu nome associado a prática criminosa.

Frajhof (2019, p.126) assevera que “embora em nenhum momento o termo “direito ao esquecimento” tenha sido utilizado pelas partes, ou pelo próprio Tribunal, o caso se trata de um tradicional caso de esquecimento na internet”, da mesma forma como o “caso Gonzalez” julgado pelo TJUE.

Há de se destacar o caso de Aída Curi (Recurso Especial N. 1.335.153/RJ), onde mais uma vez figura a TV Globo e o programa “Linha Direta – Justiça” em 2008, sobre o fato ocorrido em 1958:

Não se sabe exatamente as circunstâncias em que o crime ocorreu; existem apenas suposições, baseadas nos indícios deixados na cena do crime. O episódio chocou o Brasil inteiro, que se comoveu com a trágica e humilde história de Aída Curi, jovem simples e extremamente devota. Sabe-se apenas que foi atacada por um grupo de arruaceiros e acabou arremessada do terraço de um prédio (LIMA e SILVA, 2016, p. 329).

Os irmãos da vítima, sustentam que o passar do tempo já cuidou deixou o crime esquecido e que a TV Globo procurou reabrir velhas feridas, veiculando novamente a fatídica vida e morte de Aída Curi, inclusive com exploração de sua imagem, mediante a transmissão do programa. Depois de decorridos muitos anos, compreende-se que o fato exibido no programa pela emissora foi ilícito, assim como no caso de Jurandir.

A emissora havia sido notificada com antecedência pelos autores para não o fazer, ele também alegou, que houve enriquecimento ilícito por parte da requerida, explorando a tragédia sofrida no passado pela família, recebendo lucros com audiência e publicidade. Por isso, entendem ser devido indenização por danos morais em razão de a reportagem ter feito os autores reviverem as dores do passado, além de causar danos materiais e à imagem, baseados na exploração comercial com objetivo econômico deste triste crime.

Neste caso os autores perderam na primeira e segunda instância, no STJ a decisão se deu sob os argumentos de “ser inviável recontar a história sem fazer alusão à vítima. Concluiu que, desde que fosse identificada sem nenhum viés sensacionalista, nenhuma indenização seria devida” (LIMA E SILVA, 2016, p. 329)

O acórdão do STJ confirmou a derrota, entendendo que o caso deveria ser tratado como uma das “exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos” (STJ apud FRAJHOF, 2019, p.123). Contudo, o ministro relator Luis Felipe Salomão, aludiu que o caso era de direito ao esquecimento, pois contrapõe liberdade de

imprensa ao direito à privacidade e à vida íntima, abrindo dessa forma o caminho para uma discussão constitucional, na qual o Ministro Dias Toffoli decidiu que tem repercussão geral.

“De um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação; de outro, a dignidade da pessoa humana e vários de seus corolários, como a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada” (DIAS TOFFOLI, APUD PEARA, 2020).

A partir desses julgamentos, pode haver mudanças na forma como as informações serão tratadas na internet e além dela, nos meios de comunicação em geral, como observa-se que as principais demandas no Brasil vieram de programas de televisão.

29

5. AS PRINCIPAIS LEIS BRASILEIRAS SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS E INTERNET E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Viu-se até então que, o direito ao esquecimento pode ser observado em vários ramos do direito (civil, penal, consumidor), tem-se no ordenamento pátrio, algumas leis que estabelecem disciplina para as informações das pessoas contidas nas plataformas digitais. Um exemplo é o da recente Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD ou lei nº 13.709/2018) que foi aprovada em 2018 e editada pela MP 869/18, que entrou em vigor agosto de 2020. Ela estabelece uma série de direitos para os titulares de dados veiculados na internet, ampliando a proteção dos direitos dos usuários, garantindo uma melhor forma de controle no tratamento das suas informações.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) já menciona em seus fundamentos signos que nos remetem à tutela dos direitos da personalidade, especificamente os direitos à privacidade, à autodeterminação informativa, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, e ao livre desenvolvimento da personalidade que constam expressos no diploma legal (TORRES, 2018, p.48).

No artigo 2º da lei nº 13.709/2018, ela se preocupa com os direitos da personalidade, que fundamentam o direito ao esquecimento, bem como outros aspectos constitucionais já abordados, tais quais:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - O respeito à privacidade;

- II - A autodeterminação informativa;
- III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
- IV - À inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
- V - O desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
- VI - A livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
- VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (BRASIL, 2018).

Como pode-se ver nos destaques efetuados neste artigo, temos como fundamentos as garantias de proteção de dados quanto a privacidade, escolha de informações, a liberdade de expressão e de informação. Destaca-se para o tema do esquecimento, a parte que trata da inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, bem como do livre desenvolvimento da personalidade, direitos derivados da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos. Tal desenvolvimento é de fundamental importância, pois esquecer memórias ruins de fatos pretéritos, garantem esse desenvolvimento, assim como a garantia de preservação da pessoa contra prejuízos, abusos e ilícitos sobre estas garantias.

Outra lei muito importante é a lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014, que instituiu o “Marco Civil da Internet - MCI”, antes da criação da LGPD, era ela que supria parcialmente a proteção de diversos direitos, como pode-se ver em seu art. 3º, incisos I a III:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

- I - Garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
- II - Proteção da privacidade;
- III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; (BRASIL, 2014).

Também em seu art. 7º estabelece que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania (caput), e aos usuários são assegurados direitos dentre os quais, inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso I), o de exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet (inciso X) sendo este dispositivo denominado por alguns de “direito ao esquecimento de dados pessoais”

(LOURENÇO, apud BRANCO, 2017, p.145). “O fato é que esse direito à exclusão alcança somente as informações que o próprio indivíduo houver fornecido para um determinado provedor de aplicações de Internet” (ALMEIDA, 2017).

A questão do controle do conteúdo e filtragem é uma discussão complexa pelo fato das constantes atualizações feitas em sites de busca, inviabilizando uma forma de controle dos provedores destes sites. Por esse motivo o entendimento do STJ limita a responsabilidade dos provedores como pode-se ver:

Ao julgar o Recurso Especial 1.593.873, em que o recorrente (um dos maiores sites de buscas) justifica que não há como atender o pedido do autor, que pretendia ver excluídas todas as suas informações da rede, porque segundo alega o provedor, não detém propriamente as informações que se quer ver esquecidas, mas apenas faz as buscas dos dados e os apresenta aos usuários.

Neste caso o STJ entendeu que os provedores de pesquisa (i) não respondem pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos resultados das buscas feitas por cada usuário e (iii) não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido (ALMEIDA, 2017).

Por essa razão o provedor de conexão não está obrigado a adotar providência, em relação a reclamação de quem se apresenta diante do mesmo como ofendido. Contudo, para conteúdo em geral, “a regra é a de que o provedor de conexão responde civilmente pela divulgação apenas no caso de não a cessar após ser determinado a tanto por ordem judicial” (LUCCA, FILHO e LIMA, 2015, p. 513).

Os direitos de natureza pessoal, resguardados pelo MCI, “condicionam o fornecimento, a coleta, o uso, o armazenamento e o tratamento de dados pessoais, inclusive registro de conexões e de acesso a aplicações, a certas condições visando, em última análise, a privacidade (LUCCA, FILHO e LIMA, 2015, p. 513).

Mesmo com a proteção exigida pelo MCI, como vimos necessitamos de ordem judicial, se alguém expor aspectos delicados da vida privada de uma pessoa, esta não terá alternativa a não ser recorrer ao Judiciário. Outro problema é a dificuldade de remover os dados de forma efetiva.

A questão do direito ao esquecimento no âmbito digital é tormentosa, já que as informações são disseminadas de forma instantânea e não ficam concentradas em um único site, tornando tarefa quase impossível

de ser cumprida a de excluir definitivamente todas as informações (ALMEIDA, 2017).

Portanto, a discussão em relação a aplicação efetiva dos direitos da personalidade e tutela do direito ao esquecimento carece de atitude dos agentes de diversas áreas, tanto tecnológicas, quanto sociais, profissionais desenvolvedores de tecnologia da informação, do direito e legisladores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, o tema do direito ao esquecimento se revela como algo não trivial, pois, aborda os direitos da personalidade no contexto histórico, ainda mais quando falamos da evolução da sociedade e toda a tecnologia disponível na atualidade, seus comportamentos diante de uma era da informação, em que tudo está conectado por meio de plataformas digitais.

Percebe-se que o conhecimento tem se multiplicado de forma exponencial, graças a utilização dessas tecnologias modernas, destarte, a tecnologia não esquece, por este motivo surgiu na dinâmica social a abordagem de tal direito, que como já explanado trata-se de direito restaurador, regenerador, de esperança e fundamentado no livre desenvolvimento da personalidade e dignidade da pessoa humana.

Apesar de muitas vezes entrar em conflito com outros direitos fundamentais como a liberdade de expressão e o direito à informação, há que se ponderar os limites de cada um, principalmente quando se trata de fatos antigos, como nas demandas apresentadas capazes de causar inúmeros prejuízos de ordem econômica e social na vida dos seus titulares, quando invasivamente se explora a privacidade, intimidade sem a preservação do anonimato, carecendo também de interesse público.

Assim, a liberdade de expressão e comunicação, carrega também a responsabilidade, que decorre de seus limites claro e devidamente ponderados, devendo também ser preservada contra o uso indevido por parte de indivíduos com interesses escusos. Para tanto, os operadores do direito devem considerar o novo formato das relações com o advento da tecnologia e das redes como no caso da internet, assim, podendo enfrentar estes novos desafios maneira adequada, nos casos em que se busca o direito ao esquecimento.

A respeito das leis, podemos perceber que a nossa Constituição Cidadã, assegura em seu rol de direitos, as bases para a construção dos fundamentos que podemos utilizar na busca do esquecimento, também foram criadas leis mais recentemente, a exemplo da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Marco Civil da Internet (MCI), que também auxiliam na disciplina das informações nas plataformas digitais locais e globais. Contudo, sabe-se que o dinamismo social requer que uma forte diligência no sentido de manter as conquistas atuais e garantir o desenvolvimento da humanidade, a paz social e os direitos a uma vida digna.

Espera-se que haja um aprimoramento e aprofundamento neste tema pela doutrina nacional e internacional, com o advento demais decisões judiciais e a criação ou modificação de leis que proponham a admissão do direito ao esquecimento, sempre analisando e ponderando nos casos concretos, por ser um direito excepcional, que por vezes entra em conflito com outros direitos fundamentais, muitas vezes a demanda será direcionada ao Poder Judiciário, que deverá estar preparado, com um arcabouço de fontes do direito para fornecer a melhor solução para as lides.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>> Acesso em: 18 de outubro de 2020.

ALMEIDA, A. D. **Direito ao esquecimento e a dignidade da pessoa humana. Migalhas**, 2017. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/260646/direito-ao-esquecimento-e-a-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

BRANCO, S. **Memória e esquecimento na Internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do**. Congresso Nacional, Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, Acesso em: 19 de outubro de 2020.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Marco Civil da Internet**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm> Acesso em: 19 de outubro de 2020.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> Acesso em: 19 de outubro de 2020.

CJF. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VI Jornada de Direito Civil, Enunciado nº 531**, 2013. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil20>>. Acesso em: 18 de outubro de 2020.

FRAJHOF, Izabella Z. **O Direito ao Esquecimento na Internet**. São Paulo: Almedina, 2019.

_____, Isabella Z. **O “Direito ao Esquecimento” na internet: conceito, aplicação e controvérsias**. Dissertação de Mestrado - PUC-Rio - Pós-Graduação em Direito, 2018. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/36944/36944.PDF>>. Acesso em 16 de outubro de 2020.

JÚNIOR, A. R.; NETO, A. R. **Direito ao esquecimento e o superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto de sociedade da informação**. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB* Nº 1, P. 419-434, 2012. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/01/2012_01_0419_0434.pdf>. Acesso em: 16 de abril de 2020.

JÚNIOR, L. M. H. B. **Direito ao Esquecimento**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LIMA, E. L. D.; SILVA, A. R. F. D. **Direito ao esquecimento na internet: consequências da memória virtual**. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, p. 324-346, 2016. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/25983/23653>>. Acesso em: 17 de abril de 2020.

LUCCA, N. D.; FILHO, A. S.; LIMA, C. R. P. D. **Direito e Internet III - Tomo I: Marco Civil da Internet Lei Nº 12.965/2014**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

PARA, G. **Direito ao esquecimento na internet 'chega ao Brasil'**. *Jusbrasil*, 2020. Disponível em: <<https://guilhermepeara.jusbrasil.com.br/artigos/944285288/direito-ao-esquecimento-na-internet-chega-ao-brasil>>.

esquecimento-na-internet-chega-ao-brasil?utm_campaign=newsletter-daily_20201013_10656&utm_medium=email&utm_source=newsletter>. Acesso em: 13 de outubro de 2020.

PINHEIRO, P. P. **Direito Digital**. 6^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TORRES, Érico Leandro Buzzi. **O Direito ao Esquecimento e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Monografia - Universidade Federal de Santa Catarina - Bacharelado em Direito. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/197775/TCC%20-%20%20c3%89rico%20Leandro%20Buzzi%20Torres%20-%20Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 24 de outubro de 2020.

O PROTAGONISMO JUDICIAL EM FACE A INDEPENDÊNCIA DOS PODERES: EXTRAPOLAÇÃO DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS OU LEGÍTIMA CRIAÇÃO DO DIREITO?

THE JUDICIAL PROTAGONISM FACING THE INDEPENDENCE OF POWERS: EXTRAPOLATION OF CONSTITUTIONAL FUNCTIONS OR LEGITIMATE CREATION OF LAW?

Antônio Célio Maia Costa

Ronaldo César da Cunha Bazi

36

RESUMO

Neste artigo apresenta-se resultados de uma pesquisa qualitativa do tipo bibliográfica, desenvolvida com o objetivo de analisar se o protagonismo judicial em face a independência dos Poderes, reflete uma extrapolação das funções constitucionais ou legítima criação do Direito. Para tanto, utilizou-se da leitura seletiva, crítica e interpretativa de livros, artigos e textos já publicados, pois possibilitam a investigação com o propósito posto. A análise dos dados construídos se deu por meio da Hermenêutica que possibilitou a interpretação do protagonismo judicial em face a independência dos Poderes, questionando-o enquanto possibilidade de extrapolação das suas funções constitucionais, ou ainda, legítima tendência de criação do direito. Os resultados indicam que essa nova postura ativista jurisdicional é a afirmação e reafirmação dos valores axiológicos contidos no texto Constitucional em proteção aos direitos humanos e direitos fundamentais, com vistas à inclusão social, política, econômica, cultural e jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucional; Ativismo Judicial; Direitos Fundamentais; Poderes Constitucionais.

ABSTRACT

This article presents the results of a qualitative research of the bibliographic type, developed with the objective of analyzing whether the judicial protagonism in the face of the independence of the Powers, reflects an extrapolation of the constitutional functions or legitimate creation of the Law. For that, we used the selective, critical and interpretive reading of books, articles and texts already published, as they make possible the investigation with the stated purpose. The analysis of the constructed data took place through Hermeneutics, which enabled the interpretation of judicial protagonism in the face of the independence of the Powers, questioning it as a possibility of extrapolating their constitutional functions, or even, a legitimate tendency to create the law. The results indicate that this new jurisdictional activist stance is the affirmation and reaffirmation of the axiological values contained in the Constitutional text in protection of human rights and fundamental rights, with a view to social, political, economic, cultural and legal inclusion.

KEYWORDS: Constitutional; Judicial Activism; Fundamental rights; Constitutional Powers.

INTRODUÇÃO

A redemocratização no Brasil, caracterizada principalmente pela promulgação da Constituição Republicana de 1988, previu um vasto rol de princípios e garantias individuais, cuja efetividade passou a ser cobrada do Estado, além de proporcionar mecanismos aptos a lhes conferir a devida concretização. Nesse contexto, o Poder Judiciário ficou responsável por garantir a observância dessas garantias e princípios. Em suma, o Estado Democrático de Direito é a expressão da força normativa da Constituição Federal e pela hegemonia judicial.

A normatividade da Constituição e o exercício da jurisdição constitucional alavancou o fenômeno da Judicialização das relações sociais, econômicas e políticas, buscando-se a segurança do judiciário para a resolução dos conflitos, o que projetou o Poder Judiciário a exercer um papel de destaque no Estado, pois o Juiz ao aplicar a lei, também o faz como um elemento disruptivo da simples atividade de interpretação para torna-se um agente de criação de norma jurídica. Tal postura, também fez surgir outro fenômeno igualmente conhecido, o ativismo judicial.

É nesse cenário político, jurídico, social e econômico e ainda de significativos fatores de exclusão social, motivados por políticas públicas ausentes ou deficientes, decorrentes da morosidade administrativa do poder executivo e da inércia do legislativo que surge o judiciário, como protagonista de ações mais céleres e contumazes em busca da efetividade concretização dos direitos e garantias fundamentais. As críticas dirigidas a essa nova postura promovem o interesse no desenvolvimento deste trabalho qualitativo, de cunho bibliográfico, com o objetivo de analisar e questionar se o protagonismo judicial em face a independência dos Poderes, reflete uma extrapolação das funções constitucionais ou legítima criação do Direito.

1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A VISÃO DE MONTESQUIEU

A concepção da importância da limitação do poder político, baseada no equilíbrio, de forma que um poder fosse limitado por outro poder é antiga. Platão foi o primeiro a discorrer sobre a separação das funções da cidade, quando expôs sobre a Pólis

perfeita, para a qual as riquezas materiais ou prazeres enganosos não eram os mais importantes, mas sim sua transformação numa espécie de moradia comum de todos os cidadãos, onde cada indivíduo deveria realizar sua função na comunidade. Essas funções ficam mais claras quando menciona os afazeres dos magistrados que deveriam governá-la, dos mercadores que deveriam produzir, assim como comercializar os bens de consumo e dos guerreiros que deveriam protegê-la.

O cerne dessa concepção, para o pensador era que a ordem política deveria estar necessariamente baseada na justiça, para isso o indivíduo deveria ser protegido dos abusos daqueles que ocupavam o poder político da sociedade.

O Princípio da Separação dos Poderes é uma teoria que teve sua gênese não na atualidade, mas remonta a Grécia Antiga, com os estudos de Aristóteles (384-322 a.C) em sua obra “A Política”, que defendeu a separação das funções do Estado para o exercício do poder político. A essência desta teoria, segundo Couceiro, (2014) se firma no princípio de que os três poderes que formam o Estado (poder legislativo, executivo e judiciário) devem atuar de forma separada, independente e harmônica, mantendo, no entanto, as características do poder de ser uno, indivisível e indelegável.

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição.

Este princípio separatista de poderes tem o objetivo de evitar arbitrariedades e o desrespeito aos direitos fundamentais. Atua como uma eficaz ferramenta de limitação do poder político, pois evita sua concentração nas mãos de uma só pessoa.

Na busca da metodização dessa teoria, alguns pensadores posteriores a Platão, incluindo Aristóteles, dedicaram-se em suas obras notáveis, a buscar o modelo ideal que mais exprime se o ideal de igualdade almejado. Este, seria estruturante não só para um Estado, mas para todos, como modelo. Dentre estes pensadores, também se destacam John Locke e Montesquieu, conforme nos ensina Alexandre de Moraes:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgão autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente, por John Locke, no segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consiste em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O Espírito das Leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal. (MORAES, 2007, p. 385).

Ainda nessa toada, nos ensina Ferreira Filho que tal compromisso ganhou “[...] repercussão estrondosa na obra de Montesquieu, o Espírito das Leis, que o transformou numa das célebres doutrinas políticas de todos os tempos” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 135).

Ressalte-se que John Locke, considerado o pai do liberalismo, defendeu a existência de três poderes que formavam o governo: Legislativo, Executivo e Federativo, no entanto, atribui um destacado papel ao Poder Legislativo, que em suas palavras: “em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade [...]”(LOCKE, 2003, p. 76).

Por certo que as ideias de Locke influenciaram fortemente os pensadores da época, servindo de base para a edição do Bill of Rights, oriundo dos esforços da Revolução Gloriosa (1688), onde o essencial do documento foi a instituição da separação de poderes, atribuindo ao Parlamento a missão precípua de defender os súditos perante o Rei, não estando sujeito ao arbítrio deste, Comparato (1999).

Todavia, foi Montesquieu que deu a contribuição mais significativa à teoria da separação dos poderes, quando fundamentou a divisão dos poderes do Estado e deu contornos específicos a cada um deles. Em sua obra “O Espírito das leis”, na qual apresenta sua teoria da divisão dos poderes, considerada o verdadeiro sistema de freios e contrapesos e base precursora daquilo que viria a ser um princípio constitucional das democracias contemporâneas.

É notório, para melhor compreensão das ideias defendidas por Montesquieu, entender que sua contemporaneidade se deu na Inglaterra parlamentarista, após a revolução gloriosa e tinham uma construção filosófica liberal voltado para contrapor os regimes absolutistas e até derrubá-los.

A ideia nuclear da teoria da separação dos poderes orbita na esfera de que cada poder deveria exercer sua função de forma autônoma, tendo, no entanto, no exercício dessa função o controle de forma mútua pelos demais poderes, gerando assim, a base principiológica de uma ordem justa, equânime e harmônica.

Torna-se necessário elucidar que, na visão de Montesquieu, o Poder Judiciário, figurava numa posição de coadjuvante em relação aos outros dois poderes, a única limitação exercida pelo poder judicial sobre os demais poderes era a própria separação entre si, como nos mostra Mota:

Montesquieu reputou o poder de julgar “de certo modo nulo”, e tal juízo exige esclarecimentos. É que ele reservava ao Juiz uma função restrita e rígida; ele o conceitua como ‘a boca que pronuncia as palavras da lei’, ao passo que considerava os juízes seres inanimados e incompetentes para moderar quer a força, quer o rigor da lei. (MOTA, 1998, p. 175).

Restando cristalino, que na teoria Montesquiana há uma completa aversão ao protagonismo judicial e seus postulados sobre a tripartição de poderes perdura até os dias atuais nos estados democráticos de direito, sendo cláusula pétrea na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, em seu art. 60, parágrafo 4º, III, “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...); III – a separação dos Poderes;” muito embora, como investigado mais a frente, esta ordem venha sendo subjugada pela visível ascensão do Poder Judiciário.

2 A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA

Como já, oportunamente abordado, a Teoria da separação dos poderes prevista por Montesquieu teve como finalidade principal, a oposição, senão a própria defesa contra a expansão dos regimes absolutistas da época, caracterizada pela limitação dos poderes, com o objetivo de resguardar o cidadão de atos autoritários do governante, que só seria possível, caso o exercício das funções de governo estivessem distribuídas entre Órgãos

autônomos e independentes entre si, no entanto, com controle mútuo pela força dos freios e contrapesos postos.

No transcorrer da história, com a efetivação da tripartição dos poderes nos diversos estados e as constantes lutas populares por melhores condições de vida e dignidade, o Estado passou a sofrer várias obrigações impostas, positivadas pelo Poder legislativo, frente a uma demanda social crescente. Tal cenário evoluiu, obrigando a superação do Estado Liberal pelo Estado Social.

Neste cenário em constante evolução, o Estado Social deparou-se com uma demanda por direitos cada vez mais crescente e a forma legislativa de criação de direitos, pela positivação das leis e normas gerais já não atendiam os anseios da sociedade. A atividade do julgador, ainda estagnada pela visão de Montesquieu, de que o juiz é “La bouche de la loi” (boca da lei), não mais atendiam nem se amoldam aos anseios e demandas crescentes. Necessário seria a superação dessa forma de pensar e agir do Estado, de tal forma que o realismo jurídico expresso pelo ciclo de criação de direitos e deveres, que gera as complexidades do ordenamento, propicia uma margem maior de discricionariedade do juiz.

Quanto a essa superação dos conceitos enunciados por Montesquieu acerca do poder jurisdicional, como força jurígena, Halfmann e Hassemer fazem questão de afirmar:

O dogma da subsunção é insustentável. A aplicação do direito é – também – um trabalhar criativamente da lei. A lei é apenas a possibilidade do direito. Só na aplicação ao caso concreto ela se torna direito real. O direito é histórico. À margem do processo metódico de descoberta do direito aplicável não pode existir uma correção objetiva do direito (KAUFMANN; HASSEMER, 2002, p. 315-316).

É nessa conjuntura de visibilidade cristalina de expansão do alcance da via judicial, assim como a concepção da ideia do juiz como criador da norma jurídica, quando aplica a lei é que se surge controvérsias hodiernas que serão abordadas nos próximos tópicos.

3 JUDICIALIZAÇÃO – CONCEITO, ORIGEM E CAUSAS

O fenômeno da Judicialização é complexo e envolve notadamente a transferência de poder ora atribuído ao Executivo, ora atribuído ao Legislativo, para juízes e tribunais, de diversas causas, das quais os indivíduos buscam a efetivação dos seus

direitos. Esta tendência atual alçou o Poder Judiciário a patamares ainda não assistido, passando, então a exercer papel de destaque nos Estados Democráticos.

Políticas públicas, decisões estritamente políticas, inquirições sociais, econômicas, por exemplo, começaram a ser objeto de apreciação, interferência e fazer parte do cotidiano do Poder Judiciário. A via jurisdicional passou a tutelar questões antes decididas pelo Parlamento ou pelo Executivo e a estabelecer normas de condutas a serem seguidas pelos demais poderes. A tal fenômeno, denominou-se Judicialização, ainda, que de forma contumaz confunde-se este fenômeno, com o dito Ativismo Judicial.

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política (BARROSO, 2009, p. 14).

Nesse contexto, segundo Filho (2010, p. 11), “em síntese, a judicialização da política ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, para que ele dirimir conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição”. Ainda, segundo seus ensinamentos e estudos, o termo judicialização da política passou a ser utilizado a partir da obra de Tate e Vallinder, em que os autores abordaram o conceito e as condições institucionais para a expansão do Poder judiciário no processo decisório em Estados democráticos.

Dentre as causas deste fenômeno tão abrangente os doutrinadores discorrem em maior ou menor grau sua profundidade perceptiva e investigativa. Para Luís Roberto Barroso, os fatores para a judicialização no Brasil são:

[...] a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988; a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária, e por fim o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo (BARROSO, 2009, p. 12-13).

Na busca de elucidação do fenômeno, Eduardo Monteiro Lopes Júnior, cita que, segundo Neal e Torbjorn, existem precondições que facilitariam a expansão das competências jurisdicionais, dentre elas:

a prevalências de regimes democráticos, a separação constitucional dos poderes (funções), a positivação constitucional de direitos e garantias individuais, a utilização das vias judiciais por grupos de interesse e de oposição política, a ineficácia das instituições majoritárias e das políticas públicas e a delegação de competência às instâncias judiciais pelas instituições majoritárias (JÚNIOR, 2007, p. 52).

No mesmo sentido, Castro cita as seguintes condições para a judicialização:

A constitucionalização do Direito após a 2ª Guerra Mundial; o resgate do tema sobre a legitimação dos direitos humanos; o exemplo institucional da Suprema Corte norte-americana; e a tradição europeia (Kelseniana) de controle de constitucionalidade das leis como fatores importantes para explicar o fenômeno da judicialização (CASTRO, 2010, p. 12).

Vê-se, portanto, que a Judicialização é um fenômeno característico de uma sociedade democratizada, onde a normatividade da Constituição e o exercício da jurisdição constitucional, passaram também a reger as relações sociais, econômicas e principalmente estabeleceram um cenário político-jurídico, onde a busca pela via judicial para se obter segurança na resolução dos conflitos é cada vez mais volumosa.

3 ATIVISMO JUDICIAL – ORIGEM, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O ativismo judicial é um fenômeno atual na via judicial do direito brasileiro, com maior expressividade na Corte Suprema do Supremo Tribunal Federal (STF). No entanto, este termo, surgiu nos Estados Unidos com a publicação do artigo intitulado “The Supreme Court: 1947” na Revista Fortune, no ano de 1947 de autoria do jornalista Arthur Schlesinger Jr.

Para Barroso (2009), “as origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Barroso, ainda faz uma importante contribuição quando contextualiza algumas ações da atuação daquela Corte Suprema:

Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (Dred Scott v. Sanford, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era Lochner, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (West Coast v. Parrish, 1937). A

situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação. (BARROSO, 2009, p. 14).

Por certo, os autores divergem quanto a origem e definição do termo Ativismo Judicial. Para Vanice Regina Lório do Valle (2009), em consonância com Barroso, discorre que o termo ativismo judicial, nasceu com a publicação de um artigo na revista americana *Fortune*, pelo jornalista americano Arthur Schlesinger, quando traçou o perfil dos nove juízes daquela Corte, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos.

Em sentido contrário, Carvalho (2009), afirma que a expressão ativismo judicial, de acordo com seus estudos investigativos sobre sua origem, foi utilizada pela primeira vez em 1916, na imprensa belga. Ainda nas ideias do autor, apoiado nas lições de Dierle José Coelho Nunes, tal vocábulo já era utilizado e defendido desde o final do século XIX, assim descreve que: “esta percepção sociológica-econômica e protagonista do juiz já era defendida por vários estruturantes da socialização processual, desde o final do século XIX, com destaque para Franz Klein em palestra em 1900”. (CARVALHO, 2009, p. 12).

Quanto às inferências conceituais, percebemos nas investigações que desenvolvemos, que também não há consenso, mas as definições apresentadas pelos autores, guardam uma similitude literária.

Corroborar com essa ideia as lições da professora Vanice Regina Lório do Valle, em sua obra *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*, quando descreve:

A consulta a duas fontes elementares – ainda que prestigiadas – de conceituação no Direito norte-americano, Merriam-Webster's Dictionary e Black's Law Dictionary, evidencia que, já de origem o termo "ativismo" não encontra consenso. No enunciado da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos direitos individuais; no da segunda, a tônica repousa em um elemento de natureza comportamental, ou seja, dá-se espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais. A dificuldade ainda hoje subsiste, persiste o caráter ambíguo que acompanha o uso do

termo, não obstante sê-lo um elemento recorrente tanto da retórica judicial quanto de estudos acadêmicos, adquirindo diversas conotações em cada qual desses campos (VALLE, 2009, p. 21).

No entanto, em esteira contrária a mesma autora, citando Keenan kmiec, é quem traz a sistematização das definições traçadas ao termo em sede doutrinária e também em utilização jurisprudencial, reconhecendo cinco principais conceituações do termo ativismo judicial, comumente utilizados na atualidade:

a) a prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados de outros poderes; b) estratégia de não aplicação dos precedentes; c) conduta que permite aos juízes legislar "das salas das sessões"; d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar resultados pré-determinados (VALLE, 2009, p. 21).

Para Ferreira (1986), é interessante destacar que o vocábulo ativismo no âmbito da ciência do direito é empregado para designar que o poder judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos. Também pode ser entendido como o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, que institucionalmente, incumbe ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo tanto litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) quanto controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos), Ramos (2010).

Já no entendimento de Barroso (2009) o ativismo judicial é uma atitude, um escolha do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais, expandindo seu sentido e alcance, e normalmente está associado a uma retração do Poder Legislativo: “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. Nos traz ainda, uma importante contribuição ao identificar as condutas ativistas do judiciário:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público (BARROSO, 2009, p. 13).

Dentro dessa característica de posturas e condutas do juiz ou tribunal ativista, Thamy Pogrebinski, considera ativista quem: “a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do Estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade” (POGREBINSCHI, 2000, p. 02).

Para Gomes (2009), citando Arthur Schlesinger há ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos. Para Luiz Flávio Gomes se a Constituição prevê um determinado direito e ela é interpretada no sentido de que esse direito seja garantido, não há ativismo, mas sim, judicialização do direito considerado.

Há de se considerar ainda, segundo o autor, que o ativismo ocorre sempre que o juiz inventa uma norma, cria um direito, ou inova o ordenamento jurídico. Além disso, cita duas espécies de ativismo judicial: o inovador, no caso de o juiz criar uma norma e o ativismo revelador. Neste, o juiz também irá criar uma regra, um direito, contudo com base em princípios constitucionais ou na interpretação de uma norma lacunosa:

É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, ex novo, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa (GOMES, 2009, p. 12).

Necessário se faz ainda, trazer à baila das evidências as dimensões do ativismo judicial, conforme destaca Luiz Machado Cunha, apoiado nos ensinamentos de William Marshall:

a) Ativismo contra majoritário – relutância dos tribunais em aceitar as decisões dos poderes democraticamente eleitos; fortalecimento da jurisdição constitucional; poder judiciário como legislador negativo; b) Ativismo jurisdicional – ampliação dos limites jurisdicionais do poder judiciário; correção, modificação ou complementação de leis e atos administrativos; c) Ativismo criativo – utilização da hermenêutica como forma de novos direitos ou afirmação jurídica de direitos morais; hermenêutica concretista e princípio da proibição da proteção insuficiente (Konrad Hesse); fundamentação em conceitos do pós-

positivismo e do neoconstitucionalismo e por fim; d) Ativismo remedial – imposição pelo Poder Judiciário de obrigações positivas aos poderes eleitos; determinação de políticas públicas, criação ou remodelação de órgãos, regulamentações legais etc (CUNHA, 2014, p.5).

Importante se faz trazer à luz desse trabalho as ações que denotam contraposição ao ativismo, elas são, segundo Luiz Barroso (2009, p.14) denominadas de “autocontenção judicial, conduta pela qual o judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa Linha, juízes e tribunais”:

(i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas (BARROSO, 2009, p. 14-15).

4 ATIVISMO JUDICIAL - DESENVOLVIMENTO NO BRASIL

É incontroverso que a função jurisdicional no Brasil vem, nos últimos tempos, agigantando-se em importância e visibilidade. O julgador, ao aplicar a lei ao caso concreto não se atém tão somente as condições abstratas impostas pela norma, mas ultrapassa o simples exercício da atividade de interpretação para se tornar um agente de criação de norma.

Foi por meio da supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais que surgiu uma nova forma de realização de democracia, e, ao mesmo tempo, passou a limitá-lo pelo constitucionalismo, Comparato (2010). Destarte, com o evento da promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), foi inaugurado uma nova forma de interpretar e aplicar o Direito, o que direcionou à via judicial a um superdimensionamento de atividade e conseqüentemente, uma expressividade significativa em suas decisões.

Esse fenômeno encontrou, no Brasil, solo fértil para sua sementeira. A redemocratização impulsionada pela CF/88, aliada ao distanciamento entre os agentes políticos e a sociedade civil, gerado pela desconfiança dos cidadãos em relação aos

parlamentares e administradores eleitos, alçou a tutela jurisdicional há uma visibilidade como a (única) ferramenta eficaz para a proteção dos direitos e das garantias individuais.

É a partir do evento da Constituição que surgem novos sujeitos jurídicos legitimados pelo texto Constitucional para propositura de ações diretas (art. 103, da CF) e novas categorias de direitos, como: direitos coletivos, individuais homogêneos e os difusos. Esses novos atores e esses novos direitos, ocasionam uma enxurrada de lides significativas. Isto porque, segundo Moraes (2012), quanto mais ampla for a Carta de Direitos e as garantias de sua eficácia, maior será a tendência de judicialização desses direitos.

Ademais do aumento significativo dos sujeitos jurídicos e legitimados, a própria CF/88, ainda que firmada no sistema de funções precípua, que evidencia o princípio da separação dos poderes, conforme estampado no Art. 2º, não engessou, de forma que os poderes republicanos não pudessem exercer as demais atividades estatais. De forma que, o Legislativo também julga (art. 52, I e II) e também gere a estrutura que lhe é cabível (art. 52, XIII); O Executivo também legisla (art. 84, VI, XXVI e art. 87, II) e ainda julga nos processos administrativos de naturezas diversas; e o Judiciário também administra (art. 96, I, alínea b) e igualmente promove elaboração normativa geral, inclusive com repercussão no interesse das partes em processos judiciais (art. 96, inc. I alínea a)

Ainda na análise do texto constitucional, Leonardo Mundi traz uma importante observação:

No aprimoramento do debate é interessante notar que não há, na Constituição Federal, qualquer norma que defina os meios pelos quais o Poder Judiciário pode alcançar seus propósitos. Enquanto as atribuições do Poder Legislativo estão nos Arts. 48 a 52, e as do Executivo nos Arts. 84 e 87, no capítulo relativo ao Judiciário a Carta Magna limita-se a descrever sua organização geral e algumas regras de competência procedimental. [...]. Esse caminho qual seja, a percepção de que a Constituição Federal não delimitou o campo de atuação dos juízes e, tampouco, os restringiu a meros catalogadores de situações jurídicas [...] (MUNDIM, 2020, p. 1-2).

Nessa seara, no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, o artigo 5º, inciso XXXV da CRFB de 1988 dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça a direito”; de igual forma o art. 4º do Decreto-Lei Nº 4.657 de 1942 – Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LINDB), com redação dada pela Lei Nº 12.376

de 2010 diz que, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”

Esta condição trazida pelo texto constitucional e pela legislação infraconstitucional, evidenciam o que, segundo (CAMBI, 2008, p. 134) “julgar é uma tarefa essencialmente axiológica” e ao juiz não basta aceitar a ordenação legislativa, pois a ele cabe “[...] ser um crítico dos preceitos ditados pelo legislador [...] tornando-se responsável pela legitimação social do direito e, conseqüentemente, por uma tutela jurisdicional justa”.

Essa larga positivação no regramento pátrio, evidencia a uma tendência natural do Direito contemporâneo de repúdio ao juiz indiferente. Assim, para Moraes no momento de decisão em cada processo deve consistir em uma etapa valorativa utilizada por este de forma a possibilitar o adequado cumprimento da função social da Jurisdição. Ainda que não se admita o ativismo judicial em toda sua totalidade e conseqüências, conforme abordaremos nas críticas ao fenômeno.

5 CRÍTICAS E MANIFESTAÇÕES FAVORÁVEIS AO ATIVISMO JUDICIAL

De princípio expõe-se, que todas as críticas e objeções à crescente intervenção dos julgadores na vida brasileira, centradas nos riscos de politização da justiça, nos riscos da falta de capacidade institucional do judiciário e principalmente nos riscos da total falta de legitimidade democrática, bem como os incentivos e favorecimentos do ativismo judicial, quando este efetive e concretize direitos fundamentais, orbitam umbilicalmente no universo constitucional, ou seja a Lei Maior do Estado brasileiro, é o ponto de partida e a reta final tanto para defender, quanto para rechaçar o ativismo judicial.

Uma das maiores críticas ao ativismo judicial é o discurso que se baseia no argumento de que juízes, tribunais e até mesmo as Cortes Superiores não tem legitimidade democrática para proferirem decisões que invadam a esfera dos demais poderes legalmente constituídos pelo direito do sufrágio, exercido pelo povo. Quando isso ocorre, argumentam os críticos, que há intromissão do Poder judiciário nos demais poderes da República, ferindo de morte o princípio da separação harmônica entre os poderes, o Estado Democrático de Direitos e a própria democracia.

Como é possível que um minúsculo grupo de juízes, que não são eleitos diretamente pela cidadania (como o são os funcionários políticos), e que não estejam sujeitos a periódicas avaliações populares (e, portanto, gozam de estabilidade em seus cargos, livre do escrutínio popular) possam prevalecer, em última instância, sobre a vontade popular? (GARGARELLA, 2003, p. 28).

Convergingo nesse pensamento crítico, Faustino da Rosa Júnior, assim se manifesta:

Na verdade, um magistrado só apresenta uma legitimidade legal e burocrática, não possuindo qualquer legitimidade política, para impor ao caso concreto sua opção político-ideológica particular na eleição de um meio de efetivação de um direito fundamental. Sucede que, em nosso sistema, os magistrados não são eleitos, mas sua acessibilidade ao cargo dá-se por meio de concursos públicos, o que lhes priva de qualquer representatividade política para efetuar juízos desta magnitude. Ademais, por sua própria formação técnica e atuação no foro, é evidente que os magistrados são incapazes de conhecerem as peculiaridades concretas que envolvem a execução de políticas públicas que visam a realizar concretamente direitos fundamentais pela Administração Pública (JÚNIOR, 2008, P. 1).

Lênio Streck, um dos mais renomados opositores do ativismo, citado por Santos e Lucas (2017), utilizando-se de aportes da filosofia do conhecimento, mais especificamente da hermenêutica, denunciando os inconvenientes das exceções discricionárias/arbitrárias e os perigos de perda da autonomia do direito e sua consequente substituição pelo pragmatismo político-jurídico, em seus mais diversos aspectos, refere que:

Há, visivelmente, uma aposta na Constituição (direito produzido democraticamente) como instância da autonomia do direito para delimitar a transformação das relações jurídico-institucionais, protegendo-os do constante perigo da exceção. Disso tudo é possível dizer que tanto o velho discricionarismo positivista quanto o pragmatismo fundado no declínio do direito têm algo em comum: o déficit democrático, isso porque, se a grande conquista do século XX foi o alcance de um direito transformador das relações sociais, a esta altura da história é um retrocesso reforçar/accentuar formas de exercício de poder fundadas na possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária, circunstância que conduz, inexoravelmente, às arbitrariedades, soçobrando, com isso, a própria Constituição. É nesse contexto que afigura imprescindível uma principiologia, ao mesmo tempo apta a “proteger” o direito e a concretizá-lo (STRECK, 2014, p. 55).

Em contraposição às críticas e objeções, Luís Roberto Barroso, legítimo defensor do protagonismo, afirma:

O Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contra majoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça (BARROSO, 2012, p. 31).

Hélder Fábio Cabral Barbosa assevera que:

Pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do judiciário, entretanto inexistente tal afirmação, uma vez que os juízes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de auto executoriedade (BARBOSA, 2011, p. 151).

No entender de Ingeborg Maus (2000), o Judiciário tem se projetado como guardião da moralidade pública, como salvador de uma comunidade política adoentada; funciona como a referência paterna numa sociedade que destroçou as tradicionais formas de constituição da autoridade, uma ingerência prejudicial para a autonomia dos indivíduos e para a soberania popular, verdadeiro obstáculo para a elaboração de uma política constitucional libertadora.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por certo que a nossa Constituição inaugurou um novo momento para a efetivação e amadurecimento de nossa democracia. As promessas lá contidas, figuram como um farol a guiar àqueles que anseiam por transformações que possam mudar as condições materiais, sociais, econômica, político-jurídica e de educação, daqueles que ainda amargam uma triste vida à margem da sociedade. Nesse contexto, não se pode negar, que o Poder judiciário tem cumprido um importante papel na tomada de decisões que ampliam o espectro de reconhecimento constitucional das minorias, quando o juiz se

vale tanto da norma escrita como de pressupostos éticos, morais e princípios lógicos não se limitando, em sua função, a ser seguidor cego do positivismo jurídico, pois o direito é decorrente da razão, seja ela posta, ou pressuposta.

A Judicialização e o ativismo são traços marcantes do contexto jurídico brasileiro, mais precisamente, da promulgação da CF/88, para cá. A primeira, decorre da própria normatividade da Constituição e de seu controle de constitucionalidade, que permitem discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas à via judicial em forma de ações, não dependendo de nenhuma sorte da vontade do judiciário, mas sim do próprio constituinte, figurando, portanto, ato político legítimo. O segundo, mais caracteriza uma conduta, uma postura do julgador, um modo criativo, expansivo e assistencial de interpretar a Constituição, indo além do legislador ordinário, quando lhe potencializa o sentido e alcance das suas normas, sobretudo ante a inércia, e por vezes até a negligência dos Poderes Legislativo e Executivo.

Restou evidente a partir deste breve trabalho e pesquisa realizada, sem o pretexto de esgotamento dos temas, que a construção daquilo que entendemos hoje como direitos fundamentais enfrentam um árduo caminho e carecem do dinamismo hoje exercido pela via jurisdicional, seja ela, pela crescente tendência da judicialização, ou, pelo próprio ativismo, ainda que este deva obediência aos limites constitucionais. Desta feita, reuniu-se os elementos necessários para afirmar que o protagonismo judicial não fere a tripartição dos poderes republicanos, não representam extrapolação das funções constitucionais e tem sua convergência direcionada para uma legítima fonte de criação do direito.

Por fim, os resultados indicam que essa nova postura ativista jurisdicional é a afirmação e reafirmação dos valores axiológicos contidos no texto Constitucional em proteção aos direitos humanos e direitos fundamentais, com vistas à inclusão social, política, econômica, cultural e jurídica.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. **A efetivação e o custo dos direitos sociais**: a falácia da Reserva do possível. Estudos de direito constitucional. Recife: Edupe, 2011, p.151.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 4.657 Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 19/10/2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. 53 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAMBI, Eduardo Salomão. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. Ativismo judicial em crise. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2137, 8 maio 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12781/ativismo-judicial-em-crise> . Acesso em: 28/10/2020.

CASTRO, Marcos Faro de, apud VALLE, Vanice Regina Lório do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

COUCEIRO, Júlio. **Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite**. Âmbito Jurídico, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/principio-da-separacao-de-poderes-em-corrente-tripartite/> . Acesso em: 24/10/2020.

CUNHA, José Ricardo, **Ativismo Judicial, Limites e Possibilidades**. Disponível em: <http://www.esmarn.org.br/cursos/aperfeiçoamento> . Acessado em: 21/10/2020.
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33 ed. Ver. E at. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Ativismo Judicial e Política. **Revista Jurídica Consulex**, Seção Ciência Jurídica em Foco. Edição 307, de 30/10/2010.

GARGARELLA, 1996, Apud CRITSINELIS, Marcos Falcão. **Políticas Públicas e Normas Jurídicas**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes#:~:text=De%20ativismo%20judicial%20j%C3%A1%20se,uso%20restrito>

%20das%20algemas%20etc.&text=Para%20ele%20h%C3%A1%20ativismo%20judicial,no%20sentido%20de%20garantir%20direitos. Acesso em: 26/10/2020.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em 26/10/2020.

JUNIOR, Eduardo Monteiro Lopes. **A Judicialização da Política no Brasil e o TCU**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

JUNIOR, Faustino da Rosa, **O problema da Judicialização da Política e da Politização do Judiciário no Sistema Constitucional Brasileiro**. 2008, disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=833 . Acesso em: 16/10/2020.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. **Novos Estudos Cebrap**, n. 58, novembro de 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOTA, Pedro Vieira. Introdução. In: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MUNDIM, Leonardo. **Podem os juízes legislar?** 2020, Disponível em: <https://correioforense.jusbrasil.com.br/noticias/3040265/podem-os-juizes-legislar> . Acesso em: 10/10/2020.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: Considerações sobre o debate contemporâneo. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 17, agosto-dezembro de 2000.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas César. Crítica do Protagonismo do Poder Judiciário. O Ativismo Judicial entre Reconhecimento e Redistribuição. **Revista DIREITO E JUSTIÇA – Reflexões Sociojurídicas** – Ano XVIII – Nº 29 p 197-230 – novembro 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009.

CRIME DE ABORTO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA DA INFLUÊNCIA RELIGIOSA NA CRIMINALIZAÇÃO

ABORTION CRIME: A HISTORICAL ANALYSIS OF RELIGIOUS INFLUENCE ON CRIMINALIZATION

Cássia Ellen Costa Darin

Mario Vitor Aufiero

55

RESUMO

A questão do aborto é assunto bastante atual no cenário nacional, no entanto, é tão antigo quando a própria sociedade. Tema controverso e carregado de viés moralista, mas não moral. Em uma época onde se discute racionalmente o futuro do homem no universo, com a possibilidade de que chegue a outro planeta, a sociedade ainda se vê presa a conhecimentos de fé, sem comprovação científica. Destaque-se que em épocas passadas o aborto sequer era discutido sob o viés religioso, tampouco era considerado como crime ou pecado, segundo os textos sagrados da maior crença humana, o Cristianismo. O feto era componente do corpo da mulher e a mulher, era considerada como propriedade do marido. Logo, o aborto só era tema de debate quando praticado por um terceiro e se este fato viesse a causar prejuízo ao proprietário do bem, no caso, o marido. Ante o exposto, o presente trabalho tem como objetivo principal, analisar a influência da religião na criminalização do aborto. Para se alcançar este objetivo, traçou-se os seguintes objetivos específicos: analisar a evolução histórica da criminalização do aborto; revisar a bibliografia e jurisprudência pátria relacionada ao aborto; apresentar, de forma superficial, a questão religiosa na criminalização do aborto; apresentar o conceito de aborto como um direito da mulher; finaliza-se com as considerações finais dos autores. Como resultado, constatou-se que, que o pensamento religioso ainda é o principal entrave para a liberação do aborto e para um debate mais amplo sobre o tema. Utilizou-se a pesquisa indutiva e qualitativa, com técnicas de levantamento teórico-bibliográfico em leis, doutrinas e jurisprudências, em especial com pesquisa em artigos científicos.

Palavras-chave: Criminalização do Aborto. Influência da Religião. Direito à Livre Disposição do Corpo.

ABSTRACT

The issue of abortion is a very current issue on the national scene, however, it is as old as society itself. Controversial and charged with a moralistic bias, but not a moral one. At a time when the future of man in the universe is being discussed rationally, with the possibility of reaching another planet, society still finds itself stuck in knowledge of faith, without scientific proof. It is noteworthy that in past times abortion was not even discussed under the religious bias, nor was it considered a crime or sin, according to the sacred texts of the greatest human belief, Christianity. The fetus was part of the woman's body and the woman was considered the husband's property. Therefore, abortion was only a topic of debate when practiced by a third party and if this fact were to cause damage to the owner of the property, in this case, the husband. Given the above, the

present work has as main objective, to analyze the influence of religion in the criminalization of abortion. To achieve this objective, the following specific objectives were outlined: to analyze the historical evolution of the criminalization of abortion; review the bibliography and domestic jurisprudence related to abortion; to present, in a superficial way, the religious question in the criminalization of abortion; present the concept of abortion as a woman's right; ends with the authors' final considerations. As a result, it was found that religious thought is still the main obstacle to the liberation of abortion and to a broader debate on the topic. Inductive and qualitative research was used, with theoretical-bibliographic survey techniques in laws, doctrines and jurisprudence, especially with research in scientific articles.

Keywords: Criminalization of Abortion. Influence of Religion. Right to Free Disposal of the Body.

INTRODUÇÃO

A palavra aborto, para SANCHES (2019), significa eliminar do útero, de forma prematura, o feto ou embrião da concepção, interrompendo a gestação com a morte do feto ou embrião.

Nos dizeres de CAPEZ (2012, p. 129):

[...] aborto é a interrupção da gravidez, com a consequente destruição do produto. Consiste na eliminação da vida intrauterina. Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno.

Como se observará, entre os religiosos, impera o entendimento de que a vida se inicia com a fecundação, correspondendo a união do gameta masculino com o feminino e posteriormente com a multiplicação das células. Por sua vez, o Direito Penal adota a nidação como marco para início da proteção legal. Existe, ainda, o posicionamento firmado no STF durante julgamento da ADI 3.510, ao tratar de artigo da Lei de Biossegurança, onde ficou estabelecido que a vida se inicia com o surgimento do encéfalo e se encerra com a morte cerebral.

No ordenamento jurídico atual, o direito a vida, é garantido desde a formação embrionária, sendo resguardada a vida intra ou extrauterina. No entanto, nem sempre foi desta maneira.

Historicamente, o aborto sempre esteve presente na sociedade e, se analisado os bens jurídicos tutelados àquela época, denota-se que o que menos importava era a vida daquele que estava por nascer. Tutelava-se o direito de propriedade, o direito de sucessão, mas não a vida em potencial, até porque, entendia-se que a vida surgia com o nascimento.

Foi a partir da mudança no posicionamento adotado pela igreja católica, que houve uma modificação no entendimento do aborto, que passou a ser tratado como um pecado, incutido no mandamento bíblico “não matarás”. No entanto, como se explicará adiante, até mesmo este mandamento possuía exceção, aí estando inclusa a questão do aborto autoinduzido e o praticado por terceiros, nos casos de adultério.

O tempo avançou, mas a influência da religião ainda impera e emperra a modificação de velhos pensamentos. No Estado Brasileiro, autodeclarado laico, a influência religiosa é cristalina, e questões onde o debate é fundamental, acabam sendo silenciadas, neste grupo, inclui-se o tema do aborto.

O presente estudo pretende analisar a influência da questão religiosa na persistente criminalização do aborto, tendo como objetivo principal, comprovar que esta influência da religião ainda é o principal empecilho para a descriminalização e para um debate mais amplo sobre o tema. Para se alcançar este fim, traçou-se os seguintes objetivos específicos: analisar o panorama histórico do aborto; analisar a questão do aborto no ordenamento jurídico brasileiro; apresentar a posicionamento religioso perante a questão do aborto; apresentar a ideia do aborto como um direito da mulher, finaliza-se com as considerações finais dos autores.

Sua importância pode ser extraída da atualidade, uma vez que a criminalização do aborto acaba por causar um mal maior do que a sua liberação. Anualmente, centenas de mulheres morrem após praticarem um aborto inseguro, fato que aflige principalmente as mulheres negras e pobres, mas não exclui as mulheres brancas e de classe mais elevadas, tampouco é praticado apenas por descrentes. Como se verá, apesar de vedado, o aborto é fato comum na sociedade.

1. O ABORTO NA HISTÓRIA

Para se compreender o estado atual dos debates relacionados à criminalização ou descriminalização do aborto faz-se necessário uma análise de sua trajetória histórica,

delineando-se o tema a partir do entendimento dos povos de acordo com determinadas épocas.

Conforme esclarece fernandez (2018), existem no Antigo Egito é de onde provém o papiro Ebers, com datado de aproximadamente 1500 anos antes de nossa era, onde eram descritas receitas para interrupção da gravidez, nas quais eram feitas misturas de algumas frutas verdes como acácia, datiles e cebolas trituradas com mel. Há ainda escrito datado de 1800 anos antes de nossa era, os papiros Kahun, que sugeria a introdução de excrementos de crocodilo com mel como método anticonceptivo ou abortivo.

Max Altman (2014) destaca que povos como Índia, China ou Pérsia não tinham o aborto como um crime, mas o mesmo não ocorria com os Assírios, para quem a mera tentativa conduzia à empalação. Segundo o autor, no antigo Egito, também não havia crime de aborto, mas punia-se severamente o infanticídio.

Gadelha Sá (2016) destaca que o Código de Hamurabi não previa a incriminação do aborto, mas reprimia severamente o indivíduo que provocasse o aborto de uma mulher, prevendo o pagamento de multa ou mesmo a morte do agente causador. Destaque-se que, neste caso, não se estava resguardando o direito daquele que estava por nascer, tampouco a integridade física da gestante, mas apenas o direito de propriedade do marido sobre a mulher, que era violado diante dos danos causados à gestante que era tratada como sua propriedade.

Entre os hebreus, de acordo com GADELHA SÁ (2016), ocorria o mesmo, uma vez que buscavam reprimir apenas aos abortos praticados por terceiros, com preocupação ao prejuízo econômico do marido da vítima.

Destaque-se que não há nos escritos da época qualquer menção ao aborto auto-induzido, a contratio sensu, se não há vedação, constata-se que não seria a prática considerada um crime. Para este povo, o início da existência se dava com o nascimento vivo, de forma que, nos casos de risco à saúde e vida da grávida era perfeitamente cabível a prática do aborto.

Conforme esclarece Pereira (2017), entre os gregos não havia a criminalização do aborto, tampouco do infanticídio ou do abandono de crianças, desde que houvesse a permissão do marido ou patrão. Àquela época tinha-se como certo que os direitos jurídicos e políticos se destinavam aos homens gregos adultos e com alto status social.

Segundo ALTMAN (2014), Aristóteles afirmava que a existência como “humano” se daria a partir do 40º dia da sua concepção, se homem, e do 90º dia, se mulher.

O pensador afirmava que a escolha pelo abortamento representaria direito reservado à mulher, onde o homem não teria voz.

De acordo com GADELHA SÁ (2016), na Grécia antiga, grandes pensadores como Sócrates e Aristóteles pregavam o utilitarismo do aborto como método de controle demográfico, a fim de manter a estabilidade social e econômica.

Outro estudioso a tratar do tema foi Platão, que recomendava o aborto às mulheres com mais de quarenta anos de idade, hoje sabe-se que a gravidez a partir desta faixa etária é considerada de alto risco às gestantes, uma vez que as mulheres desta faixa etária estão mais propensas a doenças pré-existentes que complicam a gravidez, tal como pressão alta, obesidade, diabetes, dentre outras.

Como destaca GADELHA DE SÁ (2016), na Roma antiga, o abortamento era considerado um ato imoral, mas por longo período de tempo não foi criminalizado. Quando passou a ser considerado um ato criminoso, não se objetivava resguardar a vida intra-uterina, mas o direito à sucessão do marido, materializado no filho que estava por nascer. O que se comprovaria pelo fato de não haver na época a incriminação do aborto praticado pela prostituta, já que não havia um marido e, conseqüentemente, um direito a ser resguardado.

Na Idade Média, surge a ideia de corpus formatum, que diz respeito ao corpo formado e com condições para servir de receptáculo para a alma humana. Conforme destaca Tomás de Aquino: “Do mesmo modo que a alma racional, que não é transmitida pelos pais, é infundida por Deus à medida que o corpo humano está apto para recebê-la” (AQUINO, 1265 a 1273, p. 805).

Assim, o momento em que o corpo atingisse este estágio, corresponderia ao momento de nascimento da proteção do direito à vida. Com as discussões, chegou-se ao entendimento que este estágio seria atingido após 40 dias após a concepção, caso homem, ou 80 dias, caso mulher.

A contrario sensu, não haveria crime ou pecado se o aborto fosse praticado antes deste período de tempo. E assim foi até o ano de 1588, quando se passou a considerar os movimentos do ventre materno como indicativo do momento em que o aborto não seria mais aceito como legítimo.

Conforme esclarece ALTMAN (2014), é a partir das primeiras observações do gameta masculino nos primeiros microscópios, que ressurgem as teorias de que cada espermatozoide continha um ser humano completamente formado em tamanho diminuto.

Aparada, em parte, nestas ideias, em 1869, a Igreja passou a condenar o aborto sob quaisquer motivos, tornando-se uma modalidade de homicídio. No século XVIII as nações passaram a criar leis que criminalizavam a prática do aborto, seguindo este entendimento até o século XX.

A partir do início do século XX, com o aprimoramento científico e tecnológico, passou a ser possível acompanhar o desenvolvimento da vida desde o momento da fecundação, razão pela qual os conceitos de surgimento da vida foram estendidos para alcançar a fase embrionária. Contudo, quase que concomitantemente, surgem na Europa, movimentos feministas que buscavam resguardar o direito da mulher ao aborto.

1.1. A liberação do aborto pelo mundo

A primeira nação a garantir a prática do abortamento legal foi a União Soviética, fato que se deu em 1920. Os abortos eram gratuitos e liberados para qualquer mulher, desde que nos primeiros três meses de gravidez.

Conforme destaca GABRIEL (2014), a liberação do aborto foi uma decorrência das políticas introduzidas pelos bolcheviques, que buscaram garantir igualdade de direitos entre homens e mulheres. Dentre as modificações introduzidas pelos bolcheviques está a instituição do casamento civil, a possibilidade de divórcio requerido por qualquer das partes, bem como o incentivo à educação feminina e à ocupação dos mesmos postos de trabalhos que os homens, recebendo os mesmos salários.

GABRIEL (2014), explica que, para os bolcheviques, garantir igualdades de direitos possibilitaria o desaparecimento do modelo de família baseada na dependência financeira e na coerção, possibilitando o surgimento de famílias baseadas no amor livre.

Na Alemanha, o processo de liberação do aborto se iniciou com em 1926, com o abrandamento das penas para quem praticasse o abortamento. No entanto, durante o regime nazista, a repressão ao aborto retornou ao estado anterior, chegando ao ponto de condenar à morte, quando praticado por mulheres arianas. Mesmo assim, permitia-se a prática de aborto nos povos considerados “indesejados”, bem como nos casos fetos inviáveis ou com defeitos congênitos.

Foi apenas em 1972 que o abortamento até a 12 semana de gestação foi permitido na Alemanha Oriental, e em 1974 na Alemanha Ocidental. Conforme esclarece Celso Fernandes (2017), a legislação atual da Alemanha, datada de 1992, segue os mesmos

moldes, permitindo o aborto até o 3º mes de gravidez, sem necessidade de motivação, bastando o acompanhamento psicológico gratuito e o requerimento feito com 3 dias de antecedência.

A legalização do aborto no México e Polônia se deu em 1931. Em 1935, foi a vez da Islândia legalizar a prática, em 1937 da Dinamarca, e 1938 da Suécia. Destaque-se que a Islândia foi o primeiro país a legalizar o aborto voluntário, em 1935, garantindo a prática do abortamento nos casos em que a gestante não dispuser de renda ou condições mentais para se ter uma criança, desde que dentro do prazo de 16 semanas de gestação (AGENCIA PATRÍCIA GALVÃO, 2019).

2. O ABORTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, assegura a inviolabilidade do direito à vida, incutindo ao Estado a obrigação de assegurar e zelar pela vida.

Não se trata de garantia à mera subsistência, mas às condições mínimas para uma existência digna, conforme estabelecido pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, ao recordarmos da trajetória da liberação aborto na sociedade, trazemos à memória o velho questionamento: A partir de que momento surgiria a vida? Em qual momento surge a proteção do direito à vida?

O Código de Civil Brasileiro (BRASIL, 2002), em seu artigo 2º, estabelece in verbis: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Evidencia-se que o Código Civil adotou o momento da concepção, que diz respeito ao momento da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, como marca para o início da proteção do direito à vida.

De acordo com GRECO (2017, p. 187), a vida se inicia com a concepção ou fecundação, ou seja, quando o óvulo é fecundado pelo espermatozoide.

No entanto, segundo o autor “para fins de proteção por intermédio da lei penal, a vida só terá relevância após a nidação que diz respeito à implantação do óvulo já fecundado no útero materno, o que ocorre 14 (catorze) dias após a fecundação” (GRECO, 2017, p. 187). No entanto, esta proteção, conforme se verá, não é absoluta.

2.1. Modalidades de Aborto

Como forma de sistematização das modalidades de aborto, sejam eles legais ou ilegais, fora criado pela doutrina, sistema de classificação, que se embasam, fundamentalmente, na motivação que conduz ao abortamento.

Nesse ínterim, é válido citar a classificação apresentada por NUCCI (2015, p. 631), assim disposta:

- a. Aborto natural: interrupção da gravidez oriunda de causas patológicas, que ocorre de maneira espontânea (não há crime);
- b. Aborto acidental: é a cessação da gravidez por conta de causas exteriores e traumáticas, como quedas e choques (não há crime);
- c. Aborto criminoso: é a interrupção forçada e voluntária da gravidez, provocando a morte do feto ou embrião;
- d. Aborto permitido ou legal: é a cessação da gestação, com a morte do feto ou embrião permitidos por lei. Esta forma divide-se em: d.1) aborto terapêutico ou necessário: é a interrupção da gravidez realizada por recomendação médica, a fim de salvar a vida da gestante. Trata-se de uma espécie específica de estado de necessidade. d.2) aborto sentimental ou humanitário: é a autorização legal para interromper gravidez quando a mulher for vítima de estupro. Dentro da proteção à dignidade da pessoa humana, em confronto com o direito à vida (nesse caso, do feto ou embrião), optou o legislador por proteger a dignidade da mãe, que, vítima de um crime hediondo, não quer manter o produto da concepção em seu ventre, que lhe poderá trazer sérios entraves de ordem psicológica e na sua qualidade de vida futura;
- e. Aborto eugênico, eugenésico ou embriopático: é a interrupção da gravidez, causando a morte do feto ou embrião, para evitar que a criança nasça com graves defeitos genéticos. [...];
- f. Aborto econômico-social: é a cessação da gestação, causando a morte do feto ou embrião, por razões econômicas ou sociais, quando a mãe não tem condições de cuidar do filho, seja porque não recebe assistência do Estado, seja porque possui família numerosa, ou até por política estatal.

Destaque-se que foram estabelecidos nos artigos 124 a 127 do Código Penal Brasileiro, as modalidades puníveis de aborto, os quais foram incluídos no rol de crimes contra a vida.

Nesse sentido, importante citar o teor dos artigos, in verbis:

Art. 124 - Provocar Aborto em si mesmo ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Art. 126 - Provocar Aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único - Aplica-se a pena do artigo anterior se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma Qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

No artigo 128, do mesmo diploma legal, foram inseridas as modalidades de aborto permitidas pelo ordenamento pátrio, que corresponde ao aborto necessário e ao humanitário, in verbis:

Art. 128 - Não se pune o Aborto praticado por médico:

Aborto Necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no Caso de Gravidez Resultante de Estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o Aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Em 12 de abril de 2012, foi inaugurada no sistema jurídico brasileiro a liberação do aborto em caso de feto anencefálico, fato que surgiu a partir do julgamento da ADPF 54 pelo STF.

Destaque-se que na decisão em comento, não se tratou, exatamente, da descriminalização do abortamento, que remete à ideia de interrupção de uma vida em potencial, mas sim a uma aceleração de um resultado que já era certo, uma vez que um dos resultados da anencefalia é que a vida do feto não se desenvolve e, mesmo que nasça, não resistirá mais do que 24 horas.

Nesse sentido, é válido citar trecho do voto apresentado pelo Ministro da Suprema Corte Marco Aurélio Mello, durante o fatídico julgamento, segundo a qual o

juízo da ADPF não tratava da descriminalização do aborto, já que “Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida potencial. No caso do anencefálico, repito, não existe vida possível”.

Prossegue Marco Aurélio Mello, “A questão posta nesse processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencefálico – não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas”.

Como muito bem destacado pelo Ministro, a questão do aborto merece um tratamento racional e jurídico, afastando-se a influência da religiosidade, pois há que se recordar, que o Estado brasileiro é laico e as instituições Igreja e Estado, há muito, foram separadas.

No mês de março de 2019, foi protocolada ação pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, que propõe a liberação do aborto até 12 semanas de gestação.

O referido prazo não é ao acaso, possui uma justificação científica, correspondendo ao tempo necessário para o surgimento do encéfalo, área responsável pelos rudimentos da consciência. Acerca do tema, ficou estabelecido durante o julgamento da ADI 3.510, ocorrido em 29 de maio de 2008, de relatoria do Ministro Ayres Britto, que a vida se iniciaria com o surgimento do cérebro.

Necessário ressaltar que, àquela época, imperava o entendimento de que a vida surgia com a concepção, razão pela qual chegaram a considerar uma violação do direito à vida, o artigo 5º da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) – que permitia a utilização de embriões fertilizados in vitro para a pesquisa de células tronco.

Outro fato discutido à época, e que servirá como comprovação de que a existência de cérebro condiciona a existência da vida, trata-se do artigo 3º da Lei de Transplantes, que prevê a possibilidade de serem retirados órgãos, tecidos ou partes do corpo, destinados a transplantes ou tratamentos, depois de atestada a morte encefálica do indivíduo.

Nesse sentido, Pedro Lenza (2017, p. 1117) esclarece que: “O Código Penal, ao tratar da tipificação do crime de aborto, não fez nenhuma distinção em relação ao **momento da gestação** para a caracterização do delito, exigindo apenas a constatação da gravidez [...] e sua interrupção, nas hipóteses descritas nos artigos 124 a 127 do CP”

Logo, diante do conhecimento cientificamente comprovado, bem como do conceito jurisprudencialmente formado de que a vida surgiria com a formação do encéfalo

e se encerraria com sua morte, e se a principal justificativa para a vedação ao aborto seria a proteção da vida em potencial do feto ou embrião, não haveria empecilho ao reconhecimento da liberação até a 12ª semana de gestação, quando a vida ainda é inexistente, conseqüentemente, não haveria violação a direito.

Mesmo diante da evolução da ciência, o sentimento religioso ainda se apresenta como o principal entrave para a modificação deste paradigma.

Há que se convir que o Estado é movido por pessoas, que não podem ser desvinculadas de suas convicções políticas, filosóficas e religiosas. No entanto, os representantes dos Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário, não podem olvidar-se que representam não apenas seus interesses e daqueles que os colocaram no Poder, mas de toda a coletividade, independentemente de raça, classe social ou credo.

Se existe debate quanto ao surgimento da vida, os dados são claros ao evidenciar que, diante da criminalização, centenas de mulheres perdem a vida, anualmente, ao se submeterem a procedimentos inseguros para interromper a gravidez, gerando um grave problema de saúde pública, sem que o problema seja solucionado.

3. DA QUESTÃO RELIGIOSA E O ABORTO

A religião desempenhou papel fundamental no desenvolvimento da sociedade, pois representa um dos pilares que fundamentam a Ordem Social. Seus dogmas incutiram na coletividade a ideia do sagrado e do profano, do certo e o errado. Transferiu aos indivíduos os valores necessários para a convivência em grupo, o respeito mútuo.

No entanto, estas mesmas religiões foram motivo de guerras sangrentas pela simples discordância do que era mais sagrado, do que era correto segundo o seu ensinamento e errado segundo o da outra. Da mesma forma, houve grande perseguição àqueles que discutiam a necessidade de racionalização do Estado e a desvinculação da igreja e direito.

Conforme relatado alhures, a prática do aborto sempre esteve presente na sociedade, às vezes sendo punida, outras sem que houvesse qualquer tipo de reprimenda e, mesmo quando havia algum tipo de sanção à prática, eram feitas por motivações diversas, que não a suposta proteção à vida.

Punia-se pela violação ao direito de propriedade do marido, personificada pela violação ao corpo da mulher ou da prole; punia-se pela violação ao direito de sucessão do

marido. No entanto, não era punido o aborto praticado pela mulher solteira, já que não havia um marido a ter o direito a sucessão violado. Até mesmo entre os hebreus não é encontrado, em seus textos sagrados, punições que seriam impostas nos casos do aborto auto infligido, já que o direito à vida se dava com o nascimento com vida.

A partir do desenvolvimento da ciência, quando foi possível o acompanhamento do desenvolvimento da vida desde a fecundação, é que se passou a considerar a necessidade de se resguardar o direito à vida desde a concepção.

No entanto, deixou-se de lado um questionamento fundamental: e quando o direito à vida que está em risco é o da gestante? Deve prevalecer a vida em potencial do feto ou a vida já concretizada e em risco da gestante?

Segundo o entendimento de grande parte dos religiosos, a prática de qualquer modalidade de aborto é pecaminosa e deve ser estritamente proibida. De forma que, “se for da vontade de Deus”, a criança e a gestante sobreviverão, mas se um ou o outro falecerem, não há o que se fazer, pois era o que estava destinado a ocorrer.

No entanto, a mesma ciência que possibilitou o acompanhamento do nascimento da vida, possibilitou o avanço das artes médicas, de forma que a vida da gestante pode vir a ser salva. Contudo, mesmo que venham a adotar as medidas necessárias para o salvamento, médicos e gestantes se sujeitam ao risco de serem taxados como assassinos cruéis.

O mesmo moralismo que impõe críticas à mulher que pratica o aborto, é aquele que trata com insignificância o pai que pratica o abandono afetivo; é o mesmo compartilhado por aqueles que defendem a pena de morte àquelas crianças que se tornam adultas contraventoras, por terem nascido em um lar desconstruído e sem condições para o desenvolvimento sadio.

No Brasil, religião e política são intimamente ligados, mesmo que o Estado brasileiro seja auto declarado laico.

Não causa estranheza que o Congresso Nacional disponha de uma “Bancada Evangélica”, que o Ministério dos Direitos Humanos seja ocupado por uma Pastora Evangélica que fervorosamente tenta impor os dogmas de sua crença a toda a coletividade, que o Presidente da República defenda a indicação de um Ministro do STF ‘terrivelmente evangélico’, a fim de que este faça frente àqueles que defendam pautas contrárias aos ideais cristãos. Muito menos que uma ativista, outrora de causas feministas, divulgue dados de uma criança de 10 anos de idade, estuprada pelo tio – que praticaria

um aborto humanitário – para que “pessoas santificadas” fossem ao local onde o aborto seria praticado, depois de uma decisão judicial, para protestarem e tentarem coagir à vítima a não realizar o abortamento.

Como se observa, por mais que a ciência avance, os saberes de fé, ainda prosperam e são propagados mesmo àqueles que não possuem esta mesma crença, afrontando além do direito à autodeterminação, o direito da mulher à livre disposição do próprio corpo.

São muitos os movimentos que buscam a descriminalização do aborto, no entanto, todos se veem emperrados diante de um Congresso Nacional que defende não o interesse de toda a sociedade, mas daquela parcela da população que o pôs no poder, justamente, por seu viés cristão. Da mesma forma o Executivo, no momento ocupado por um chefe autodeclarado evangélico.

Ao Judiciário tem cabido a dura tarefa de fazer valer o direito de milhares de mulheres, e até mesmo crianças, evitando que tenham que conviver com o peso de uma decisão que não partiu delas, cuidando de uma criança que muitas vezes decorre de um abuso sexual, causando na vítima uma ferida que poderá nunca sarar.

3.1. Da defesa ao direito à vida

O posicionamento adotado pelos religiosos para a vedação ao aborto, que se materializa na norma penal incriminadora, é a proteção do direito à vida, que segundo o ordenamento jurídico pátrio, deve ser garantida desde a concepção – fecundação do óvulo pelo gameta masculino.

A norma, extremamente objetiva, se atentou apenas para a conduta, sem se atentar para as condições pessoais da vítima, sem valorar as motivações que a conduziram a adotar aquela medida. Pouco importa se a mulher possui condições físicas, psicológicas ou financeiras para o desenrolar da gravidez.

Da mesma forma, não é levado em conta o direito à liberdade sexual e reprodutiva da mulher, não podendo ela decidir se e quando deseja engravidar. Ademais, caberá a mulher todo o peso da gravidez, estando completamente violado o direito à igualdade de gênero.

Nesse sentido, fundamental citar trecho de voto do Ministro Ayres Britto, durante julgamento da ADPF 54-DF, ocorrido em 12 de abril de 2012, segundo o qual

“Se homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta”.

Cabe mencionar que grande parcela dos defensores da vedação ao aborto, defendem a aplicação da pena de morte e da liberação de armas de fogo à população. São, inclusive, famosos os dizeres: “é só você não matar e não roubar, que você não vai pra cadeia” ou “Você não precisa comprar uma arma se você não quiser”.

No entanto, esta mesma pergunta não pode ser aplicada quando o assunto é a liberação ou descriminalização do aborto.

Como se observa, se o crime de aborto, realmente, se tratasse de um homicídio, teria o legislador pensado na aplicação de pena mais gravoso, que não aquela prevista atualmente. Lembre-se que o crime de aborto possui pena máxima em abstrato de 3 (três) anos, o que sequer poderia causar o encarceramento da abortante.

O que se evidencia, em realidade, é que se trata de mais uma modalidade de legislação simbólica, que se faz presente apenas para transparecer a ideia de que está resolvendo o problema, quando, na realidade não tem efeitos práticos na resolução da questão e tampouco é suficiente para inibir a sua prática.

Nesse sentido, cabível citar o entendimento apresentado por José Henrique Rodrigues Torres (2017), o qual afirma in verbis:

A criminalização do abortamento, enfim, é incompatível com o sistema de proteção dos Direitos Humanos das Mulheres, constitui um instrumento ideológico de controle da sexualidade feminina, representa um mero instrumental simbólico da ideologia patriarcal, não é eficaz nem útil para a proteção da vida intrauterina, está sendo mantida com um enorme custo social, impede a implantação e efetivação de medidas realmente eficazes para o seu enfrentamento, acarreta às mulheres terríveis sequelas e morte e contraria os princípios jurídicos e democráticos de controle da criminalização.

Ainda sobre o tema, cita-se o entendimento apresentado por Lusmarina Campos Garcia, Pastora da Igreja Evangélica de Confissão Luterana no Brasil, à plataforma Universal do site UOL, em matéria produzida por Amanda Serra (2018).

Lusmarina lista três trechos bíblicos para fundamentar seu posicionamento contra a criminalização do aborto:

1º - Êxodo, capítulo 21, versículos 22 e 23: Se uma mulher fosse agredida por um homem durante uma briga e por conta disso perdesse o filho, o agressor deveria pagar uma multa ao marido dela e não com sua morte, por ter provocado o aborto -- como na

época valia a lei de talião: "dente por dente, olho por olho". Isso mostra que a vida não começa na concepção, mas somente no nascimento

2º - Em 1º Coríntios, capítulo 15, versículos oito e nove, o apóstolo Paulo refere-se de maneira metafórica a si mesmo como um aborto: 'E por derradeiro de todos me apareceu também a mim como a um abortivo. Pois sou o menor dos apóstolos e nem sequer mereço ser chamado apóstolo, porque persegui a igreja de Deus.

3º - Números, capítulo cinco, versículos 11 a 31: Se o marido desconfiasse da infidelidade da mulher, ele poderia submetê-la ao ritual da ordália (sentença divina) que consistia em obrigar a mulher a tomar água com restos de animais. Se ela abortasse, estava comprovada a infidelidade, podendo ser punida com a morte por apedrejamento. Se apenas passasse mal, não era considerado traição.

Com isso, Lusmarina destaca que o aborto não era considerado crime e tampouco pecado, uma vez que recebia tratamento diferenciado, mesmo nos textos sagrados da religião cristã. Aquela pessoa que viesse a matar alguém deveria responder perante um tribunal, o que não ocorria nos casos de aborto, em que se provocado por terceiro, este deveria pagar uma multa ao marido pelos prejuízos causados a sua propriedade (mulher) ou a seu direito de sucessão (filho). Conforme relatado alhures, não havia vedação ao aborto auto-inflingido.

A pastora destaca, ainda, que até mesmo o pecado incutido no mandamento “não matarás” comportava exceções, uma vez que não era aplicável aos inimigos de Israel, bem como às mulheres adúlteras. Além, é claro, de se poder provocar o aborto da mulher em casos de suspeita de infidelidade. Logo, nesses casos poder-se-ia matar alguém ou provocar um aborto sem que houvesse uma sanção penal, ou que se configurasse uma violação ao divino.

Destaque-se que ao se discutir a descriminalização do aborto, não se está defendendo ou aconselhando que as pessoas abortem, mas buscando garantir um tratamento sob uma ótica diversa, uma vez que, sabidamente, mesmo com a criminalização, o aborto é prática muito comum no país, mesmo entre as pessoas religiosas.

Segundo dados da Pesquisa Nacional do Aborto (2016), realizada com 2002 mulheres, entre 18 e 39 anos, 13% das entrevistadas relataram que já haviam realizado algum aborto durante a vida. O aborto era mais comum entre as mulheres de baixa escolaridade, mas também ocorria entre àquelas com grau de instrução mais elevado. Da

mesma forma, a sua incidência ocorria, quase que em mesma escala entre mulheres de diferentes religiões. A taxa de internação pós abortamento é de 48%.

Acerca do tema, Lorena Ribeiro de Moraes (2008) destaca que:

Em 2004, foram realizados 1.600 abortos legais previstos no artigo 128 do Código Penal Brasileiro, que tratam de risco de morte para a mulher e de gravidez resultante de estupro, em 51 serviços especializados do SUS (Sistema Único de Saúde), ao custo de R\$232.280,50.

No mesmo ano, ocorreram, no SUS, 243.998 internações motivadas por curetagens pós-aborto, decorrentes de abortamentos espontâneos e inseguros, orçadas em R\$35.040.978,90. Tais curetagens são o segundo procedimento obstétrico mais praticado nas unidades de internação, superadas, apenas, pelos partos normais.

Denota-se, portanto, que o aborto é assunto de interesse da Saúde Pública e não de uma questão criminal.

4. ABORTO COMO UM DIREITO DA MULHER

Durante julgamento do HC 124.306-RJ, o Ministro do STF Luis Roberto Barroso proferiu voto que acalorou o debate acerca da não criminalização do aborto até a 12ª semana de gravidez. Na ocasião, era debatida a possibilidade de desconstituição de prisão preventiva de dois médicos que praticaram aborto consentido em mulher com gestação inferior a 12 semanas. A ordem de liberação acabou sendo concedida, e o fatídico julgamento poderá conduzir a toda uma modificação no entendimento sobre o tema.

Nesse ínterim fundamental citar trechos do referido voto, assim transcritos:

É preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a

equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

Como se observa, a criminalização do aborto representa uma verdadeira violação a diversos direitos da mulher, dentre os quais está o postulado da dignidade da pessoa humana, que segundo SARLET (2004) pode ser assim conceituado:

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

Ademais, a criminalização configura uma afronta a princípios constitucionais e a tratados internacionais firmados pelo Estado brasileiro.

Como bem observa TORRES (2017), o Estado brasileiro é signatário de diversos tratados internacionais que o obrigariam a reconhecer os Direitos das Mulheres como Direitos Humanos, e como tal seriam incorporados ao nosso sistema jurídico com o status de normas constitucionais e com garantia de irrevogabilidade das cláusulas pétreas. Por conta destes tratados, o Brasil teria assumido o compromisso de garantir às mulheres o

direito à igualdade, à tolerância, à dignidade, à autodeterminação, ao controle de sua sexualidade e à livre decisão sobre o exercício da maternidade, como forma de se exercer a plena vivência de sua saúde sexual e reprodutiva, sem coerção, discriminação ou violência.

Prossegue o autor relatando que, ao firmar os referidos documentos, o Estado brasileiro já reconheceria o aborto como uma questão de saúde pública. Ademais, por conta dos Planos de Ação de Beijing e Cairo, firmados pelo Brasil, teria se instaurado uma incompatibilidade entre a criminalização do aborto e o direito às mulheres de plena assistência sanitária.

Chama atenção, ainda, para o fato de que a tipificação do crime de aborto violaria ao princípio da idoneidade, segundo a qual uma conduta deve ser criminalizada se este for um meio útil para controlar determinado problema social. No entanto, no entender do autor, esta criminalização não tem sido útil para evitar que os abortos venham a ser praticados.

Com relação ao princípio da racionalidade, Torres (2017) esclarece que para que haja a criminalização de determinada conduta, os benefícios trazidos pela norma incriminadora devem superar os custos sociais decorrentes da medida repressiva. No que tange o aborto, esclarece o autor, que a criminalização tem acarretado custos sociais muito superiores e intensos do que a prática do aborto, uma vez que, a vedação afasta as mulheres da assistência sanitária segura e conduz centenas de mulheres, principalmente as mais pobres e marginalizadas, à morte, ou para o fardo de suportar as consequências físicas e psicológicas de um aborto inseguro.

Torres (2017) chama atenção, ainda, para a violação ao princípio da subsidiariedade, segundo a qual “a criminalização somente se justifica quando não houver alternativas para o enfrentamento do problema social a ser arrastado”.

Para o autor, existem outros meios de enfrentar o problema, fora do sistema penal, cita os seguintes exemplos: políticas públicas de promoção de saúde das mulheres, no âmbito da saúde sexual e reprodutiva; efetivação de programas de planejamento familiar, educação formal e informal; capacitação de profissionais para promover o acolhimento; manutenção de estruturas sanitárias preparadas para garantir os direitos à saúde física e psicológica; acolhimento e orientação; promoção da igualdade de gênero;

enfrentamento da ideologia patriarcal; aumento do poder das mulheres na tomada de decisões sobre sexualidade e reprodução; apoio integral à maternidade; garantia de informação a respeito da sexualidade e uso dos meios de anticoncepção; e pleno acesso aos meio anticonceptivos.

Criminalizar o aborto sem a efetivação destas medidas representaria uma clara violação ao princípio da subsidiariedade.

Segundo Torres (2017), “não se deve criminalizar qualquer conduta de forma simbólica, ou seja, para fazer crer que, em razão da adoção dessa medida no plano legislativo, solucionou-se o problema que se pretendia arrostar”. Para o autor, esta criminalização tem sido mantida “com objetivo simbólico e para garantir o controle da sexualidade feminina em um sistema jurídico escrito com letra androcêntrica”.

Destaca, ainda, que “a criminalização do aborto contraria o critério democrático de que não se deve criminalizar comportamentos frequentes ou aceitos por parte significativa da população”.

Nesse sentido, entra em discussão a validade da referida norma, que segundo Habermas (1997, p.50) atuaria em dois planos: o formal, que remete à ideia de coerção e está ligado àquilo que obtém força através de procedimento juridicamente válido, seguindo processo legislativo racional; e o social, que é determinado pelo grau em que se consegue impor os seus preceitos aos membros de determinada comunidade jurídica. Logo, é possível se constatar que a norma que criminaliza o aborto detém validade formal, já que confeccionada segundo os ditames constitucionais. No entanto, no plano de validade social, padeceria de legitimidade, uma vez que os membros da comunidade não a tratariam como fundamental para a resolução do problema. Fato que se comprova faticamente, uma vez que, apesar da vedação legal, as mulheres continuam a praticar o aborto, que é fato costumeiro na comunidade.

No artigo Itinerários e métodos do aborto ilegal, DINIZ e MEDEIROS (2010) apresentam os resultados da Pesquisa Nacional do Aborto de 2010, e em sua conclusão, relatam o seguinte:

A rapidez e a facilidade com que uma mulher aciona uma ampla rede de cuidados e dispositivos para abortar é um dos sinais de como a

cultura do aborto é compartilhada entre as mulheres no Brasil. Não há como descrevê-la como uma cultura secreta, pois as semelhanças encontradas entre mulheres tão diferentes mostra que é uma cultura feminina clandestina à restrição legal, mas transmitida entre diferentes gerações.

Os números do abortamento no Brasil são indicativos de que, apesar de uma prática vedada e criminalizada, é muito comum, já que, segundo dados da Pesquisa Nacional do Aborto, realizadas em 2010 e em 2016, uma a cada cinco mulheres, até os 40 anos, já praticou um aborto durante sua vida. Das entrevistadas, aproximadamente a metade precisou ser internada para finalizar o aborto, representando um grave problema de saúde pública.

TORRES (2016) apresenta dados substanciais levantados pela OMS entre 2010 e 2014, que são de fundamental importância nos estudos relacionados ao aborto, os quais apresentamos a seguir:

- § 56 milhões de abortos (seguros e inseguros*), em média, anualmente;
- § 35 abortos a cada mil mulheres, com idade entre 15 e 44 anos;
- § A taxa de aborto é maior em regiões subdesenvolvidas;
- § São estimados cerca de 22 milhões de abortos inseguros e, aproximadamente 7 milhões de mulheres, dão entrada em hospitais com complicações por procedimento inseguro. Praticamente todos em países em desenvolvimento
- § São gastos em torno de US\$680 milhões anualmente com tratamentos de complicações por aborto inseguro
- § Quase todos os abortos seriam evitados através de educação sexual e com o uso de métodos contraceptivos eficazes.

Há que se recordar que este fenômeno ocorre com as mulheres de diferentes raças, classes sociais, faixas etárias e crença religiosa. O grande diferencial é que as mulheres de classe mais elevada conseguem realizar a prática por meios mais seguros, enquanto as de classe mais baixa tem de se submeter aos tratamentos com maiores riscos de lesões, mutilações e morte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aborto sempre esteve presente na sociedade e, só passou a ser considerado como um pecado ou um crime, a partir da modificação do entendimento da igreja católica,

motivada pelo avanço nas ciências que possibilitaram o acompanhamento da formação do organismo desde a fecundação.

A religião católica, formada segundo um regime patriarcal, sempre propagou a submissão da mulher ao homem, fazendo dela um instrumento da vontade do marido, que chegou a ser considerado seu proprietário. À mulher não era garantido sequer o direito de decidir se e quando queria procriar.

A concepção da ideia de pecado para a prática do aborto, na realidade, representa mais uma forma de a igreja propagar velhos preconceitos, de que a mulher não detém de plena autonomia, deixando de ser uma refém do marido, para ser da do feto ou embrião que fora concebido.

Muito embora a ciência tenha avançado e estabelecido critérios racionais para configuração de um ser como vivo, qual seja, a existência de um cérebro que o permita pensar e ter sensações, os saberes da fé dos religiosos ainda são impostos como verdade inquestionável, mesmo àqueles que sequer compartilham destas crenças.

Enquanto os homens discutem em que momento surge a vida, e quando ela pode ser tirada, aquelas que efetivamente podem conceber, ou as que não querem este fardo, são privadas das decisões. Em outras palavras, tem cabido às mulheres a clandestinidade, a busca no submundo da sociedade de métodos nem um pouco secretos de se interromper uma gravidez, um estado temporário que pode lhes render consequências para toda uma vida.

Como se observa, a influência religiosa ainda é a principal barreira para a descriminalização do aborto. Intransigíveis, não aceitam o debate e exigem de seus representantes políticos, sem debate algum, vedem qualquer modalidade de aborto. A sociedade também não é chamada a opinar, cabendo a um grupo de indivíduos, em sua grande maioria homens, decidirem pela criação dos atos que regerão toda a sociedade.

Enquanto isso as mulheres, mesmo as religiosas, continuam a praticar o aborto, demonstrando-se que a criminalização não é a solução.

É visível que a resposta não está em prender ou intimidar às mulheres com o temor do cárcere, uma vez que a prisão sequer pode vir a acontecer, levando-se em consideração a pena abstratamente prevista para o delito de autoaborto, por exemplo.

Há que se lembrar que o Direito Penal é ultima ratio, só devendo ser acionado quando todas as alternativas houverem falhado. Ademais, a criminalização só se justifica

quando for meio idôneo para controlar determinada conduta e se os benefícios trazidos pela norma incriminadora forem superiores aos danos por ela causados.

Portanto, denota-se que não será através de uma norma penal incriminadora que se resolverá a questão do aborto. Faz-se necessário a garantia de igualdade de direitos entre homens e mulheres, a promoção da educação feminina, para que possam ocupar os mesmos postos de trabalhos que os homens, garantindo-se igualdade salarial, a fim de se eliminar o fator dependência financeira; são necessárias políticas públicas de educação sexual, de oferecimento de métodos contraceptivos, auxílio integral à maternidade, para aquelas que optarem em prosseguir com a gravidez e não tiverem condições.

A descriminalização do aborto representa o reconhecimento de seu direito constitucionalmente garantido à dignidade da pessoa humana, da qual decorre o direito à autodeterminação, ao controle de sua sexualidade e à livre decisão sobre o exercício da maternidade, como forma de se exercer a plena vivência de sua saúde sexual e reprodutiva, sem coerção, discriminação ou violência.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA PATRICIA GALVÃO. **Os 15 primeiros países que legalizaram o aborto**. 31 jan. 2019. Disponível em: <https://agenciapatriciagalvao.org.br/mulheres-de-olho/os-15-primeiros-paises-que-legalizaram-o-aborto/>. Acesso em: 15 maio 2020.

ALTMAN, Max. **1935 – Istlandia se torna primeiro país a legalizar aborto por motivos médicos e sociais**. HCSM. Jan. 2014. Disponível em: <http://www.revistahcsm.coc.fiocruz.br/1935-islandia-se-torna-primeiro-pais-a-legalizar-aborto-por-motivos-medicos-e-sociais/>. Acesso em 15 maio 2020.

AQUINO, Tomás de. (1265 a 1273). **Suma Teológica** (p. 805). Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de abr. 2020.

_____. **Decreto lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940** (Código Penal). Brasília, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm – acesso em: 10 de abr. 2020.

_____. Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança; Lei de Engenharia Genética. Diário Oficial da União, Seção 1, de 28/03/2005, Página 1; Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11105-24-marco-2005-536209-publicacaooriginal-26498-pl.html>. Acesso em 10 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 054/DF. Relator: Marco Aurélio Mello – Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 12 abr. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 10 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF. Relator: Carlos Ayres Britto – Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 28 maio 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 10 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306/RJ. Relator: Luís Roberto Barroso – Primeira Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30 abr. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 10 maio 2020.

CALGARO, Fernanda; MAZUL, Guilherme. **Bolsonaro diz que vai indicar ministro ‘terrivelmente evangélico’ para STF**. G1, Globo. 10 jul. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/google/amp/politica/noticia/2019/07/10/bolsonaro-diz-que-vai-indicar-ministro-terrivelmente-evangelico-para-o-stf>. 20 maio 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (art. 121 a 212) / Fernando Capez. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COLETTA, Ricardo Della. **Dameres Alves, a militante antiaborto alçada a pastora de Bolsonaro na Esplanada**. El País, Brasil. 07 dez. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/12/06/politica/1544130330_946126.html. Acesso em: 20 maio 2020.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna**. Ciência e Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, v. 15, supl. 1, p. 959-966, jun. 2010. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/8215>. Acesso em 10 maio 2020.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de aborto 2016**. Revista Ciência e Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/31828>. Acesso em 10 maio 2020.

FERNANDES, Celso. **A questão do aborto na Alemanha**. Batatolandia. 14 fev. 2017. Disponível em: <https://www.batatolandia.de/blog/sociedade/a-questao-do-aborto-na-alemanha>. Acesso em 20 maio 2020.

FERNANDEZ, Alexandre. **O aborto na antiguidade**. Esquerda Diário, 25 de jun. 2018. Disponível em: <https://www.esquerdadiario.com.br/O-aborto-na-antiguidade>. Acesso em: 08 maio 2020.

GABRIEL, Ruan De Souza. **União Soviética foi pioneira nos direitos das mulheres, diz historiadora**. Época, maio 2014. Disponível em: <https://epoca.globo.com/ideias/noticia/2014/05/uniao-sovietica-foi-pioneira-nos-bdireitos-das-mulheresb-afirma-historiadora-americana.html>. Acesso em: 16 maio 2020.

GADELHA DE SÁ, André Beltrão. **Evolução Histórica do Aborto**. Conteúdo Jurídico, 30 ago. 2016. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47418/evolucao-historica-do-aborto>. Acesso em: 07 maio 2020.

GARCIA, Lusmarina Campos. [Entrevista concedida a] Amanda Serra. Religião e o Aborto: Conheça os fiéis que defendem o direito da mulher de interromper uma gravidez no Brasil. **Universa**, UOL, 02 ago. 2018. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/especiais/aborto-x-religiao/>. Acesso em: 20 maio 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco. – 14. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GREFF, Camila. **Sara Winter expõe criança de 10 anos abusada pelo tio**. MBL NEWS. 16 ago. 2020. Disponível em: <https://mblnews.org/nacional/sara-winter-expoe-crianca-de-10-anos-abusada-pelo-tio>. Acesso em 2- maio 2020.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. V. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; 1997.

MORAIS, Lorena Ribeiro de. **A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde da mulher**. Brasília, Senatus, v. 6, n.1, p. 50 - 58, maio 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/131831>. Acesso em: 07 maio 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** / Guilherme de Souza Nucci – 11. ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEREIRA, Fabrício. **Estudo sobre a legalização do aborto**: prós, contras e a quem compete decidir acerca da descriminalização. Jusbrasil. 31 de out. 2017. Disponível em: <https://fabriciopereiraak.jusbrasil.com.br/artigos/516140991/estudo-sobre-a-legalizacao-do-aborto-pros-contras-e-a-quem-compete-decidir-acerca-da-descriminalizacao?ref=serp>. Acesso em: 08 maio 2020.

SANCHES, Ademir Gasques. **A descriminalização do aborto no Brasil**. Conteúdo Jurídico. 11 abr. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52796/a-descriminalizacao-do-aborto-no-brasil>. Acesso em: 20 maio 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

SOUZA, Naiana Zaiden Rezende. **Em defesa da moral cristã?** fundamentos e justificativas da bancada evangélica nos projetos de lei antiaborto. Teoria e Cultura – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais – UFJF. 20 dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/TeoriaeCultura/article/view/12412>. Acesso em 20 de maio 2020.

TORRES, José Henrique Rodrigues. **A criminalização do aborto é inconstitucional**. Jusbrasil. 25 nov. 2016. Disponível em: <https://portal-justificando.jusbrasil.com.br/noticias/408879936/a-criminalizacao-do-aborto-e-inconstitucional?ref=feed> - Acesso em 13 de mar. 2020.

UMA ANÁLISE DA (IN) EFICÁCIA DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO: O IMPACTO DAS ARMAS DE FOGO E OS HOMICÍDIOS DOLOSOS NA CIDADE DE TABATINGA/AM

AN ANALYSIS OF THE (IN) EFFECTIVENESS OF THE DISARMAMENT STATUS: THE IMPACT OF FIREARMS AND HARMFUL HOUSES IN THE CITY OF TABATINGA / AM

Davi Barbosa de Azevedo

Arlindo Correa de Almeida

80

RESUMO

O presente trabalho trata de pesquisa realizada acerca da (in) eficácia do Estatuto do Desarmamento, especificamente, sobre o uso de armas de fogo na prática de homicídios dolosos na cidade de Tabatinga-AM. A pesquisa tem como objetivo geral, responder à seguinte questão problema: estaria o Estatuto do Desarmamento sendo eficaz na redução dos crimes dolosos contra a vida, tais como homicídios praticados com armas de fogo, na cidade de Tabatinga? Para se alcançar o fim almejado, traçou-se os seguintes objetivos específicos: Analisar e comparar os números de homicídios dolosos praticados com o uso de armas e apreensões de armas de fogo, ocorridos na cidade de Tabatinga/AM, nos anos de 2018 e 2019; e comparar os dados coletados nos anos acima com o 1º semestre de 2020, visando constatar se as armas de fogo são os principais instrumentos utilizados para a prática de crime de homicídio doloso na cidade de Tabatinga/AM. Os resultados evidenciam que a resposta à pergunta-problema é negativa, uma vez que, analisados os dados estatísticos dos últimos dois anos, constatou-se que, na realidade, houve um crescimento no número de casos de homicídios praticados com armas de fogo, demonstrando que a existência da Lei não inibiu a prática delitiva, tampouco causou grandes empecilhos ao acesso a armas de fogo, o que pode ter implicado significativamente no aumento de casos de homicídios. Utilizou-se a pesquisa indutiva e qualitativa, com técnicas de levantamento teórico-bibliográfico em leis, doutrinas e jurisprudências, além de pesquisa em documentos, artigos científicos e páginas da internet. A violência é um dos problemas mais graves na América Latina e o uso de armas de fogo é considerado o principal instrumento responsável pela maioria das mortes intencionais, tanto que no ano de 2016, o Brasil conquistou o 1º lugar no ranking mundial, em números absolutos de mortes decorrentes do uso de armas.

Palavras Chaves: Estatuto do Desarmamento. Armas de Fogo. Homicídio Doloso.

ABSTRACT

The present work deals with research carried out on the (in) effectiveness of the Disarmament Statute, specifically, on the use of firearms in the practice of intentional homicides in the city of Tabatinga-AM. The general objective of the research is to answer the following problem question: would the Disarmament Statute be effective in reducing willful crimes against life, such as homicides committed with firearms, in the city of Tabatinga? To achieve the desired end, the following specific objectives were outlined: Analyze and compare the numbers of intentional

homicides committed with the use of weapons and firearms seizures, which occurred in the city of Tabatinga / AM, in the years 2018 and 2019; and to compare the data collected in the years above with the 1st semester of 2020, aiming to verify if firearms are the main instruments used for the crime of intentional homicide in the city of Tabatinga / AM. The results show that the answer to the problem question is negative, since, analyzing the statistical data of the last two years, it was found that, in reality, there was an increase in the number of homicides committed with firearms, demonstrating that the existence of the Law did not inhibit the criminal practice, nor did it cause great obstacles to access to firearms, which may have significantly implied in the increase in homicide cases. Inductive and qualitative research was used, with theoretical-bibliographic survey techniques in laws, doctrines and jurisprudence, in addition to research in documents, scientific articles and internet pages. Violence is one of the most serious problems in Latin America and the use of firearms is considered the main instrument responsible for the majority of intentional deaths, so much so that in 2016, Brazil won the 1st place in the world ranking, in absolute numbers deaths from the use of weapons.

Keywords: Disarmament Statute. Firearms. Willful homicide.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem como objetivo maior, a partir de dados quantitativos coletados por meio de inquéritos policiais, constatar se as armas de fogo são os principais instrumentos utilizados na prática de homicídios dolosos na cidade de Tabatinga/AM, bem como demonstrar se há ou não eficácia a aplicação da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, conhecida como Estatuto do Desarmamento, em coibir o acesso ilegal às armas de fogo na região da tríplice fronteira, ocasionando um crescente índice de homicídios dolosos perpetrado por esse instrumento na cidade.

Para se alcançar o fim almejado, foram traçados os seguintes objetivos específicos: Analisar e comparar os números de homicídios dolosos praticados com o uso de armas e apreensões de armas de fogo, ocorridos na cidade de Tabatinga/AM, nos anos de 2018 e 2019; Assim como, comparar os dados coletados nos anos acima com o 1º semestre de 2020.

A violência contra a vida se constitui um dos problemas mais graves na América Latina e o uso de armas de fogo é considerado o principal instrumento responsável pela maioria das mortes intencionais, tanto que no ano de 2016, o Brasil conquistou o 1º lugar no ranking mundial, em números absolutos de mortes decorrentes do uso de armas, conforme estudo publicado pelo The Global Burden of Disease 2016, órgão da Organização Mundial da Saúde que pesquisa as causas de mortes pelo mundo.

No ano de 2019, conforme reportagem produzida pelo jornal Acrítica (2019), o Estado do Amazonas foi palco de disputa por territórios entre facções criminosas, principalmente na cidade de Manaus, após o rompimento entre as facções Família do Norte (FDN) e Comando Vermelho (CV), estendendo-se até a cidade de Tabatinga/AM, onde passou a conviver com constantes confrontos armados, elevando o índice de criminalidade.

A hipótese é de que a ineficácia do Estatuto do Desarmamento contribui para um maior número de armas de fogo irregulares em poder de criminosos, acarretada pela falta de fiscalização mais efetiva e leis mais rigorosas, haja vista que as penas previstas no Estatuto para aqueles indivíduos que insistem adquirir armas de forma irregular são brandas.

A chamada rota do Solimões, localizada na tríplice fronteira (Brasil, Peru e Colômbia), iniciando-se pela cidade de Tabatinga/AM, a 1.105 km em linha reta da capital Manaus, cidade gêmea com Letícia/Colômbia e fazendo fronteira fluvial com a ilha de Santa Rosa/Peru, tem estimulado a disputa por território na região pelas principais facções do país, que migraram para esta cidade se aliando às locais em busca de somarem forças para manter o monopólio do tráfico de droga, em razão da proximidade com países conhecidamente como produtores de cocaína.

Por outro lado, o avanço das políticas públicas de enfrentamento à criminalidade, tendo como destaque a aprovação do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003), teve como objetivo diminuir e restringir a circulação de armas de fogo em todo território nacional. No entanto, passada mais de uma década da entrada em vigor da Lei 10.826/03, estudos apontam para um crescimento na escalada de violência armada no país, contrariando o principal objetivo do Estatuto, que era a diminuição de crimes relacionados ao uso da arma de fogo.

Desta forma, o grande número de armas de fogo em posse de grupos criminosos, principalmente na região de fronteira, estimulados pelo monopólio do tráfico internacional de drogas, tem ocasionado um aumento expressivo e preocupante de crimes contra a vida, especificamente, homicídios dolosos, na cidade de Tabatinga/AM.

A eficácia do Estatuto do desarmamento, como principal política pública de enfrentamento e restrição às armas de fogo, poderá ser questionado dado ao fácil acesso a esses armamentos na ilegalidade e a consequente circulação de armas de fogo na

sociedade, contribuindo para um aumento, sem precedentes, do número de homicídios dolosos em nosso país.

Nesse sentido, é de grande importância para a comunidade em geral que se busquem soluções plausíveis e eficazes de modo a obter resultados relevantes com uma maior eficiência na busca pela diminuição do índice de crimes praticados por armas de fogo, mesmo nas áreas mais remotas.

Desta forma, o presente estudo irá fazer uma abordagem sobre o Estatuto do Desarmamento, posse e porte de arma de fogo, além de apresentar dados estatísticos da cidade de Tabatinga/AM, visando responder o seguinte questionamento: o Estatuto do Desarmamento tem sido eficaz para reduzir os homicídios dolosos na cidade de Tabatinga/AM, ora praticados com o uso de armas de fogo?

1 A HISTÓRIA DA CRIAÇÃO DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

A discussão sobre armas de fogo no mundo é sempre um assunto polêmico e não seria diferente no Brasil, sendo acirrada ainda mais com a promulgação da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, conhecida, popularmente, como Estatuto do Desarmamento, o qual em sua redação vetou muitas possibilidades de acesso às armas de fogo pelas vias legais para o cidadão, ora, não impedindo, por outro lado, que criminosos tivessem acesso a esses instrumentos por meios ilegais.

No ano de 2003, mediante pressão de ONGs e grande parte da mídia, o Congresso Nacional aprovou a Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, com o argumento de que reduzindo a circulação de armas de fogo e estabelecendo sanções penais para quem descumprisse o que estava previsto na referida lei, diminuiria os crimes praticados por armas de fogo no país.

Ocorre que o texto do Estatuto do Desarmamento foi bastante controverso, sendo objeto de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, devido seu caráter extremamente restritivo, ao ponto de suprir direitos fundamentais como o da segurança e da liberdade.

Nas palavras de FACCIOLLI, (2010, p. 19), a “Pressão intensa da mídia e de ONGs promovem a ilusão de que a proibição da venda e da restrição ao porte de arma de fogo poderia acabar com a violência que domina os grandes centros urbanos”. De fato, o

recém-aprovado Estatuto não recebia respaldo popular, ficando evidenciado no referendo de 2005.

Visando diminuir o índice de criminalidade relacionada ao uso de arma de fogo no país, a nova Lei do Sistema Nacional de Armas (SINARM) ultrapassou os limites admitidos da harmonia e coerência, conforme ilustrou FACCIOLLI (2010, p. 11):

A nova lei do Sinarm, elaborada em meio a pressões de entidades governamentais, não foi edificada com imparcialidade em obediência aos imperativos constitucionais de construção legislativas. Em diversas passagens cria imbróglios, obstaculizando a sua completa compreensão. Não bastasse tratar-se de lei extravagante, ultrapassou os limites admitidos da harmonia e coerência.

A Lei 10.826/03 trouxe em seu escopo, precisamente no artigo 35, a previsão de um referendo, para saber a opinião da população acerca da proibição ou não do comércio de armas de fogo e munição em todo território nacional, o qual foi realizado em outubro do ano de 2005, trazendo a seguinte questão “O comércio de arma de fogo e munição deve ser proibido no Brasil?” Ora, para a surpresa do governo, a resposta vencedora e proclamada pelo TSE foi “NÃO”, ou seja, a população rejeitou a ideia de proibir o comércio de arma e munição no país.

Tal resultado é explicável pelo fato desta legislação possuir um caráter extremamente restritivo, suprimindo o direito do cidadão de possuir arma em casa ou de transportá-la, extirpando o direito de escolha do cidadão em obter mais uma alternativa de defesa, frente a um estado inoperante na questão de prover a segurança pública e diminuir os altos índices de violência urbana.

Nas palavras de FACCIOLLI (2010, p. 331), a intenção do legislador é clara em obter um verdadeiro desarmamento civil:

A intenção do legislador foi clara: desarmar as faixas etárias com idade inferior a 25 anos de idade por acreditar que, com esta medida reduziria os níveis de violência e homicídios no Brasil; A idade – 25 anos- por si só não pode ser usada como termômetro para avaliar o grau de maturidade ou de responsabilidade do cidadão.

Conforme o enunciado, a intenção do legislador foi de restringir o acesso à arma de fogo aos menores de 25 anos de idade. Por outro lado, o autor chama atenção a esta nova modalidade de maioridade trazida pelo Estatuto, sendo em suas palavras “oblíqua e inconstitucional”.

No entendimento de GOMES e OLIVEIRA (2002, p. 72), “A evolução do tratamento jurídico penal da matéria sempre foi marcada por uma ideia de necessário controle sobre tais coisas”, o que gera de certa forma, uma insegurança jurídica, visto que a legislação pertinente a regular o porte e posse de arma de fogo vem sofrendo modificações ao longo do tempo.

O assunto sobre o controle de armas de fogo no país ganhou novo destaque no cenário político, sendo uma das principais promessas de campanha do presidente Jair Bolsonaro, o qual visava facilitar o acesso à arma de fogo pela população, desburocratizando o porte e a posse, como forma de garantir direitos basilares aos cidadãos, tais como o da segurança, autodefesa, liberdade e a defesa de sua propriedade.

2 CONTEÚDO DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO

A Lei 10.826/03 trouxe regras para o cidadão que tenha interesse em adquirir arma de fogo, assim como os requisitos necessários para a obtenção da posse e do porte, este como medida excepcional, além de dispor sobre registro, comercialização de arma de fogo e munição, definição de crimes e sobre o Sistema Nacional de Armas (SINARM).

O Estatuto do Desarmamento trouxe uma espécie de desarmamento civil, isso pelo fato de ter restringido quase que ao máximo a aquisição de arma de fogo, devido aos requisitos objetivos e subjetivos elencados no art. 4º da lei 10.826/03. Vejamos:

Art. 4º. Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos:

I - Comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos;

II - Apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa;

III - comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei.

É preciso esclarecer que o porte e o Certificado de Registro de Arma de Fogo somente serão expedidos pela Polícia Federal se, antes, o interessado tiver a autorização

dada pelo SINARM, devendo cumprir os requisitos do art. 10º cumulados com os elencados no art. 4º da referida Lei. Mas, em que consiste declarar efetiva necessidade de portar a arma de fogo em uma sociedade com altas taxas de violência urbana?

Nesse sentido FACCIOLLI (2010, p. 80) questiona:

Quais os critérios a serem utilizados para avaliar a efetiva necessidade em se conceder a autorização para compra de uma arma, em meio a uma sociedade cada vez mais violenta e insegura? Fica difícil definir critérios que sejam equânimes (ou pelo menos justos) para abranger a presente previsão.

86

Fica claro que efetiva necessidade se trata de hipótese subjetiva, ficando a cargo do examinador o juízo de conveniência quanto à autorização e concessão do porte, podendo segundo a sua discricionariedade recusar a solicitação.

O Estatuto do Desarmamento trouxe a competência do Sistema Nacional de Armas (SINARM), o qual foi instituído no Ministério da Justiça, que ao lado da Polícia Federal possui circunscrição em todo o território nacional, e cuja finalidade é manter registrado o cadastro das armas que são vendidas e produzidas no país, assim como o registro das autorizações de porte de arma de fogo, dentre outras.

Da Arma de Fogo

O conceito de arma é extenso, podendo ser qualquer objeto que venha ter um poder de ofensividade ou defesa, ou mesmo, aqueles objetos que desde a sua criação já venham com a finalidade de causar impacto devido a sua ofensividade, como é o caso da arma de fogo, que poderá ser usada como defesa ou ataque, possuindo uma ofensividade natural desde a sua essência.

Nas palavras de FRAGOSO (1971, p. 76), arma “é o instrumento em condições de ser utilizado ou que pode a qualquer instante ser posto em condições de ser usada para o ataque ou a defesa”. Por sua vez, o conceito trazido por SILVA (2000, p. 77) é de que “a ofensividade é natural da arma, ou seja, a qual se considera por si mesma, devido a sua fabricação e pela sua finalidade de construção”.

Desta forma, arma de fogo será um artefato capaz de disparar um ou mais projéteis em alta velocidade por meio de um cano, devido a uma propulsão provocada

pela expansão de gases resultantes da queima de pólvora, arremessada em alta velocidade, podendo ser acionado por um gatilho, como é o caso do revólver ou da pistola automática.

Inicialmente, o Estatuto do Desarmamento, foi regulamentado pelo decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004, o qual dispõe sobre o registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM e definição de crimes, no entanto, o atual Presidente, Jair Bolsonaro, visando cumprir promessa de campanha realizada durante a corrida presidencial de 2018, editou uma série de decretos referentes à questão arma, com intuito de facilitar o registro, porte e a posse de arma de fogo. Consequentemente, após 15 anos de vigência, o decreto nº 5.123/04 foi revogado pelo decreto nº 9.785, de 07 de maio de 2019, que por sua vez foi revogado pelo decreto 9.844, de 25 de junho de 2019. Ocorre que neste mesmo dia, o presidente revogou o decreto 9.844/19 e ainda editou o decreto nº 9.847 e o decreto nº 9.845, ambos datados do dia 25 de junho de 2019.

O decreto nº 9.845, de 25 de junho de 2019, regulamentou a Lei 10.826/03 com o objetivo de estabelecer regras e procedimentos para a aquisição, o cadastro, o registro e a posse de armas de fogo e de munição, trazendo em seu escopo um novo conceito quanto ao tipo de arma de fogo, diferenciando-as como de uso permitido, restrito e proibido. O art. 2º do referido decreto, além de trazer a diferenciação quanto ao tipo de arma de fogo, trouxe ainda um aumento no calibre de uso permitido, ou seja, permitiu um aumento na energia produzida pelo projétil na saída do cano de prova em até 1.620 joules para as armas de porte e as portáteis de alma lisa ou raiada, classificando-as como de uso permitido e as que ultrapassarem esse limite serão classificadas como de uso restrito.

Sendo assim, com a edição desses novos decretos houve um aumento na validade do Certificado de Registro de Arma de Fogo de 05 para 10 anos e um aumento no calibre das armas de fogo, que antes eram consideradas de uso restrito e agora passam a ser consideradas de uso permitido.

Os requisitos necessários para a aquisição de arma de fogo estão previstos no Art. 4º da Lei 10.826/03, sendo necessário que além de declarar uma efetiva necessidade, comprove idoneidade apresentando certidões negativas no âmbito Federal, Estadual, Militar e Eleitoral, e ainda, ocupação lícita e residência certa, comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, comprovar que não responde a inquérito policial ou a processo criminal e apresentar comprovante de residência.

Sendo assim, é de competência da Polícia Federal, juntamente com o SINARM, analisar e autorizar os requerimentos para aquisição de arma de fogo em todo território nacional.

Da Posse de Arma de Fogo

O art. 5º do Estatuto do Desarmamento ilustra que o Certificado de Registro de Arma de Fogo, com validade em todo o território nacional, possibilita o seu proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência desses, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa. Nota-se que no enunciado apresenta o conceito da posse, ou seja, posse é o registro e autorização para comprar e ter arma de fogo e munição do mesmo calibre em local específico, do qual seja proprietário ou local de trabalho que seja o responsável legal devidamente comprovado.

Segundo FACCIOILLI (2015, p. 107), “A arma, deve, portanto, permanecer depositada em local abrigado, seja ele casa ou outro local onde o proprietário, comprovadamente esteja residindo ou trabalhando”.

A posse é permitida aos cidadãos no Brasil desde que preencham os requisitos previstos na Lei 10.826/03, ocasião em que poderão solicitar a aquisição do armamento e registrá-lo em órgão competente, quando então, terá o direito de possuí-la, porém, não lhe dará a permissão de portar/andar com a arma de fogo, pois o porte é vedado aos cidadãos, sendo autorizado apenas para os casos previstos em legislação própria ou para os indicados no o artigo 6º da Lei 10.826/03.

Concernente ao crime de Posse Irregular de Arma de fogo de Uso Permitido, este se configura quando a pessoa possui ou guarda uma arma de fogo, bem como munição ou acessórios de uso permitido em sua residência ou local de trabalho de que seja o titular ou responsável legal em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Vejamos o que dispõe o art. 12 da Lei nº 10.826/2003:

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:
Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Conforme exposto acima, esse dispositivo trata-se de crime tipificado pelo Estatuto do Desarmamento, o qual prevê sanção com pena de detenção de até 3 anos e multa, significando que caso o cidadão seja enquadrado nesse artigo terá a possibilidade de responder em liberdade mediante pagamento de fiança.

A própria Lei traz um rol exaustivo de verbos dentre os quais tenta abarcar o máximo de hipóteses dos crimes de Porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Permitido, conforme se verifica abaixo:

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

A doutrina nos alerta quanto à intenção do legislador em abranger o máximo de hipóteses de configuração do crime, nas palavras de FACCIOLLI (2010, p. 220):

Não temos a menor dúvida de que a intenção do legislador foi a de esgotar, ao máximo, o rol de ações passíveis de enquadramento penal, com o fito de intimidar criminosos e pessoas que usam de forma indiscriminada e sem controle armas, munições ou acessórios.

Conforme decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1451397/MG, julgado em 15/09/2015, para que o crime de Posse/Porte Ilegal de Arma de Fogo fique caracterizado é necessário que a arma de fogo seja eficiente para produzir disparos, ou seja, que tenha potencial ofensivo atestado na perícia, caso contrário, à conduta será atípica, e nesse caso, o agente não estará incidindo em prática criminosa.

Do Porte de Arma de Fogo

O porte de arma de fogo é a autorização para o cidadão andar armado em local fora da sua residência ou transportá-la junto ao corpo de um lugar para o outro. O porte é reservado a agente de segurança pública, membros de forças armadas, policiais, dentre outros, conforme o art. 6º da Lei 10.826/03, os quais terão direito ao porte por meio de suas respectivas instituições para desempenho de suas atividades funcionais. Sendo

assim, é evidente que o porte de arma de fogo é medida excepcional, visando restringir a circulação de arma de fogo nas ruas.

Segundo FACCIOILLI, (2010, p. 117) “A autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido é ato sujeito ao preenchimento dos requisitos legais e a um juízo favorável de conveniência e oportunidade por parte de Administração”. Nota-se que o porte de arma de fogo, em regra, tem caráter excepcional, precisando o interessado preencher os requisitos elencados no Estatuto, visando sua concessão pela Polícia Federal após autorização do SINARM. Vejamos o que traz o artigo 10º da Lei 10.286/03:

Art. 10. A autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido, em todo o território nacional, é de competência da Polícia Federal e somente será concedida após autorização do Sinarm.

§ 1º A autorização prevista neste artigo poderá ser concedida com eficácia temporária e territorial limitada, nos termos de atos regulamentares, e dependerá de o requerente:

I – Demonstrar a sua efetiva necessidade por exercício de atividade profissional de risco ou de ameaça à sua integridade física;

II – Atender às exigências previstas no art. 4º desta Lei;

III – Apresentar documentação de propriedade de arma de fogo, bem como o seu devido registro no órgão competente.

Ora, percebe-se por este dispositivo que a autorização para o porte é precária e limitada, uma vez que terá de ser renovada após determinado tempo. Por outro lado, essa autorização poderá ser cancelada se o cidadão descumprir os atos regulamentares. É o que nos traz o parágrafo 2º do art. 10º da referida Lei, que dispõe sobre a possibilidade de perda da autorização de portar a arma de fogo, caso seja detido ou abordado em estado de embriaguez ou sob efeito de substâncias químicas ou alucinógenas.

O artigo 16º da referida Lei trata das hipóteses de crime de posse e porte Ilegal de Arma de Fogo de Uso Restrito ou Proibido, fazendo referência aos armamentos, munições e acessórios, dentre os quais o legislador previu uma sanção maior, ou seja, com pena que ultrapassa os quatro anos de reclusão, excluindo a possibilidade de arbitramento de fiança pela autoridade policial.

Destarte, pratica o crime de Porte Ilegal de Arma de fogo quem tiver transportando ou possuir arma de fogo fora de sua residência ou local de trabalho de que seja titular ou representante legal. Não obstante, o cidadão comete o crime mesmo tendo autorização para a posse desse armamento, visto que a posse é insuficiente para autorizar o deslocamento da arma de fogo, ou seja, a posse não autoriza o cidadão a andar armado.

3 DA (IN) EFICÁCIA DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO NA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE

A Lei 10.826/03 foi motivo de diversos estudos quanto à sua eficácia ao longo desses anos em que vigora. De um lado, os que defendem que a arma de fogo em posse do cidadão seria uma proteção a mais contra a violência, destacando que o infrator pensaria duas vezes antes de cometer um crime. Outros defendem que a disponibilidade de arma de fogo é o principal elemento propiciador de suicídios, homicídios e assassinatos em massa, por isso, passaram a alertar para a criação de leis mais rígidas com intuito de restringir o acesso à arma de fogo.

Segundo SILVA (2009, p. 198-199), o direito fundamental à vida, como direito de existência, consiste no direito de lutar pelo viver, de defender a própria vida, razão pela qual a legislação penal considera legítima a defesa contra qualquer agressão à vida. Nesse entendimento, o Estatuto veio limitar o direito da legítima defesa por parte do cidadão, pois se criaram critérios limitando ao máximo o acesso legal a arma de fogo, enquanto o criminoso continua tendo facilidade em adquirir armamento na ilegalidade.

O ativista BARBOSA (2017, p. 1), em entrevista ao Jornal Opção, na defesa do PL 3722/2012 e os motivos para se defender o direito de a população escolher se quer ou não se armar para defesa pessoal, aclarou que a pessoa que mostrar interesse em ter uma arma de fogo tem de fazer um treinamento mínimo para saber como utilizar esse armamento, devendo, inclusive, ser aprovado em um curso de tiro. Ao contrário, é claro, do criminoso que não precisa cumprir nenhum requisito para ter acesso a uma arma de fogo na ilegalidade, podendo adquiri-la sem nenhum temor, visto que a punição estatal, quando se consegue punir, é muito branda, transparecendo uma sensação de que o crime compensa.

Neste raciocínio, NUCCI (2009, p. 78) ressalta o fato de o Estatuto alcançar apenas o cidadão de bem, enquanto o criminoso continuará armado:

Não temos a ilusão de que o controle estatal impedirá a ocorrência de crimes em geral, afinal, seria ingênuo imaginar que a marginalidade compra armas de fogo em lojas, promovendo o devido registro e conseguindo o necessário porte.

Entretanto, não há dúvidas que se faz necessário um controle estatal das armas de fogo em circulação no país, porém, a doutrina diverge quanto à eficácia de um Estatuto

em reduzir os crimes relacionados à arma de fogo, muito embora, tenha sido um grande avanço da legislação brasileira, a criação da Lei 10.826/03, visando à diminuição de crimes ligados ao uso desse artefato, como foi enfatizado em um manifesto elaborado por 56 pesquisadores com apoio de vários institutos e entidades repudiando uma possível revogação do Estatuto do Desarmamento por meio do PL 3722/12, em trâmite na Câmara dos deputados, destacando que, caso ocorresse o relaxamento do Estatuto do Desarmamento, no que tange ao controle do acesso às armas de fogo, implicaria em mais mortes e ainda mais insegurança no país.

Apreensões e Mortes por Arma de Fogo na cidade de Tabatinga/AM

Na região do tríplice fronteira entre Brasil, Peru e Colômbia, situa-se a cidade de Tabatinga/AM, localizada nas margens do rio Solimões a 1.105 km em linha reta da capital Manaus, possuindo uma população de aproximadamente 65.844 habitantes, de acordo com estimativas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2019. Ocorre, que devido a uma população flutuante estima-se que a população seja muito maior do que o registrado pelo Instituto, influenciada pela posição estratégica da cidade, sendo cidade gêmea com Letícia/Col. e fazendo fronteira fluvial com a ilha de Santa Rosa/Peru.

A cidade gêmea conta com forças de segurança e órgãos de quase todas as esferas, ganhando status de cidade polo da calha do alto Solimões, no entanto, vem registrando uma crescente taxa de criminalidade associada ao uso de armas de fogo, sendo inclusive utilizada como uma das principais rotas para o tráfico internacional de droga, a chamada rota do Solimões.

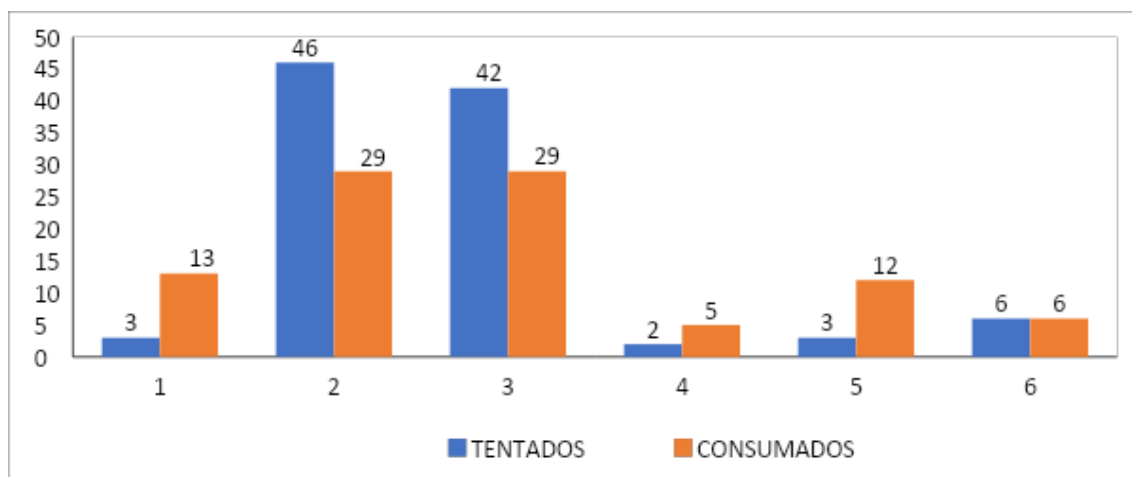
Portanto, sua posição geográfica tem atraído a atenção de grandes facções do Brasil, que têm visto na região um ponto estratégico para manter o monopólio no fornecimento de drogas para a capital amazonense e restante do país, visto a proximidade com países considerados grandes produtores de matéria prima da cocaína.

De acordo com os dados da 4ª Delegacia de Polícia Civil em Tabatinga/AM, no ano de 2018 foram registradas 16 ocorrências de homicídios praticados por armas de fogo contra 07 ocorrências de homicídios praticados com o uso de arma branca/outros, incluindo tentado e consumado.

Com relação ao ano de 2019, esse quantitativo mais que dobrou, sendo contabilizado um total de 75 ocorrências de homicídios praticados por armas de fogo, contra apenas 15 homicídios praticados por arma branca/outras, incluindo tentado e consumado.

Foram analisados dados parciais do corrente ano, precisamente até o mês de junho/2020, sendo contabilizado um quantitativo de 71 homicídios praticados por armas de fogo contra 12 homicídios praticados por outros meios, incluindo tentado e consumado, conforme o gráfico abaixo.

Figura 1- Gráfico de Homicídios Dolosos Tentados e Consumados por Armas de Fogo e por outros Instrumentos no Período Compreendido entre 2018 a junho de 2020.

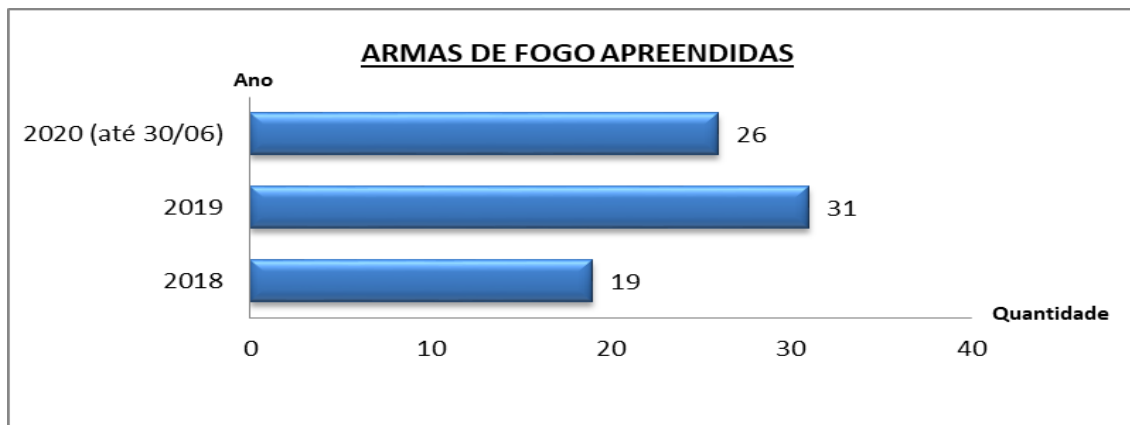


Fonte: Dados coletados da Delegacia de Polícia Civil de Tabatinga/AM

Analisando o gráfico da figura 1, verifica-se que o número de crime de homicídio doloso vem crescendo ao decorrer dos últimos anos, sendo demonstrado pelo aumento no número de ocorrências de homicídio doloso no ano de 2019, fomentado pelas disputas de território entre as facções na cidade, ano em que houve o rompimento entre o Comando Vermelho (CV) e a Família do Norte (FDN). Não obstante, observa-se que o 1º semestre de 2020 se aproximou do total de homicídios dolosos ocorridos no ano de 2019, indicando que se continuar nessa proporção irá ultrapassar os últimos dois anos.

Por outro lado, visando verificar a disponibilidade de arma de fogo em circulação, foi necessário analisar os dados relativos à apreensão de armas de fogo nos últimos anos na cidade de Tabatinga/AM, conforme o gráfico abaixo:

Figura 2- Gráfico Relativo à Apreensão de Armas de Fogo entre os Anos de 2018 à jun./2020.



Fonte: Dados coletados da Delegacia de Polícia Civil de Tabatinga/AM

Na figura 2, verifica-se que no ano de 2018 houve um total de 19 apreensões de armas de fogo contra 31 armas de fogo apreendidas no ano de 2019, sendo um total de 12 armas de fogo apreendidas a mais do que no ano anterior. No que tange ao ano de 2020, percebe-se que nos primeiros seis meses o quantitativo já ultrapassou o total apresentado no ano de 2018, e se aproxima do quantitativo de armas apreendidas em 2019, totalizando 26 armas de fogo apreendidas no 1º semestre de 2020.

Desta forma, comparando os 06 (seis) primeiros meses do ano de 2020, onde ocorreram 42 homicídios na modalidade consumada e 29 na forma tentada, todos praticados com o uso de armas de fogo, percebe-se que estes números já se aproximam do total ocorrido no ano de 2019, índice superior ao registrado no ano de 2018, indicando um crescente aumento do número de homicídios praticados por armas de fogo na cidade de Tabatinga/AM, nos últimos anos.

Por outro lado, constatou-se que o aumento do número de homicídio doloso tem uma leve relação com o aumento da circulação ou disponibilidade de armas de fogo de forma irregular na cidade de Tabatinga/AM, como ficou evidenciado no ano de 2019, onde subiu tanto as ocorrências de homicídios dolosos quanto às apreensões de armas de fogo, e que poderá ser confirmada pelos índices que vem apresentando no ano de 2020.

Conclui-se ainda que nos últimos dois anos e no 1º semestre de 2020, o principal instrumento utilizado na prática de homicídios dolosos, ou seja, onde há o animus necandi, foram perpetrados por armas de fogo, sendo contabilizado de 2018 até junho de 2020, um total de 162 homicídios dolosos praticados por armas de fogo contra 32 homicídios dolosos praticados com outros instrumentos.

Portanto, se o Estatuto foi aprovado com a ideia de que os crimes praticados com o uso das armas de fogo diminuiriam, o que ficou constatado é que a Lei não funcionou de maneira eficaz para diminuir os homicídios dolosos praticados com o uso desse instrumento na cidade de Tabatinga/AM, uma vez que sequer inibiu que criminosos tivessem acesso às armas de fogo por meios ilegais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, se por um lado o Estatuto não foi suficiente para impedir que grupos criminosos tivessem acesso a arma de fogo, por sua vez, praticamente impediu que o cidadão tivesse acesso legalmente a uma arma para sua proteção, restringindo o seu direito de se defender ou de proteger sua propriedade.

Concernente à criminalidade no nosso país, ficou evidenciado que o estatuto não atendeu ao que realmente foi proposto, qual seja diminuir as taxas de crimes relacionados ao uso de armas de fogo e controlar a circulação de armas no país, contudo, ressalta-se que a sua revogação trará um malefício maior para a sociedade, pois estudos indicaram que se não houvesse à vigência do Estatuto, os índices de crimes por armas de fogo seriam superiores aos apresentados.

Os altos índices de criminalidade na região da fronteira entre Tabatinga (Brasil) e Letícia (Colômbia) é questão complexa, podendo ser influenciada tanto pelo tamanho da população fixa ou flutuante, quanto por uma fronteira seca, agregada a um controle mais permissivo de pessoas e bens entrando e saindo da cidade, acrescida pela extensão da fronteira, dificultando ainda mais o controle e a fiscalização, aliado à falta de oportunidades e de políticas públicas que visam à distribuição de renda, deixando jovens e adultos expostos ao aliciamento das facções criminosas que se instalaram na cidade.

Por fim, é necessário recorrer a modelos de países que vem obtendo êxito na luta contra a violência armada, como é o caso do Japão, que atualmente é considerado um dos países mais seguros para se viver, o qual registrou no ano de 2017 apenas 22 crimes cometidos com armas de fogo, isso devido a leis mais rígidas que se alinham a um modelo de polícia unificada, dando ênfase ao policiamento comunitário, trabalhando em parceria com a comunidade, que por sua vez, é consciente de que possuir arma de fogo em casa, só aumenta a violência.

REFERÊNCIAS

A CRÍTICA. **De aliadas a rivais: Saiba o que Causou a Guerra entre a FDN e Comando Vermelho.** 30 out. 2019. Disponível em: <<https://www.acritica.com/channels/manaus/news/entenda-o-conflito-armado-entre-fdn-e-comando-vermelho-na-capital>>. Acesso em: 04 mar. 2020.

BARBOSA, Benedito. **As armas dos criminosos e a utopia do desarmamento.** Jornal Gazeta do Povo, 08 mar. 2015. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/as-armas-dos-criminosos-e-a-utopia-do-desarmamento-0hcsx5nvlc5mzqow0ufhn8lo1/>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

BRASIL. **DECRETO Nº 9.845, DE 25 DE JUNHO DE 2019.** Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro e a posse de armas de fogo e de munição. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9845.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. **Lei 10.826/2003.** Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. 22 dez. 2003, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

FACCIOLLI, Ângelo Fernando. **Lei das Armas de Fogo.** 5 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

FACCIOLLI, Ângelo Fernando. **Lei das Armas de Fogo.** 9. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Aspectos da Teoria do Tipo.** Revista de Direito Penal. Vol. II/74. São Paulo: Saraiva, 1971.

GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, Willian Terra de. **Lei das Armas de Fogo.** 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estimativas da população residente no Brasil e unidades da Federação com data de referência em 1º de julho de 2019.** Brasília, 2019. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2019/estimativa_dou_2019.pdf>. Acesso em: 22 out. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 32º. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. 2 ed. Rio de Janeiro: LTr, 2000.

The Global Burden of Disease 2016 Injury Collaborators. **Global Mortality From Firearms, 1990-2016**. JAMA. 2018; 320(8):792–814. doi:10.1001/jama.2018.10060. Disponível em: <<https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2698492>>. Acesso em: 07 out. 2020.

GUARDA COMPARTILHADA E OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE NA FRONTEIRA BRASIL/COLÔMBIA

Elem Santos da Mata

Marcelo Antunes Santos

98

RESUMO

A região transfronteiriça onde se localizam as “cidades gêmeas” Tabatinga e Letícia é uma região de extrema importância, tanto por sua localização estratégica como por abrigar uma fronteira aberta com fluxo constante entre os nacionais de ambos os países. Assim, os conflitos jurídicos que surgem nesse contexto geográfico possuem particularidades que por vezes requer uma regulamentação conjunta entre ambos os países para que seja de fato eficiente. Nessa esteira, as relações afetivas com desdobramentos jurídicos havidas no território brasileiro entre brasileiros e colombianos são de difícil controle quando se atravessam para o país vizinho. É o que ocorre nos casos de guarda compartilhada quando os genitores ou responsáveis pelo (a) menor moram em um ou outro país fronteiriço. Assim, o presente trabalho tem como objetivo identificar a (in) existência de instrumentos de controle na fronteira Brasil/Colômbia nos casos de guarda compartilhada cujos menores possuem dupla nacionalidade. Pretende-se investigar e ao final responder se: há na fronteira Brasil/Colômbia controle no fluxo de menores com dupla nacionalidade em situação de guarda compartilhada? A metodologia utilizada no presente artigo foi indutiva, considerando que partirá da análise de fenômenos particulares para então se chegar nas teorias e leis de caráter mais amplo, indo, portanto, do particular para o geral. A pesquisa bibliográfica será utilizada, abrangendo todas as fontes de pesquisa do tema, como: doutrinas, teses, artigos de internet, leis e normas relacionadas à temática.

Palavras Chaves: Guarda Compartilhada. Dupla Nacionalidade. Fronteira. Instrumentos de controle.

ABSTRACT

The cross-border region where the “twin cities” Tabatinga and Letícia are located is an extremely important region, both for its strategic location and for hosting an open border with constant flow between nationals of both countries. Thus, the legal conflicts that arise in this geographic context have particularities that sometimes require joint regulation between both countries in order to be really efficient. In this context, the affective relations with legal developments that have occurred in the Brazilian territory between Brazilians and Colombians are difficult to control when crossing over to the neighboring country. This is the case in cases of shared custody when the parents or guardians of the child live in one or another border country. Thus, the present study aims to identify the (in) existence of control instruments on the Brazil / Colombia border in cases of shared custody whose minors have dual nationality. It is intended to investigate and at the end answer whether: is there a control on the flow of Brazilians / Colombia minors with dual nationality in a situation of shared custody? The methodology used in this article was inductive, considering that it will start from the analysis of particular phenomena and then arrive at the

theories and laws of a broader character, thus going from the particular to the general. Bibliographic research will be used, covering all research sources on the topic, such as: doctrines, theses, internet articles, laws and norms related to the theme.

Keywords: Shared custody. Dual nationality. Border. Control instruments.

INTRODUÇÃO

A sociedade atual comporta relações que ultrapassam os limites territoriais dos países. Com isso as relações entre pessoas de cidades, estados e países diferentes se tornou uma realidade constante, sobretudo quando envolve cidade em região de fronteira tal como as cidades de Tabatinga, situada no território brasileiro e Letícia, cidade colombiana. Ambas as cidades são “coladas”, consideradas deste modo “cidades gêmeas”.

Não há controle de tráfego efetivo das pessoas que transitam entre uma cidade e outra, o que facilita a troca de relações comerciais e afetivas entre os habitantes de ambas as cidades. Assim, é comum neste contexto a formação de famílias “multinacionais”.

Lado outros, os filhos que decorrem dos relacionamentos havidos nesse espaço territorial, quando havidos por “pais” de nacionalidades diversas, possuem então dupla nacionalidade.

No entanto, havendo menor envolvido, há determinados direitos e deveres previstos na legislação em vigor que vai de encontro com a informalidade constatada no contexto fático então trazido. Entretanto, em casos como estes o interesse da criança é que tem que se sobrepor.

No que tange a guarda, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece que o tipo de guarda mais benéfica é a “compartilhada”, pois o bem-estar do menor é de responsabilidade de ambos os pais. Mas e quando os pais moram em países diferentes? O risco de fuga é maior quando a criança possui dupla nacionalidade? Na prática como funciona em fronteiras “abertas” como é o caso de Tabatinga e Letícia? . Neste sentido o presente estudo, se propõe a investigar e ao final responder se: há na fronteira Brasil/Colômbia controle no fluxo de menores com dupla nacionalidade em situação de guarda compartilhada?

A temática em questão ainda é pouco estudada no meio jurídico, sobretudo pela informalidade como se opera o que perpetua o desconhecimento da população de ambos

os países sobre como se portar em situações como a descrita e quais os riscos deste cenário.

No presente estudo a metodologia utilizada no presente artigo foi indutiva, considerando que partirá da análise de fenômenos particulares para então se chegar nas teorias e leis de caráter mais amplo, indo, portanto, do particular para o geral. A pesquisa bibliográfica será utilizada, abrangendo todas as fontes de pesquisa do tema, como: doutrinas, teses, artigos de internet, leis e normas relacionadas à temática

1 RELAÇÕES TRANSFRONTEIRIÇAS: BRASIL, COLÔMBIA E PERU

A tríplice fronteira (Brasil/Colômbia/Peru) é uma região com intenso fluxo de pessoas devido à proximidade dos três países. Considerada uma região rica em diversidade cultural, culinária e geográfica esta região transfronteiriça abriga traços culturais, étnicos e sociais tanto do Peru quanto do Brasil e Colômbia. Neste sentido Silva Silva (2008, p. 09) preceitua que:

Fronteira é um espaço de múltiplas trocas, sejam elas econômicas ou culturais. Entretanto, ela é também um espaço de mútuos estranhamentos e de afirmação de identidades, sejam elas nacionais, culturais ou étnicas, como é o caso dos grupos indígenas que lá vivem.

A proximidade entre países é fator marcante para o estabelecimento de relações afetivas entre os nacionais dos países envolvidos. Tal fato é ainda mais acentuado quando diante de cidade gêmeas como as duas estudadas no presente artigo; Tabatinga e Letícia. Segundo SILVA (2008, p. 09):

Do ponto de vista cultural, há uma troca quase que natural, já que a proximidade geográfica, os casamentos interculturais e o ensino obrigatório da língua portuguesa do lado colombiano e do espanhol do lado brasileiro, colocam em curso várias formas de intercâmbios entre as duas cidades [...] No caso da Tríplice Fronteira o que se constata é que, além da troca de mercadorias, de mulheres, por meio de casamentos interculturais, há, sobretudo, troca de bens simbólicos que cruzam fronteiras com uma grande velocidade e dinamismo, como é o caso dos ritmos musicais, cujo gosto varia de acordo com a faixa etária.

MOULIN (2010, p. 03) faz um traçado minucioso acerca desta região transfronteiriça:

A área da Tríplice Fronteira entre Peru, Brasil e Colômbia está incrustada no coração da Floresta Amazônica. Os principais centros urbanos são as cidades gêmeas de Tabatinga (Brasil) e Leticia (Colômbia), a última sendo a capital do Departamento do Amazonas. O trânsito e a circulação são livres entre as cidades, uma vez que não existem quaisquer postos de controle de fronteira ao longo da Avenida que as conecta. Do lado colombiano, só é possível chegar à Letícia por avião ou através de uma viagem bastante longa e traiçoeira que combina trilhas e passeios de barco. Tabatinga se conecta à capital Provincial, Manaus, localizada à cerca de 1600 km de distância, através de avião – apenas um voo em dias úteis – ou de barco – numa viagem de 3 a 5 dias (dependendo da direção, rio acima ou abaixo) [...] A fronteira possui um duplo impacto na cidade. Ela altera o panorama social e econômico; a cidade opera em um modo bilíngue e todas as três moedas em circulação (real, pesos e soles) são aceitas na maioria das lojas. A face do ‘caboclo’, aquela oriunda da mistura de povos brancos e indígenas, compõe a imagem típica dos habitantes. Ao mesmo tempo, autoridades federais e provinciais consideram a região como um cruzamento estratégico para a presença soberana e o controle sobre a mobilidade humana.

Nas cidades (Tabatinga e Letícia) objeto de análise no presente artigo, as relações afetivas ocorrem de forma natural, tornando-se comum os casamentos entre pessoas desses países fronteiriços, como a geração de filhos que posteriormente obtêm a dupla nacionalidade.

As relações havidas entre ambos os países contemplam imensa diversidade cultural culminado em filhos que carregam de forma marcante as duas culturas envolvidas, o que inclui hábitos, alimentação, língua e outros.

Pela proximidade entre as duas cidades de nações distintas, os moradores da fronteira acabam tendo a opção de escolher e mesclar o uso de serviços como os relacionados à saúde e educação de acordo com o que melhor convier aos envolvidos. É comum se optar por utilizar dos serviços educacionais e de saúde colombianos, haja vista a maior qualificação dos profissionais dessas áreas na cidade de Letícia. Lado outro, atualmente, no que se refere a alimentação o comércio do lado brasileiro se mostra como melhor opção, sobretudo e pelos preços mais acessíveis dos produtos, haja as perdas pela conversão da moeda brasileira para o peso colombiano.

Saliente-se, no entanto que em virtude dos poucos recursos investidos nesta faixa de fronteira há pouco controle e fiscalização no fluxo de pessoas que transitam entre ambas as cidades ou países. Tal omissão dos Estados contribui para o agravamento das condições de criminalidade ou o cometimento de outros ilícitos civis e administrativos.

2 OS ASPECTOS DA DUPLA NACIONALIDADE

Para entendermos melhor o que de fato é dupla nacionalidade se faz necessário entender alguns outros conceitos, como: nação, nacional e nacionalidade.

Pedro Lenza (2012) definiu nação como “o conjunto de pessoas nascidas em um território, ladeadas pela mesma língua, cultura, costumes, tradições, adquirindo uma mesma identidade sociocultural”. Para Hildebrando Accioly (1978), nacionais “são as pessoas submetidas à autoridade direta de um Estado, às quais este reconhece direitos civis e políticos e deve proteção, além das suas fronteiras”.

Haroldo Valladão (1980, p. 275) define que “nacionalidade é o vínculo jurídico pessoal que prende um indivíduo a um Estado-Membro da comunidade internacional”.

Já para Maria Helena Diniz (2005) nacionalidade é:

a) qualidade de nacional; naturalidade; b) liame jurídico que prende o indivíduo a um Estado em razão do ius soli ou de ius sanguinis; c) vínculo existente entre uma pessoa e um país em virtude de naturalização; d) caráter jurídico que possuem os cidadãos de um Estado; e) vínculo jurídico que liga o indivíduo ao Estado em razão do local de nascimento, da ascendência paterna ou da manifestação de vontade do interessado; f) vínculo jurídico-político de direito público interno que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado”.

O critério brasileiro para definição da nacionalidade em regra é o ius solis, ou seja, o que determina é o lugar onde o indivíduo nasceu, o território do seu nascimento (nacionalidade originária). É o que preceitua Yussef Said Cahali (2010, p. 22). Vejamos:

Em função do princípio de que toda pessoa deve ter necessariamente uma nacionalidade, deve tê-la desde o seu nascimento, mas pode mudá-la posteriormente, tem-se que a nacionalidade pode ser originária (primária de origem), como sendo aquela que resulta simplesmente do nascimento e que se inicia com ele[...]

Note-se deste modo que é então brasileiro nato aquele que adquire nacionalidade originariamente, ou seja, pelo local do nascimento. Neste sentido preceitua a Constituição da República de 1988 (CR/1988) em seu artigo 12, alínea c, que:

Art. 12. São brasileiros:

I - Natos:

c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente, ou venham a residir na República Federativa do Brasil antes da maioridade

e, alcançada esta, optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira.

A Constituição Republicana do Brasil prevê a possibilidade de o brasileiro possuir dupla ou múltiplas nacionalidades/cidadanias em dois casos. O primeiro é quando há o reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira. Nesse caso, a nacionalidade decorre da lei estrangeira, que reconhece como nacionais os nascidos em seu território ou filhos/ descendentes de seus nacionais (brasileiro nato); e o segundo é quando há imposição de nacionalidade pela norma estrangeira, por meio de processo de naturalização, ao brasileiro residente em estado estrangeiro (brasileiros naturalizados).

No caso da Colômbia a Constituição Colombiana (1991) em seu artigo 96 estabelece as regras para a nacionalidade, admitindo do mesmo modo o critério *ius solis*.

Interessa ao presente estudo analisar a questão da entrada e saída de menores em situação de guarda compartilhada entre genitores de ambos os países, fato que pode levar a privação do convívio com um dos genitores nos casos de “fuga” de um destes com o menor para o país vizinho. Tal fato é facilitado pela condição de dupla nacionalidade comum aos filhos gerados nessas circunstâncias em virtude do caráter fronteiriço e contíguo entre as duas cidades, bem como pela ausência de fiscalização efetiva.

O que se constata pelo contexto fático é que a criança passa a conviver e transitar em ambos os países sem restrição, sobretudo pelo fato de não haver uma fiscalização efetiva no trânsito de pessoas entre as duas cidades, seja no limite territorial entre os países ou mesmo nos portos e aeroportos.

Nesse sentido, o deslocamento interno dessas crianças causa certa hesitação dos pais pelo risco de fuga com o menor.

Previendo situações como estes instrumentos internacionais, tal como a Convenção de Haia de 25 de outubro de 1980, visando regular este cenário, dispôs do seguinte modo:

Através do chamado princípio da residência habitual, que, quando uma criança é levada para outro país sem a autorização dos pais ou de um deles, ela deve retornar imediatamente ao país onde vivia anteriormente ou que está melhor habituada até que a disputa seja resolvida, e é lá que deve ser iniciado o processo onde será decidido a guarda do menor”.

A referida Convenção, que trata sobre os aspectos civis do Sequestro Internacional de Crianças e foi aprovada em 01 de dezembro de 1983, em vigor no Brasil

desde janeiro de 2000, promulgada pelo decreto nº 3413, de 14 de abril de 2000. Os países que assinaram a convenção afirmaram que estão:

Firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda; desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita.

Não obstante, ainda que a convenção de Haia determinou que a criança seja levada ao país habitual, quando se trata de países onde a fronteira não possui uma fiscalização rigorosa para a entrada e saída dos menores com dupla nacionalidade como é o caso das cidades vizinhas Letícia e Tabatinga, o cumprimento desta determinação é de difícil cumprimento no contexto fático examinado. Isso porque a Avenida da Amizade, que se inicia no aeroporto na cidade de Tabatinga/Brasil, chega à cidade de Letícia/Colômbia, como um cordão umbilical, apresentando assim uma conurbação entre as cidades.

As relações que se estabelecem no âmbito da fronteira Brasil/Colômbia são complexas, haja vista não se tratar de uma fronteira habitual. São relações humanas construídas sob vários aspectos por uma população fronteiriça que vivencia a experiência de uma dupla nacionalidade de uma forma quase que natural.

3 DA GUARDA COMPARTILHADA E SUAS CARACTERÍSTICAS

As mudanças vivenciadas pela população brasileira exigem do âmbito jurídico respostas concretas às suas novas indagações. Um exemplo disso foram às modificações feitas pela Lei nº 13.058/2014 na nossa legislação civil, tornando obrigatória a guarda compartilhada, haja vista ser reconhecida como o tipo de guarda mais benéfica para o menor envolvido.

O art. 227 da Carta Constitucional elenca os direitos fundamentais dos menores, destacando sua prioridade absoluta dentro da ordem jurídica:

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.

Sabe-se que “ainda quando os pais estejam separados, ainda quando somente um deles detenha a guarda do filho, ambos continuam sendo titulares do poder familiar, que permanece incólume frente ao divórcio ou à dissolução da união estável” (LÔBO, 2011. p.301).

Ademais, no cenário sob exame nota-se uma possível contraposição de direitos, entre o direito do menor de ter igual convívio com os seus genitores ou responsáveis e os riscos de violação aos seus direitos, decorrente da possibilidade de fuga por conta da dupla nacionalidade dos filhos e características fronteiriças.

A proteção do menor por parte dos pais, Estado e sociedade é necessária, de modo a não prejudicar o desenvolvimento da criança e possibilitar a convivência do menor com ambos os pais, mesmo em estando estes em países, cultura, e ambiente diferentes, sem perder de vista a segurança e certeza de retorno ao lar de origem.

A guarda compartilhada dentro do espaço de fronteira analisado é comum, sobretudo nos casos onde os genitores, pais do(a) menor, vivem em cidades distintas (Tabatinga e Letícia) portanto transitam de forma constante com o menor entre ambos os países.

O código civil em seu artigo 1.583. diz que a guarda será unilateral ou compartilhada. O parágrafo 2º define que na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Estabelece ainda o diploma normativo, em seu artigo 1584 § 2º que:

Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto a guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Segundo Waldyr Grisard Filho (2002, p. 79) expõe o significado exato de guarda compartilhada:

A guarda compartilhada significa que ambos os pais possuem os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio

recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos.

Sobre essa temática Sandoval Oliveira (2015) salienta que a guarda compartilhada “representa o moderno instrumento voltado ao fornecimento da convivência familiar e, sobretudo, ao desenvolvimento da criança num ambiente de solidariedade, cooperação e harmonia”.

Ao prever o compartilhamento da guarda como modelo predominante, o legislador anuncia importantes avanços no debate sobre a criação dos filhos em casos onde não há convivência comum entre os genitores ou responsáveis, formando um marco para a ampliação de uma perspectiva cultural não unilateral que passa a priorizar os interesses da criança.

A guarda compartilhada mostra-se, dentre todas as modalidades de guarda concebidas pelo direito de família brasileiro, aquela que melhor atende aos interesses dos filhos, proporcionando uma convivência familiar próxima do ideal ao garantir a criação da prole sob os referenciais paternos e maternos, mesmo em situações de litígio e envolvendo dois países.

Como afirma (LOBO, 2008, p. 175), “A guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o acesso livre a ambos”.

O convívio entre pais e filhos é algo de extremo valor moral e social para a criança, por isso que os pais sejam separados o acesso da criança a ambos deve ser de forma natural e habitual.

Salienta Maria Berenice Dias (2009, p. 401) que “mesmo antes de inserido de forma expressa na legislação, o modelo compartilhado não era proibido, sendo amplamente aplaudido pela doutrina e admitido por alguns juízes.”

A lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014 estabeleceu que na guarda compartilhada a cidade considerada base da moradia dos filhos é aquela que melhor atender aos seus interesses e determinou que tenha um equilíbrio no tempo em que os menores convivem com os pais.

Afinal, na guarda compartilhada “os pais mesmo não mais morando sob o mesmo teto, dividem a responsabilidade e o exercício de direitos e deveres concernentes ao poder familiar dos filhos comuns” (MADALENO, 2009, p. 347).

Neste modelo de guarda a responsabilidade fica a cargo de ambos os genitores que compartilham em tempo integral e em todos os aspectos a obrigação de conduzir, criar e orientar os filhos até a vida adulta.

Lôbo, referido por Leonardo Barreto Moreira Alves (2009), a guarda compartilhada pode ser ainda mais bem entendida:

A guarda compartilhada é caracterizada pela manutenção responsável e solidária dos direitos-deveres inerentes ao poder familiar, minimizando-se os efeitos da separação dos pais. Assim, preferencialmente, os pais permanecem com as mesmas divisões de tarefas que mantinham quando conviviam, acompanhando conjuntamente a formação e o desenvolvimento do filho. Nesse sentido, na medida das possibilidades de cada um, devem participar das atividades de estudos, de esporte e de lazer do filho. O ponto mais importante é a convivência compartilhada, pois o filho deve sentir-se 'em casa' tanto na residência de um quanto na do outro.

Ainda que a guarda compartilhada seja segundo a doutrina e o ordenamento jurídico a solução mais adequada e que melhor atenda o interesse do menor envolvido, em situações onde os limites territoriais entre um país e outro é tão tênue, como no caso sob análise, o referido modelo de guarda pode apresentar riscos. Isso porque, já pacificada pela jurisprudência em virtude da efetividade do controle de entrada e saída entre os países o risco de fuga como o menor é elevado.

Aqui podemos destacar o entendimento jurisprudencial da regra da guarda compartilhada:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.591.161 - SE (2015/0048966-7)
RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. REGRA DO SISTEMA. ART. 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL. CONSENSO DOS GENITORES. DESNECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DO MENOR. 1. A instituição da guarda compartilhada de filho não se sujeita à transigência dos genitores ou à existência de naturais desavenças entre cônjuges separados. 2. A guarda compartilhada é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis nºs 11.698/2008 e 13.058/2014, ressalvadas eventuais peculiaridades do caso concreto aptas a inviabilizar a sua implementação, porquanto às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao seu exercício, o que não ocorreu na hipótese dos autos. 3. Recurso especial provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.629.994 - RJ (2015/0223784-0) CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. NÃO DECRETAÇÃO. POSSIBILIDADES. I. Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei 13.058/2014). II. Controvérsia: dizer em que hipóteses a guarda compartilhada poderá deixar de ser implementada, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil. III. A nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo “será” não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção – juris tantum – de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (art. 1.584, § 2º, in fine, do CC). IV. A guarda compartilhada somente deixará de ser aplicada, quando houver inaptidão de um dos ascendentes para o exercício do poder familiar, fato que deverá ser declarado prévia ou incidentalmente à ação de guarda, por meio de decisão judicial, no sentido da suspensão ou da perda do Poder Familiar. IV. Recurso conhecido e provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.626.495 - SP (2015/0151618-2) CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO. GUARDA COMPARTILHADA. POSSIBILIDADE. I. Diploma legal incidente: Código Civil de 2002 (art. 1.584, com a redação dada pela Lei 13.058/2014). II. Controvérsia: dizer se a animosidade latente entre os ascendentes, têm o condão de impedir a guarda compartilhada, à luz da nova redação do art. 1.584 do Código Civil. III. A nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo “será” não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção – juris tantum – de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (art. 1.584, § 2º, in fine, do CC). IV. Recurso conhecido e provido.

A busca pela guarda compartilhada nas hipóteses de país de nacionalidade diversa é constante no âmbito do judiciário. Há no entanto, uma desarmonia doutrinária e jurisprudencial no que se refere às possibilidades de aplicação da guarda compartilhada nessas hipóteses. Isto, porque pesam grandes dúvidas sobre a preservação dos benefícios da modalidade quando imposta a casais que residem em países diferentes, tema esse que merece mais atenção. Vejamos o entendimento jurisprudencial:

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.605.477 - RS (2016/0061190-9) RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. DESNECESSIDADE. LIMITES GEOGRÁFICOS. IMPLEMENTAÇÃO.

IMPOSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DOS MENORES. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores. 2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada, tais como a dificuldade geográfica e a realização do princípio do melhor interesse dos menores, que obstaculizam, a princípio, sua efetivação. 3. Às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao exercício da guarda compartilhada, como por exemplo, limites geográficos. Precedentes. 4. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula nº 7 deste Tribunal. 5. Recurso especial não provido" (e-STJ fl. 279).

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.654.111 - DF (2016/0330131-5) "RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. ART. 1.584, § 3º, DO CC/2002. INTERESSE DA PROLE. SUPERVISÃO. DIREITO DE VISITAS. IMPLEMENTAÇÃO. CONVIVÊNCIA COM O GENITOR. AMPLIAÇÃO. POSSIBILIDADE. ALIENAÇÃO PARENTAL. PRECLUSÃO. 1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores. 2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada em virtude da realização do princípio do melhor interesse da menor, que obstaculiza, a princípio, sua efetivação. 3. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula nº 7/STJ. 4. Possibilidade de modificação do direito de visitas com o objetivo de ampliação do tempo de permanência do pai com a filha menor. 5. A tese relativa à alienação parental encontra-se superada pela preclusão, conforme assentado pelo acórdão recorrido. 6. Recurso especial parcialmente provido" (e-STJ fl. 836).

Nota-se deste modo que embora os pais dos menores com dupla nacionalidade (reconhecida ou informal) tenham interesse pela guarda compartilhada, nem sempre entende o judiciário ser esta a melhor alternativa para assegurar o melhor interesse do menor.

4 INSTRUMENTO DE CONTROLE NA FRONTEIRA

A fronteira Brasil/Colômbia sofre com a omissão estatal e com a falta de investimentos públicos em segurança e controle no fluxo de pessoas e mercadorias entre

ambos os países. O que se vê são iniciativas não ordenadas que na maioria das vezes não ultrapassam o discurso político. Vejamos:

A presidente Dilma Rousseff lançou em 9 de junho de 2011 o chamado Plano Estratégico de Fronteiras (Decreto 7496/2011), um pacote de medidas que incluía a promessa de dobrar o efetivo policial nos limites do Brasil com os países vizinhos (Uruguai, Argentina, Paraguai, Bolívia, Peru, Colômbia, Venezuela, Guiana, Suriname e Guiana Francesa)”(CONJUR, 2016).

Em que pese as inúmeras adversidades decorrentes da omissão estatal no âmbito da fronteira, interessa neste tópico analisar a existência de possíveis instrumentos de controle no âmbito da fronteira Brasil/Colômbia apto a coibir a “fuga” do responsável com o menor cujo outro genitor tenha nacionalidade brasileira.

A Resolução 131/2011 do Conselho Nacional de Justiça estabelece que, para que o menor brasileiro possa sair do Brasil desacompanhado de um ou ambos os genitores, é necessário apresentar autorização de viagem assinada pelo(s) genitor (es) que não o estiverem) acompanhando. Se o menor viajar na companhia de apenas um dos pais, somente poderá sair do Brasil quando devidamente autorizado pelo outro genitor. Vejamos o que dispõe a lei nº 8.069/90 em seu art. 84, inciso II:

Art. 84. **Quando se tratar de viagem ao exterior**, a autorização é dispensável, se a criança ou adolescente:
II – viajar na companhia de um dos pais, **autorizado expressamente pelo outro através de documento com firma reconhecida.** (Grifo nosso)

Ocorre que, pela ausência de controle estatal efetivo, o cumprimento do disposto acima não se opera no âmbito da fronteira entre as cidades de Tabatinga e Letícia. Neste caso, quando a criança viaja somente com um dos pais usa o documento do país de destino, ou seja, quando a criança está viajando para a Colômbia ela usa o documento colombiano, conseqüentemente quando viaja no Brasil usa o documento brasileiro.

Com isso, o risco de fuga para um dos lados dos países é maior ainda. E a falta de fiscalização na área da fronteira aumentam o risco de um dos responsáveis pelo menor não retornar ao país de origem.

Assim, não obstante os poucos instrumentos de controle havidos no âmbito do fluxo de menores entre países, no que tange as cidades gêmeas de Tabatinga e Letícia os

mecanismos estabelecidos na resolução são ainda inefetivos considerando as peculiaridades da região fronteiriça analisada.

Para melhor eficácia da legislação já em vigor sobre a temática, a feitura de um tratado internacional visando a cooperação jurídica entre os países envolvidos e assim melhor regulamentar as situações de ingresso e saída de menores é aqui apresentada como a melhor solução a questão trazida no presente estudo.

Sobre os tratados internacionais, Neto (2019, p. 355) os conceitua como “quaisquer acordos formais concluídos entre pessoas jurídicas de direito internacional público, independentemente da denominação que a eles haja sido atribuída pelos Estados que dele farão parte”.

O Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009, conceitua tratado como “um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

Ainda sobre tratados, Neto (2019, p. 371) assegura que:

Os tratados cujo objeto é a cooperação jurídica internacional são inequivocamente tratados-contrato, na medida em que por meio deles os Estados signatários assumem a obrigação de colaborar entre si na execução de providências judiciais e extrajudiciais necessárias a uma tutela jurisdicional efetiva por parte dos Judiciários dos respectivos Estados signatários.

Assim, o acordo entre ambos os países, Brasil/Colômbia, é aqui defendido como uma alternativa para redução da insegurança no trato das relações paterno-filiais relacionados aos pais de nacionalidades distintas com filho menor em comum com guarda compartilhada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou salientado no presente estudo as peculiaridades que permeiam a região transfronteiriça onde se localizam as cidades de Tabatinga e Letícia.

Ademais, evidenciou-se ainda a importância da guarda compartilhada nos casos onde os genitores e/ou responsáveis pelo menor tiverem diferentes nacionalidades.

Lado outro, inúmeros são os impasses vividos na região em estudo, tanto por suas peculiaridades, como pela ausência de instrumentos efetivos que consideram essa realidade local ainda pouco estudada pelo meio jurídico-formal.

Deste modo, no que tange a resposta a pergunta problema no início apresentada, qual seja “há na fronteira Brasil/Colômbia controle no fluxo de menores com dupla nacionalidade em situação de guarda compartilhada? ” Este estudo conclui que os instrumentos de controle não são efetivos, o que se agrava pela ausência de mecanismos cooperativos entre ambos os países envolvidos no que tange a temática estudada.

As fronteiras proporcionam dinâmicas de integração entre os países, compartilham uma história, problemas e recursos comuns e provam a necessidade do diálogo entre Estados vizinhos para estabelecer processos de cooperação por meio de acordos internacionais.

Assim, como solução ao impasse narrador, sugere-se o uso de instrumentos cooperativo bilaterais, de forma a promover a segurança adequada dos direitos dos filhos menores, garantindo, por conseguinte que o menor não seja afastado do convívio com ambos os pais e/ou responsáveis.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. Manual de Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 1978.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

_____. Código civil, 2002. **Código civil**. 53.ed. São Paulo: Saraiva; 2002.

_____, **Decreto-lei nº 4.657 de 7 de Setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

_____. **Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

BRASIL. **Decreto nº 3413 de 14 de Abril de 2000.** Promulga a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída na cidade de Haia, em 25 de outubro de 1980.

COLOMBIA, Constitución Política de Colômbia. Corte Constitucional. 1991.

EUZÉBIO, Emerson Flávio. **Fronteira e Horizontalidade na Amazônia:** As cidades gêmeas de Tabatinga (Brasil) e Leticia (Colômbia). 2011. Disponível em: < <http://e-revista.unioeste.br/index.php/pgeografica/article/view/9169/6775>>. Acesso em: 20 de agosto de 2020.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 16. ed. ver. atual. amp. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito.** 5ª ed. Saraiva, 2009. (Disponível em: <http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/outros-servicos/nacionalidade-brasileira> Acesso em 20 de agosto de 2020).

MOULIN, Carolina. **Fronteiras Solidárias, Vidas Solidárias:** narrativas sobre o deslocamento na tríplice fronteira entre Brasil, Colômbia e Peru. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://remhu.csem.org.br/index.php/remhu/article/view/235/218>>. Acesso em: 15 maio 2020.

OLIVEIRA, Márcia Maria de. **A mobilidade humana na tríplice fronteira:** Peru, Brasil e Colômbia. São Paulo: 2006. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-40142006000200014>>. Acesso em: 15 maio 2020.

SILVA, Sidney Antônio da. **Nacionalidade e etnicidade na Tríplice Fronteira Norte**. Cadernos CERU, v. 19, n. 1, p. 33-48, 1 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ceru/article/view/11842>>. Acesso em: 24/11/2020.

VALLADÃO, Haroldo. Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 275.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO SOBRE ACIDENTES DE TRÂNSITO NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS.

STATE CIVIL LIABILITY FOR TRAFIC IN BRAZILIAN MUNICIPALITIES

Eliandra da Silva Cavalcante
Glaucia Maria de Araújo Ribeiro

115

RESUMO

O presente trabalho aborda o enquadramento da responsabilidade civil do Estado nos acidentes de trânsito nos municípios brasileiros. A proteção da vida e da incolumidade física de todos os usuários das vias terrestres é prevista em âmbito constitucional, fazendo nascer o dever do Estado em proporcionar-lhe tal direito fundamental. Tendo em vista que as cidades brasileiras de pequeno porte (com até 100 mil habitantes) possuem altos índices de acidente, se faz necessário debater o papel do Estado, na competência da esfera municipal, para garantir um trânsito mais seguro nos municípios brasileiros.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Omissão do Estado. Garantia. Estado.

ABSTRACT

The present work addresses the framework of the State's civil liability in traffic accidents in Brazilian municipalities. The protection of life and the physical safety of all land users is provided for under the constitutional framework, giving rise to the State's duty to provide such a fundamental right. Bearing in mind that small Brazilian cities (with up to 100 thousand inhabitants) have high accident rates. It is necessary to debate the role of the State, within municipal competence, to ensure safer traffic in Brazilian municipalities.

Keywords: Civil Liability. Omission of the State. Warranty. State.

INTRODUÇÃO

Compreender o dinamismo do espaço urbano é, de fato, esclarecedor quanto ao desenvolver análises voltadas para qualidade de vida nas cidades. O espaço urbano torna-se, diariamente, complexo diante da ascensão da tecnologia e das necessidades humanas,

instituindo-se necessário o planejamento e gestão efetiva do Poder Público em todas as esferas.

AQUINO (2019, Agência Brasil) reportou que os acidentes no trânsito deixaram mais de “1,6 milhão de brasileiros feridos nos últimos dez anos, as informações são resultado de um levantamento divulgado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) com base em dados do Ministério da Saúde”.

A situação é alarmante sobre as cidades de até cem mil habitantes, onde o processo de municipalização da gestão viária é ainda mais prejudicial, pois é nelas que “residem 43% da população, de acordo com a pesquisa da Universidade do Paraná com o Observatório Nacional de Segurança Viária), realizada em 2017” (LOBEL, 2019). Assim, para que os Municípios exerçam o encargo de operar no leme do trânsito local, é vital que se adequem institucionalmente, a fim de acatar as competências traçadas no Código de Trânsito Brasileiro (CTB).

Mesmo com normas que auxiliam na prevenção e pune a conduta perigosa sobre vias públicas, o Brasil ainda se mantém em evidência sobre grandes números de acidentes, resultando em mortes ou apenas lesionando vítimas diariamente. Diante disso, é importante questionar-se qual a responsabilidade do município frente às omissões atribuída pela ineficiência das funções?

A responsabilidade civil surge quando uma obrigação não é cumprida de modo voluntária, assim gera uma consequência pelo descumprimento de uma conduta típica de uma relação obrigacional. Desta forma surge o dever de indenizar as vítimas por danos patrimoniais causados pelos seus agentes.

O Estado também é passível de responsabilidade, mas o mesmo só possui o dever de indenizar quando não estiverem presentes causas de excludentes de responsabilidade. Sendo necessário quanto ao objetivo desta pesquisa explicar cada uma dessas causas de excludentes.

Além disso, é preciso analisar a evolução da responsabilidade civil do Estado em nosso ordenamento e compreender suas especificações, podendo ser objetiva ou subjetiva.

Desta feita, a finalidade da pesquisa é discorrer o caminho histórico, legal do desenvolvimento da instituição do referido instituto jurídico em nosso ordenamento normativo.

Por fim, analisar a aplicabilidade do instrumento legal sobre os casos de acidentes de trânsito de competência municipal. Contanto, a metodologia utilizada para a elaboração deste artigo será bibliográfica e documental, no qual as principais ferramentas de pesquisas serão livros doutrinários, artigos científicos, sites e demais fontes digitais.

1 HISTORICIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL BRASILEIRA

A responsabilidade civil é um dever jurídico, sucessivo que surge para recompor o dano causado em decorrência da violação de um dever jurídico originário. Surge assim, um comportamento que deve ser cobrado do agente responsabilizado para apresentar esse tipo de atitude, de caráter secundário, ou seja, de trato sucessivo.

Historicamente o estudo acerca da responsabilidade civil é de suma importância, pois o Direito é fruto de diversas transformações, não nasceu pronto, com o passar dos anos foi sendo construído, o que impõe o estudo, neste tópico, sua evolução no Direito brasileiro.

O Brasil teve um processo moroso no desenvolvimento sobre a responsabilidade civil, como dispõe Carlos Roberto Gonçalves:

O Código Criminal de 1830, atendendo às determinações da Constituição do Império, transformou-se em um código civil e criminal fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade, prevendo a reparação natural, quando possível, ou a indenização; a integridade da reparação, até onde possível; a previsão dos juros reparatórios; a solidariedade, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros e etc.. (2018, p. 27)

Um dos primeiros aspectos que podemos analisar sobre a responsabilidade civil cuida da função típica de punição do Estado. Nos primórdios, a ênfase sobre a responsabilidade civil se dava mediante a associação do reparo por meio da condenação criminal. Após modificações, foi instaurado o modelo que adotava a jurisdição civil independente da criminal, surgindo a diferenciação de espécies quanto à violação da norma. A primeira menção, do chamado princípio da independência de jurisdição, se encontra no Código Civil de 1916, sobre o artigo 1.525.

“A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”.

De acordo com Bier (2017, p. 7 apud Cavalieri Filho, 2014, p. 30) sobre a necessidade desta diferenciação, reforça “uma conduta pode incidir, ao mesmo tempo, em violação à lei civil e à penal, caracterizando dupla ilicitude, dependente de sua gravidade”.

Ainda em 1916, o Código Civil apresentava uma ausência de sistematização quanto à matéria e reduzidos números de dispositivos que abarcassem o instituto, porém a responsabilidade civil cresceu em nosso ordenamento. Trabalhando o conceito de culpa e sua necessidade para classificar a espécie de culpa, dando origem as primeiras teorias.

O desenvolvimento industrial e o surgimento de danos fizeram emergir teorias que atendessem diferentes tipos de indenizações, buscando uma maior proteção às vítimas. Inicialmente, buscou-se fundamentar a responsabilidade na ideia de culpa, mas como esta se mostrou insuficiente para atender todas as ideias de responsabilidade criadas pelo progresso, o legislador buscou então amparar os casos excepcionais, onde a culpa não requer comprovação.

Portanto, a ideia da responsabilidade civil baseada na culpa é a que prevalece primeiramente em nosso ordenamento jurídico, mas devido os surgimentos de casos que não se encaixam sobre a leitura desses dispositivos do nosso próprio Código Civil, houve a necessidade de recorrer à própria Constituição, aderir leis esparsas, códigos e outros diplomas legais para atender casos especiais em que surge a necessidade de reparação independente de culpa.

Cavalieri (2012, p. 15) salienta que:

A responsabilidade tem por elemento nuclear uma conduta voluntária violadora de um dever jurídico, tornando-se, então, possível dividi-la em diferentes espécies, dependendo de onde provém esse dever e qual o elemento subjetivo dessa conduta.

Há outro aspecto importante que acompanha a transformação do instituto da responsabilidade civil. Trata-se da diferenciação da responsabilidade contratual e da extracontratual. Bier (2017, p. 7 apud Stoco, 2007, p. 139) ressalta que:

Assim, a responsabilidade extracontratual é o encargo imputado pelo ordenamento jurídico ao autor do fato ou aquele eleito por lei que ao violar direito causa dano a outrem. Enquanto, na responsabilidade contratual, o dano surge da inexecução previsível e evitável de obrigação de um contrato (2017).

Em outras palavras, a responsabilidade civil do Estado é uma espécie oriunda da responsabilidade extracontratual, sendo esta última gênero.

Após esse breve estudo sobre a consolidação do instituto da responsabilidade civil dentro do nosso Código Civil, nota-se que esta passou por uma longa transformação, suas particularidades foram listadas e, em seguida, examinamos com mais profundidade sobre o conceito e extensão da responsabilidade civil do Estado no nosso próximo item.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Já mencionamos que o Direito acompanha as transformações da sociedade e assim avança para segui-la com a aparição de novas espécies, como o instrumento jurídico da responsabilidade civil do Estado. O Estado é uma figura presente nas transformações da sociedade, devida à grande demanda de encargos sobre diferentes ocorrências, a Justiça passou a enxergar o Estado como passível de responsabilização.

Percebe-se que pessoas jurídicas e públicas, prestadores de serviços públicos também podem ser responsabilizados por danos ou prejuízos causados por seus agentes e que, quando for a terceiros está assegurado o direito de regresso contra os responsáveis quando dolo ou culpa (PEREIRA, 2019).

Neste tipo de responsabilização o dever de indenizar surge independente se está devidamente comprovado sua ação ou omissão. Havendo nexo casual entre fato e dano gerado na situação, temos o dever de reparação. A responsabilidade civil do Estado também é conhecida como responsabilidade extracontratual do Estado, hoje vista, “(...) como matéria do direito constitucional e direito administrativo” (GONÇALVES, 2018, p. 155).

Há doutrinadores que acreditam na diferenciação sobre o termo utilizado para nomear reparo. Isso ocorre porque alguns acreditam que quando se fala de dano oriundo de conduta ilícita do Estado, a vítima deveria buscar o ressarcimento em face do Poder Público e, em se tratando de conduta de reparo gerado por ato ilícito, temos a indenização como prestação de auxílio a quem sofreu o dano.

A responsabilização ocorre em diferentes esferas, uma vez que um ato pode incidir em esfera penal e na órbita administrativa, concomitantemente, e a punibilidade ocorrerá

de forma autônoma em ambas. A responsabilidade civil do qual estamos falando é prevista em nossa Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) . Até se concretizar na responsabilidade do Estado que conhecemos, passou por um longo desenvolvimento.

A primeira menção sobre o assunto foi perante sua ausência, intitulada de irresponsabilidade do Estado, teve origem nos estados absolutistas, no qual o conceito de certo e errado era decisão do chefe absoluto, o rei. Nesta época era impossível ter o Estado responsabilizado por qualquer decisão, pois o rei não permitia questionamentos sobre suas decisões a respeito do reino.

Superada a fase do mencionado princípio da irresponsabilidade do Estado, nasceu o conceito da responsabilidade objetiva do Estado. Esta ocorre quando surge um dano provocado pela Administração Pública, devendo ser reparado, independente de efetiva demonstração de dolo ou culpa do agente. O conceito surgiu com base na Teoria do Risco, motivado pelo desenvolvimento industrial, o risco seria presumido pelo Estado sendo suportado então seu encargo em caso de dano.

Configurando, o instituto da responsabilidade de forma objetiva e conceituando de forma concisa como se deu a criação da referida Teoria e qual o contexto histórico ensejou sua criação vale ilustrar com o ensinamento de GONÇALVES (2018, p. 28 apud Monteiro v.5, p. 416):

A responsabilidade é encarada sob o aspecto objetivo: o operário, vítima de acidente de trabalho, tem sempre direito à indenização, haja ou não a culpa do patrão ou do acidentado. O patrão indeniza, não porque tenha culpa, mas por que é dono da maquinaria ou dos instrumentos de trabalho que provocam o infortúnio.

Desse modo, buscando maior proteção para vítima e maior rigor do Estado, formulou-se a Teoria Objetiva, no Brasil é adotada desde a Constituição de 1946, tendo como elementos necessários, conduta, dano e nexo de causalidade. Por esta Teoria, não há mais necessidade de demonstração de que o Estado agiu com dolo ou culpa, basta comprovar que a conduta estatal produziu resultado danoso. Assim, o Estado passa a ser sujeito responsável pelas condutas ilícitas e também nas condutas lícitas.

A doutrina e a jurisprudência referem-se a esse fundamento da responsabilidade objetiva estatal como princípio da repartição igualitária dos ônus e encargos sociais. Evidenciando esse postulado que o Estado e as pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos em geral têm responsabilidade pelo mero risco das

atividades exercidas, isto é, mesmo que a atuação estatal seja perfeitamente lícita, mas a prestação do serviço público tenha ocorrido de forma irregular, o simples fato de um dano específico ter sido causado a um terceiro na execução da atividade, esta implicará na obrigação de indenizá-lo pelo prejuízo sofrido.

Neste caso, o ônus da prova passa a ser da Administração Pública que não concordando com a responsabilidade sobre o dano, irá ter que provar a culpa do particular, caso comprovada, será extinto a culpa ou em caso de culpa concorrente, terá a responsabilidade reduzida. Dessa forma, a responsabilidade se dividirá entre este e o Estado, à medida da participação de cada um no evento danoso.

Assim, temos a excepcionalidade sobre a Teoria do Risco Administrativo. Porém só caberá ao Estado o dever de indenização sobre danos ocorridos independente de culpa ou dolo, quando não presentes suas excludentes, neste caso temos a então chamada Teoria do Risco Mitigada, de modo que não se pode responsabilizar o Estado, ou terá a culpa concorrente quando provado:

- a. Força maior: um evento imprevisível, impossível de se evitar, por exemplo, acidente causado por um furacão. Também se equivale a força maior, o caso fortuito, não vem da natureza, mas é totalmente imprevisível. Neste caso, afasta-se a responsabilidade.
- b. Culpa da vítima: se a culpa não foi da vítima, mas sim concorrente entre o agente e a vítima, atenua-se a responsabilidade do Estado conforme o art. 945 C.C
- c. Culpa de terceiros: Se a culpa é da vítima ou de terceiros nós não temos responsabilidade objetiva do Estado por falta de nexo de causalidade.

Em ambos as hipóteses - culpa da vítima ou culpa de terceiros - demonstrada causa de excludente de responsabilidade, passa a se encaixar no segundo tipo de responsabilidade - culpa de terceiros, uma vez que deve ser comprovada a culpa ou dolo do agente, mesmo nos casos que deve ter ação do Estado e este omitir-se, a omissão tem que ser comprovada.

Esse segundo tipo de responsabilidade, trata-se da responsabilidade civil subjetiva do Estado. Nesta Teoria, o Estado precisa demonstrar a culpa civil do agente, uma vez demonstrada a intenção, surge o direito da vítima ao reparo. Neste caso, o encargo de demonstrar a culpa do agente público, o nexo causal entre dano verificado e a conduta que gerou o dano, é atribuída à vítima. A culpa nesta modalidade de responsabilidade subjetiva se trata de dolo, que é o desejo de provocar o dano e no caso de culpa

propriamente dita, ocorre por negligência, imprudência ou imperícia provocada pelo autor do fato. Em caso de validação do dolo ou culpa, o Estado responde pelo dano e, também, o servidor público pela via regressiva.

A responsabilidade subjetiva consta no art. 186 previsto no Código Civil. Trata-se de ato ilícito cometido de maneira culposa, onde o agente demonstra a vontade de praticar o ato ilícito. Sendo o ônus da prova daquele que acusa o autor de dano, ou seja, deverá provar que o sujeito que está implicado de suposta demanda é o responsável para reparar o dano.

Por fim, resumidamente, Bier (2017, p. 10 apud Carvalho Filho 2016, p. 341) salienta que “a responsabilidade do Estado, estampada no texto constitucional, é objetiva, mas a responsabilização do agente, perante o Estado, é subjetiva, decorrendo de comprovação de dolo ou de culpa”.

3 OS ACIDENTES DE TRÂNSITO E A RESPONSABILIDADE CIVIL MUNICIPAL

Segundo HONORATO, (p. 3, 2011) consta como recomendação expressa pelas Nações Unidas, intitulada de "Década de Ações para a Segurança Viária", cuja cerne buscava entre “o período de 2011 a 2020 ter o Trânsito Seguro como um Direito Humano e Fundamental de Segunda Dimensão”. A segurança no trânsito é um problema que aflige a sociedade mundialmente, seus obstáculos se concentram em assegurar a eficiência na proteção da vida e da incolumidade física de todos os usuários das vias terrestres. Estas exigências, também encontram recepção em nossa própria CRFB/88.

No entanto, no Brasil, como já citado, a incidência de acidentes continua em grande escala e a maioria dos acidentes ocorre em cidades de até 100 mil habitantes. (FABRICIO LOBEL, 2019)

Tendo como principal causa o moroso processo de municipalização da gestão viária, pois, podemos atribuir à morosidade à má execução sobre fiscalização das leis, dificuldades administrativas e econômicas para viabilizar a infraestrutura da fiscalização, além de propor capacitação técnica para entes responsáveis empregarem de modo satisfatório seus recursos, tais como, nas infraestruturas das vias e nas sinalizações.

A CRFB/88, determinou que compete privativamente à União legislar sobre matéria de trânsito com fulcro no art. 22, inciso XI. Em função disso, instituiu-se o Código

de Trânsito Brasileiro (CTB), em vigor a partir de 1998, estabelecendo competências para o município, sendo premente ressaltar o que estatuiu o § 3º do art. 1º do CTB:

Art. 1º O trânsito de qualquer natureza nas vias terrestres do território nacional, abertas à circulação, rege-se por este Código.

(...)

§ 3º Os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem no âmbito de suas respectivas competências, objetivamente, por danos causados aos cidadãos em virtude de ação, omissão ou erro na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro.

Ao passo que, os municípios têm a obrigação de cumprir as leis estabelecidas pelo CTB. Por isso, o CTB estabelece que os mesmos, a partir da Prefeitura, sejam responsáveis pela implantação de centros educacionais de trânsitos, serviços que garantem a infraestrutura das ruas e a fiscalização das leis preestabelecidas.

Assim, os municípios deveriam atentar-se em gerir seu trânsito em concordância à competência delegada a eles por lei, fazendo deste um mecanismo valedouro que possibilita repensar o espaço urbano ocupado pelas vias de circulação nas cidades, sejam elas de grande ou pequeno porte.

Por sua vez, ingressamos perante a seguinte hipótese: Seriam os municípios responsabilizados por conduta omissiva, com relação ao grande número de acidentes de trânsito nas cidades de até 100 mil habitantes, onde concentram 43% da população do nosso país, uma vez que a legislação vigente assegura em suas atribuições o exercício pelo próprio Poder Público municipal a respeito do trânsito seguro e sua eficiência em gerir a municipalização viária?

De acordo com a responsabilidade do Estado prevista no art. 37, § 6º da CRFB/88 assegura o direito de indenização contra o Estado e os prestadores de serviços públicos de forma objetiva, ou seja, sem a necessidade de demonstração da culpa ou dolo, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros. Assim, basta que a vítima comprove a existência do dano e do nexo causal presente na perda sofrida e a atividade exercida pelo Estado.

Portanto, quando o aludido artigo 37, § 6º da CRFB/88, nos traz “(...) responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (...)”, este possibilita atribuir o dano por atividade exercida por qualquer agente, que dentro de sua competência, foge da função administrativa, sem fazer distinção da conduta que deu

direito a indenização, podendo ser proveniente de omissão ou comissão. Logo, a responsabilidade do Poder Público pode incidir, sobre um município, ao omitir-se prestar serviços públicos em seu grau de competência.

Assim, é válida a tese de responsabilidade civil do município no que tange as omissões causadas pela ineficiência do exercício de suas atribuições. De modo que cabe a este, o ônus de indenizar nas faltas sobre ato previsto em lei. Neste caso, qual a tese de responsabilidade seria acolhida nestas circunstâncias, a responsabilidade civil objetiva do município ou subjetiva? Vejamos o que diz o pensamento doutrinário.

A doutrina defende que o art. 37, § 6º da CRFB/88 conduz a responsabilidade objetiva estatal. De fato, o referido dispositivo constitucional fundamenta a responsabilidade sobre a hipótese de ingressar com o direito de ser indenizado sem comprovação de culpa, na ausência de regularidade da prestação do serviço, ou seja, a responsabilidade civil objetiva. Segundo o transcrito jurídico usado por PEREIRA (2019 apud Supremo Tribunal Federal STF – ARE: 745642 de Goiás, relator Ministro Luiz Fux, julgada em 2013) valida que:

ACÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS POR ACIDENTE DE TRÂNSITO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR DANOS CAUSADOS A TERCEIROS POR AGENTES PÚBLICOS. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. A Administração Pública assume o risco e responde civilmente pelos danos por ventura causados injustamente a terceiros por seus agentes na realização de certa atividade administrativa. Assim, ausente a comprovação de uma das excludentes de sua responsabilidade objetiva, tal como a culpa exclusiva da vítima, é dever do Estado indenizar a vítima pelos danos sofridos em decorrência de acidente de trânsito. II – DANOS MATERIAIS. RESSARCIMENTO DOS VALORES NECESSÁRIOS PARA O TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO. COMPROVAÇÃO. Impõe-se ao Estado a obrigação de ressarcir à vítima dos valores necessários ao tratamento, uma vez comprovado nos autos. III – DANOS MORAIS. OBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS LEGAIS. MANUTENÇÃO. Apurados os danos morais, principalmente em decorrência dos abalos sofridos pela vítima no acidente, mostrando-se o valor arbitrado em conformidade com o ordenamento jurídico e os princípios que norteiam a proporcionalidade e razoabilidade, impõe-se a sua manutenção. [...] APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.” 4. Agravo regimental DESPROVIDO. (STF - ARE: 745462 GO, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 17/09/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-197 DIVULG 04-10-2013 PUBLIC 07-10-2013)

É importante ressaltar nos casos em que couber a responsabilidade objetiva do ente, este só deixará de responder diante da ausência de nexo de causalidade entre seu comportamento e o dano causado. Assim, a responsabilidade, em face da CRFB/88, sempre se dá de forma objetiva, mesmo diante de atos omissivos. Entretanto é improcedente recorrer à Teoria do Risco Integral, pois ainda assim, seria necessária a comprovação da existência do dano e de nexo causal.

Todavia, o objeto da presente pesquisa é expor a responsabilização do ente municipal em caso de omissão dos atos públicos de sua competência prevista em lei vale destacar o tema omissão estatal citado por PEREIRA (2019, apud Cavalieri Filho, 2012):

A responsabilização objetiva do Estado nos comportamentos omissivos é necessária verificar se a omissão administrativa é genérica ou específica. Nos casos de omissão genérica, a responsabilidade civil seria subjetiva, se for específica, a responsabilidade seria objetiva, configurando-se um dever individualizado de agir.

Para melhor compreensão, é necessário entender que a responsabilidade civil do Estado por omissão provém de conjunturas fáticas em que o dano é causado a um particular em virtude de uma omissão do agente público. Ou seja, fica demonstrada ausência do agente na conduta que é de sua competência, tendo a atuação em dever previsto em lei.

Assim continua PEREIRA (2019, apud Pietro 2017, p. 563) ao tratar sobre a responsabilidade por omissão:

Será possível a verificação da omissão quando existir de uma norma legal impondo um comportamento positivo, ou seja, um agir. Sem a presença de tal norma não há meio viável de se imputar ao Estado um comportamento inerte, sobretudo porque o princípio da legalidade que circunda a administração somente permite a atuação desta quando tal comportamento encontre previsão no ordenamento jurídico.

Ou seja, não há do que se falar omissão sem que exista norma positivada sobre determinada conduta a ser cobrada pelo ente estatal. Assim, é necessário descumprimento, por parte do Estado, no caso, do município, sobre um dever jurídico de agir. A indenização do Estado por ato omissivo surge perante a violação direta de um dever expresso em norma jurídica, o que transforma a responsabilidade objetiva em subjetiva, uma vez que ao descumprir ato positivado seria necessário comprovar culpa da Administração Pública.

Segundo Márcio Lopes (INFORMATIVO ESQUEMATIZADO: informativo 819-STF, 2017), em caso de danos causados por omissão, o particular, para ser indenizado, "deveria provar: a) a omissão estatal; b) o dano; c) o nexo causal; d) a culpa administrativa (o serviço público não funcionou, funcionou de forma tardia ou ineficiente)".

Assim, a responsabilidade civil do Estado por omissão é sempre uma responsabilização oriunda de comportamento ilícito, uma vez que é necessário demonstrar a culpa. Seria, portanto, necessário investigar sobre que aspecto a Administração Pública faltou com sua conduta omissiva, ou seja, a culpa. Uma vez inerte com suas delegações, esta agindo de forma ilícita e culposa. Preocupado com o subjetivo do agente estaríamos encaixando a responsabilidade civil municipal na corrente subjetiva.

Em virtude da posição que o Estado ocupa, impõe a ele a prática de deveres públicos e prestações que não pode ignorar. O contato com os cidadãos é constante e o seu potencial de causar danos é inegável. Somado ao fato de que o particular não pode fugir aos perigos de danos advindos da atividade estatal. Por isso o instituto da responsabilidade civil do Estado ganha contornos específicos, é o caso da responsabilidade civil do município sobre acidentes de trânsito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É documentado que no Brasil, muitos acidentes no trânsito deixaram mais de 1,6 milhão de feridos nos últimos dez anos. O objetivo deste artigo foi abordar a responsabilidade civil do Estado sobre os acidentes de trânsito, apontado se seria possível a responsabilização do município por omissão nos acidentes de trânsito.

Considerando essa situação é entendível responsabilizar os Municípios por uma significativa parcela dessa estatística. De modo, que fica sanada a hipótese, uma vez que a responsabilização do município é assegurada em nossa própria CRFB/88, dando origem a responsabilidade do Estado e seus agentes. Além disso, a proteção da vida e da incolumidade física de todos os usuários das vias terrestres é prevista em âmbito constitucional, fazendo nascer o poder-dever do Estado em proporcionar-lhe tal direito fundamental.

O artigo também demonstra a infringência das normas positivas no próprio CTB, o que caracteriza a omissão da competência municipal em valer leis já existentes.

Em tese, os Municípios, utilizando-se de suas prefeituras, são responsáveis por garantir que o CTB seja cumprido em toda extensão de sua localidade, além de dar suporte à infraestrutura e dispor dos agentes responsáveis para fins de manutenção da ordem.

Com o aumento da densidade populacional urbana e da quantidade de veículos nas cidades, resultaram em um aumento significativo de acidentes de trânsito. Somado a atitudes imprudentes dos motoristas, péssimas condições de tráfego e a resistência dos usuários das vias públicas em respeitar a legislação pertinente e a ausência do município em cumprir a contento a fiscalização, são também fatores que incrementam os números de ocorrências de acidentes de trânsito.

Entretanto, apesar da rigidez da legislação quanto à prevenção de acidentes de trânsito, os dados sempre se mostram em evidência. Em 2018 (o ano com dado mais recente disponível e consolidado), a taxa de mortalidade por lesão no trânsito é de 14,8 óbitos por 100 mil habitantes, totalizando 32.655 óbitos por lesão de trânsito (BRASIL, 2020). Embora haja pequenas reduções nos números de acidentes ao longo dos anos, ainda estamos longe de adequar os nossos municípios na meta global, que propõe uma redução de 50% dos óbitos por lesões de trânsito.

Um estudo realizado pelo Conselho Regional de Medicina (2019) apontou que entre 2009 a 2018, houve um crescimento de 33% na quantidade de internações em todo país, o impacto gerado em nosso serviço de saúde é alto e sobrecarregam os serviços no Sistema Único de Saúde (SUS), além de causar dano patrimonial aos cofres públicos, o mesmo estudo apontou que, nas últimas décadas, as internações hospitalares decorrentes de acidentes de trânsito consumiram cerca de R\$ 2,9 bilhões nos serviços de saúde.

Comprometendo a qualidade de vida da nossa sociedade. Assim, nota-se a necessidade da responsabilização municipal, tendo em vista que embora exista lei vigente, se o município não cumprir com suas atribuições, a municipalização viária ficará morosa, consequentemente não será possível controlar os números de acidentes por ineficiência do Poder Público.

Ainda que se levasse em consideração a culpa dos usuários, tais como, falta de conscientização tanto de pedestre e motorista. Algumas dessas imprudências também são resultado de omissões, é o caso do estado do Amazonas, por exemplo, que apresentou a

maior mortalidade de óbitos de pedestres vítimas de acidentes de trânsito, sendo 3,8 óbitos/100 mil habitantes (BRASIL, 2020). Vejamos, se o objetivo é buscar uma mobilidade segura cabe o município traduzir dados alarmantes em políticas públicas de prevenção, envolvendo programas educacionais destinados aos condutores e pedestre, surtindo efeito parcialmente sobre os números apresentados pelo estado.

De forma que, ter um trânsito seguro, não se limita a fiscalização, pavimentação e sinalização nestas cidades. Prover projetos educacionais sobre o trânsito estão inclusos dentro de suas competências conforme previsto no CTB.

Em 2018, as multas de apenas três tipos de infrações de trânsito cometidas nas ruas e rodovias, envolvendo alta velocidade resultaram no total de R\$ 11,3 bilhões para os cofres da União, Estados e municípios. (EXMAN; KRUGER, 2019). Esses recursos poderiam ser aproveitados pelos agentes públicos, mas por desconhecimento de suas atribuições nas normas legais e dos instrumentos para viabilizar a realidade de um sistema de trânsito integrado em todas as esferas, atrapalha a eficiência dos serviços prestados pelo poder público.

É entendível que o Sistema Nacional de Trânsito seja complexo, entretanto, os recursos de trânsito são disponíveis, é o caso do RENAINF (Registro Nacional de Infrações de Trânsito) e Fundo Nacional de Educação e Segurança de Trânsito (FUNSET), no qual oferece um fundo destinado ao trânsito para o agente que solicita o recurso, infelizmente nem todos os municípios tem domínio sobre o sistema. É o caso do estado de Minas Gerais que apresenta 853 municípios, apenas 58 estão integrados, equivalente a 6,8%. (BRASIL, 2020)

Assim, é preciso o conhecimento técnico dos agentes para gerir a distribuição de recursos financeiros e administrativo, consequentemente, proporcionando, policiamento, fiscalização, agente de segurança de trânsito nas ruas e suas condições de trabalho, vias públicas pavimentadas, sinalização e educação no trânsito. Ao não buscar o controle sobre os seus recursos, este acaba deixando de cumprir seus deveres mínimos.

É evidente a demonstração da omissão do município em condutas que deveriam ser praticadas e oferecidas pelo mesmo. Desse modo, incide responsabilidade municipal, uma vez que ao não colaborar em seu nível, está pondo em risco a vida do cidadão.

Portanto, compete ao ente municipal buscar ofertar as condições já previstas em lei para o bom funcionamento do serviço público, e em caso de omissão, é necessário o

reconhecimento do dano que causou a terceiro, buscando cumprir as suas competências de forma completa, já que é um poder-dever, sendo necessário recompor o dano à sociedade.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Yara. **Os acidentes de trânsito deixam mais de 1,6 milhão feridos em 10 anos.** Agência Brasil, Brasília, 23/05/2019. Saúde. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2019-05/acidentes-no-transito-deixaram-mais-de-16-milhao-feridos-em-10-ano>>. Acesso em: 23 de jul. 2020.

129

BIER, Brenda Ferreira. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR OMISSÃO NA ATUAL JURISPRUDÊNCIA. 2017

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 05 de abr. 2020.

_____. Lei número 3.071 de 01 de janeiro de 1916, Promulga Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Coleção de Leis do Brasil, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm> Acesso em: 01 out. de 2020.

_____. Lei número 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.** Brasília. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12. mai. 2020.

_____. Brasil. Ministério do Desenvolvimento Regional (ed.). **Denatran informa sobre arrecadação e utilização dos recursos voltados para o trânsito.** 2020. Governo Federal. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdr/pt-br/noticias/denatran-esclarece-sobre-arrecadacao-e-utilizacao-dos-recursos-voltados-para-o-transito>>. Acesso em: 29 out. 2020.

_____. **Ministério da Saúde** (ed.). Brasil reduziu em 32% a mortalidade por lesões de trânsito entre 2010 e 2018. 2020. Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM). Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/acoes-de-seguranca-reduzem-duas-mil-mortes-no-transito>>. Acesso em: 26 de out 2020

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 11. ed. São Paulo, Atlas, 2012.

CAVALCANTE, André Marcio Lopes. **Principais Julgados do STF e STJ Comentados (Julgados 2016)**. 1ª edição. Salvador, Juspodivm, 2017.

CTB - Código de Trânsito Brasileiro – LEI Nº 9.503, DE 23 DE SETEMBRO DE 1997.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINAL (Brasil). Conselho Federal de Medicina (ed.). **Em dez anos, acidentes de trânsito consomem quase R\$ 3 bilhões do SUS**. 2019. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28254:2019-05-22-21-49-04&catid=3. Acesso em: 26 out. 2020.

130

DIAS, Aguiar. **DA RESPONSABILIDADE CIVIL**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

EXMAN, Fernando; KRUGER, Ana. Valor Econômico (ed.). **Soma de três infrações de trânsito gerou R\$11,3 bi em 2018**. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/06/10/soma-de-tres-infracoes-de-transito-gerou-r-113-bi-em-2018.ghtml>. Acesso em: 20 out. 2020.

FABRICIO LOBEL (Brasil). Folha de São Paulo (ed.). **Cidades pequenas concentram metades das mortes no trânsito**. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/07/cidadespequenasconcentram-metade-das-mortes-no-transito.shtml>. Acesso em: 02 fev. 2020.

FERNANDES NETO, Benevides. Controvérsias e ilegalidades na utilização de radares semafóricos. Jus Navigandi. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7275>. Acesso em: 25 ago. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Digital: Saraiva, 2018.

HONORATO, Cássio Mattos. **Trânsito Seguro: Direito Fundamental de Segunda Dimensão**. RT 911, ano 100, p. 107-169, set. 2011.

LIMA, Alvino. **DA CULPA AO RISCO**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938. p
SOUZA, Cristina. **Agentes de trânsito contribuem para segurança de pedestres e motoristas**. 2013

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

PEREIRA, Thaís Gomes. **Responsabilidade civil do Estado nos acidentes de trânsito**. Conteúdo Jurídico, Brasília DF: Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53057/responsabilidadecivildo-estado-nos-acidentes-de-transito>. Acesso em: 22 de set 2020.

CONTROLE INTERNO DO PODER JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Francelson Martins do Carmo

Marcelo Antunes Santos

RESUMO

132

O controle interno dos órgãos públicos tem papel relevante na realização das metas institucionais bem como tem o condão de prevenir a ocorrência de falhas e contribuir para o alcance de resultados positivos. Destarte, o presente trabalho tem como objetivo analisar o sistema de controle interno no âmbito do Poder Judiciário e sua harmonização com o princípio da eficiência preconizado no art. 37, da Constituição Federal. Assim, pretende-se investigar e ao final responder, mediante sua caracterização: qual o papel do controle interno do Poder Judiciário para efetivação do princípio constitucional da eficiência? Para desenvolvimento do tema foi utilizada o método dedutivo de modo que se partiu de um estudo de teorias e leis para a análise e explicação de fenômenos particulares (geral para o particular). A pesquisa bibliográfica foi utilizada com o estudo de referências teóricas publicadas por meios escritos eletrônicos, livros, artigos científicos e sites especializados relacionados à temática.

Palavras chave: Controle Interno. Poder Judiciário. Princípio da Eficiência.

ABSTRACT

The internal control of public bodies has an important role in the achievement of institutional goals, as well as preventing the occurrence of failures and contributing to the achievement of positive results. Thus, the present work aims to analyze the internal control system within the scope of the Judiciary and its harmonization with the principle of efficiency advocated in art. 37, of the Federal Constitution. Thus, it is intended to investigate and at the end answer, through its characterization: what is the role of the Judiciary's internal control for the effectiveness of the constitutional principle of efficiency? For the development of the theme, the deductive approach method was used, starting from a study of theories and laws for the analysis and explanation of particular phenomena (general to particular). The bibliographic research was used with the study of theoretical references published by electronic written means, books, scientific articles and specialized websites related to the theme.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CR/1988) preceitua em seu artigo 2º que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Depreende-se do referido texto normativo, haja vista sua amplitude, que os poderes gozam de independência gerencial, financeira e orçamentária.

No entanto, os referidos “Poderes”, por serem mantidos com recursos públicos e se pautarem em interesses de cunho não privado, necessitam alcançar resultados positivos, passíveis de serem acompanhados e controlados pelos órgãos elencados no texto constitucional, em especial os enumerados no art. 70, § único da Constituição Federal.

Nesse contexto, e considerando o elencado no artigo supracitado, o controle externo do judiciário é exercido pelos Tribunais de Contas, de modo que no âmbito da Justiça Federal, o controle externo é exercido pelo Tribunal de Contas da União e no âmbito estadual pelos Tribunais de Contas Estaduais. A fiscalização se opera por meio de provocação ou por iniciativa do próprio órgão de controle, por meio de levantamentos, auditorias, inspeções, acompanhamentos e monitoramentos.

No âmbito interno, o controle do judiciário é operacionalizado pelo próprio órgão, segundo mandamento constitucional estatuído no artigo 74, da CF, regulamentado pela Resolução CNJ N°86, de 08 de setembro de 2009, que dispõe sobre o controle interno nos tribunais que integral o Poder Judiciário aduzindo em seu artigo 1º que os Tribunais integrantes do Poder Judiciário e sujeitos ao controle do Conselho Nacional de Justiça criarão unidades ou núcleos de controle interno, de acordo com o disposto no art. 74 da Constituição Federal.

O sistema de controle externo e interno é um conjunto de políticas, processos e procedimentos que são elaborados e executados para assegurar o alcance dos objetivos e metas institucionais estabelecidos no planejamento estratégico e, além disso, tem finalidade de salvaguardar o equilíbrio das contas públicas.

A ausência ou insipiência de planejamento organizacional prejudica o desempenho da administração pública, provoca impactos negativos no gerenciamento e economicidade dos recursos públicos e, principalmente, afeta imagem do ente ou poder público. Isto dito infere-se que o planejamento, execução e o sistema de controle são essenciais a toda organização, quer seja privada ou pública, sendo essa última objeto de análise no caso sob exame.

Na administração pública, a função dos controles assume um papel relevante haja vista a obrigação de prestar contas, imposta a toda e qualquer ente, pessoa física ou jurídica que administra ou recebe recursos públicos (art. 70 e art. 74, CRFB/1988). Nesse cenário que se insere a importância dos sistemas de controles para a gestão pública

destacando suas ações para permitir a exatidão e confiança na consecução dos serviços públicos com fins de atender ao interesse público.

Impende ressaltar que, somados aos controles externos e internos há ainda o exercido pela sociedade em geral, no exercício da cidadania e demais direitos elencados na Constituição da República.

Ademais, impende destacar que para uma aplicação justa dos recursos de natureza pública é necessário que os cidadãos estejam empenhados em exigir uma justiça eficiente, de modo que o controle por parte destes sujeitos pode ser efetivado por meio de reclamações ou denúncias para as corregedorias e/ou ouvidorias atreladas aos órgãos respectivos.

O Poder Judiciário, no exercício de sua função judicante, ou mesmo no exercício de suas funções administrativas, deve pautar-se no interesse coletivo. Assim, discorrer sobre a efetividade do controle interno no âmbito do Poder Judiciário e sua harmonização com o princípio constitucional da eficiência é trabalho de notória relevância, tanto em sua face jurídica como social. Para tanto, formula-se a seguinte pergunta problema: qual o papel do controle interno do Poder Judiciário para efetivação do princípio constitucional da eficiência?

Para desenvolvimento do tema foi utilizada o método dedutivo de modo que se partiu de um estudo de teorias e leis para a análise e explicação de fenômenos particulares (geral para o particular). A pesquisa bibliográfica foi utilizada com o estudo de referências teóricas publicadas por meios escritos eletrônicos, livros, artigos científicos e sites especializados relacionados à temática.

DAS FORMAS DE CONTROLE: EXTERMO E INTERNO

A função do controle é auxiliar os gestores na tomada de decisões, embasadas em análise dos processos e resultados, haja vista se tratar de "mecanismo de reforço do comportamento positivo e correção de rumo no caso de resultados não desejados", nos dizeres de Gomes e Salas (1999, p. 22).

A importância dos controles (interno e externo) reside no fato de possibilitar uma análise mais acertada a respeito dos aspectos relevantes no processo de gestão, pois tem por escopo “a revisão dos atos, a anulação, a admoestação e a punição dos agentes, sempre

visando à reorientação do que está em curso, para obter o aperfeiçoamento” (FERNANDES, 2003, pp.32-33).

Ao discorrer sobre Controle da Administração Pública, Carvalho Filho (2014, p. 1031), o define como sendo o: “conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de poder.”

O controle na Administração Pública merece destaque por auxiliar e orientar no planejamento e execução da atividade pública com finalidade proporcionar melhores serviços públicos, proporcionando à gestão pública recomendações para reorganizar processos e procedimentos, atendendo, assim, ao princípio da eficiência.

Considerando sua divisão em externo e interno tem-se que será externo quando realizado por órgão que não está na estrutura organizacional da entidade ou interno quando exercido pelo próprio ente, sobre seus próprios atos e de seus agentes, podendo ser espontâneo ou provocado, a exemplo do recurso administrativo, reclamação, abaixo-assinado, dentre outros.

Ao definir controle externo Guerra (2005, p.156) aduz que:

O controle externo é aquele desempenhado por órgão apartado do outro controlado, tendo por finalidade a efetivação de mecanismos, visando garantir a plena eficácia das ações de gestão governamental, porquanto a Administração Pública deve ser fiscalizada, na gestão dos interesses da sociedade, por órgão de fora de suas partes, impondo atuação em consonância com os princípios determinados pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, legitimidade, economicidade, moralidade, publicidade, motivação, impessoalidade, entre outro.

Attie (2006, p.100) afirma que o controle interno compreende todos os meios planejados numa organização para dirigir, restringir, governar e conferir suas várias atividades com o propósito de fazer cumprir seus objetivos. E poderá incluir também:

Um sistema de controle interno bem desenvolvido pode incluir controle orçamentário, custo-padrão, relatórios operacionais periódicos, análises estatísticas, programas de treinamento do pessoal e, inclusive, auditoria interna. Pode também, por conveniência, abranger atividades em outros campos, como, por exemplo, estudo de tempos e movimentos e controle de qualidade. (ATTIE, 2006, p. 114).

Marcondes (2020, p.3), conceitua o controle interno dentro da organização como sendo “[...] um processo organizacional desenvolvido para garantir com razoável certeza,

que sejam atingidos os objetivos da organização”. No âmbito organizacional, o controle interno tem função de permitir a consecução de objetivos ou auxiliar a instituição a atingir seus objetivos, pois é um elemento que compõem o processo de gestão.

Segundo (SILVA, 2002, p.4) no que tange aos controles, genericamente considerados:

[...] englobam os métodos e procedimentos que visam à adesão às políticas estratégicas e à eficiência operacional da organização. São instrumentos de controle administrativo o planejamento estratégico, as metas de produção, os sistemas de custos e o controle de qualidade, entre outros.

136

Para Oliveira (2005, p.427), controlar é fazer comparação do resultado das ações e programas, com padrões preestabelecidos, com a finalidade de corrigi-las, se necessário.

Segundo Pereira e Neto, Waqued (2015, p.19):

O controle interno compreende todos os mecanismos e instrumentos planejados na administração de uma instituição ou organização para conferir, dirigir, executar, fiscalizar, governar, restringir e vigiar suas várias ações e atividades com o objetivo ou propósito de fazer cumprir as suas metas e objetivos.”

Deste modo, estabelecidos os contornos dos controles interno e externo, impende então analisar o papel deste último, objeto de estudo específico do presente estudo, para efetivação de princípios, direitos e deveres constitucionais.

As decisões gerenciais devem considerar as orientações catalogadas pelo controle interno. Ademais, o todo organizacional necessita organizar as diversas atividades com propósito de cumprir o planejado com destaque a duas atividades: Auditoria Interna e Gestão de risco, ambas tendentes a garantir segurança no alcance dos números planejado.

AUDITORIA INTERNA E GESTÃO DE RISCOS NO ÂMBITO DO CONTROLE INTERNO

O Sistema de Controle Interno abrange a análise e avaliação do cumprimento das metas previstas no planejamento estratégico de qualquer entidade, esse controle é realizado com utilização de instrumentos como a auditoria interna que tem finalidade de consultoria, auxiliando a gestão na realização de suas metas preconcebidas.

No âmbito do poder judiciário, a auditoria é um mecanismo fundamental que compõe as atividades do sistema de controle interno e segundo regulamentação da Resolução Nº 308 de 11/03/2020 é uma unidade obrigatória dentro da estrutura organizacional dos órgãos do poder judiciário. Vejamos:

Art. 1º As atividades de auditoria interna do Poder Judiciário serão organizadas sob a forma de sistema, nos termos desta Resolução.

Art. 2º Auditoria interna é a atividade independente e objetiva de avaliação e consultoria com o objetivo de agregar valor às operações da organização, de modo a auxiliar na concretização dos objetivos organizacionais, mediante avaliação da eficácia dos processos de gerenciamento de riscos, de controles internos, de integridade e de governança.

Parágrafo único. Em função das suas atribuições precípua, é vedado às unidades de auditoria interna exercer atividades típicas de gestão, não sendo permitida sua participação no curso regular dos processos administrativos ou a realização de práticas que configurem atos de gestão.

Art. 3º É obrigatória a existência de unidade de auditoria interna, vinculada diretamente à autoridade máxima do órgão, nos conselhos e tribunais integrantes do Poder Judiciário e sujeitos ao controle do CNJ.

As atividades da auditoria interna têm a finalidade de avaliação e consultoria com intuito de agregar valor as operações da organização. Esse tipo de controle é realizado por meio de abordagem metódica e disciplinada com intuito de supervisionar e aperfeiçoar os processos de gerenciamento de riscos, de controles internos, de integridade e de governança. Tais atividades são importantes, pois orientam o controle interno na formulação e implementação de processos e procedimentos para alcançar os objetivos e metas estratégicas do poder judiciário.

Attie (2011, p.43) aduz que a auditoria interna “consiste no levantamento, estudo e avaliação sistemática das transações, procedimentos, operações, rotinas e das demonstrações financeiras de uma entidade”. O mesmo autor (2011, p.52) narra que o objetivo da auditoria interna é identificar se todos os procedimentos e políticas definidas pela companhia estão sendo efetivados conforme critérios previamente definidos.

O sistema de controle interno por meio da auditoria interna detecta anomalias intencionais e a ocorrência de erros não intencionais. Ambas as modalidades de falhas podem provocar interferências negativas nos resultados desejados pela entidade/órgão. No caso de erros não intencionais, podem ocasionar a má aplicação de processos ou

procedimentos predeterminados pela instituição ou mesmo a inobservância de preceitos legais.

A ausência ou mesmo fragilidade no controle interno possibilita a ocorrência dos desvios, desperdícios, atos de improbidades, improdutividade, impossibilitando assim a realização do princípio da eficiência, que em suas faces, exige resultados positivos:

O sistema de controle interno tem que garantir ou possibilitar, auxiliar a Administração Pública a atingir seus objetivos, políticas públicas e prioridades administrativas. Proporcionar uma garantia adequada, coerente e razoável para tomada de decisões corretas e justas. Por não existir uma garantia absoluta deve auxiliar e favorecer a Administração na consecução de suas ações, metas, programas, projetos, objetivos, políticas públicas e prioridades administrativas e assegurar uma relação custo-benefício (economicidade). (PEREIRA, NETO e WAQUED, 2013, p.25)

A efetividade do serviço prestado pela Administração Pública está estritamente ligada ao controle interno numa relação simbiótica, ou seja, os resultados dessa associação harmônica são benéficos para ambos, pois no âmbito da gerência pública não tem como dissociá-los. É uma relação diretamente proporcional, isto é, quando o controle interno funciona regular e positivamente a eficiência organizacional é atingida, por outro lado, se existem falhas ou ausência de atuação do controle interno, resulta em ineficiência e resultados negativos.

De acordo com o Comitê COSO (Committee of Sponsoring Organizations), Controle Interno é: “Um processo conduzido pela estrutura de governança, administração e outros profissionais da entidade, desenvolvido para proporcionar segurança razoável com respeito à realização dos objetivos relacionados a operações, divulgação e conformidade. (COSO, 2013)” (MIRANDA, 2017, p.6)

Ademais, somada a auditoria interna é necessária a implementação do gerenciamento de riscos, o qual deve estar sob responsabilidade do controle interno, mas com participação de todos os setores que compõe a estrutura organizacional com intuito de identificar possíveis eventos que possam oferecer riscos na consecução das metas institucionais.

No ano de 2004, o COSO fez a divulgação do trabalho intitulado “Gerenciamento de Riscos Corporativos – Estrutura Integrada (COSO ERM)”, o definindo nos seguintes termos:

É um processo conduzido em uma organização pelo conselho de administração, diretoria e demais empregados, aplicado no estabelecimento de estratégias formuladas para identificar, em toda a organização, eventos em potencial, capazes de afetá-la, e administrar os riscos de modo a mantê-los compatíveis com o apetite a risco da organização e possibilitar garantia razoável do cumprimento dos seus objetivos. (COSO ERM, 2004). (MIRANDA, 2017, p.6)

O controle interno para alcançar a eficiência da administração pública necessita implementar mecanismo para gerenciamento dos riscos que podem ser orientado conforme diretrizes do COSO ERM com objetivos de garantir o cumprimento razoável das metas institucionais.

Além do COSO ERM, no âmbito de controladoria interna há conceitos e diretrizes do ISO 31000 (laborada pela Comissão de Estudo Especial de Gestão de Riscos\CEE-63), que possibilita alcançar inúmeros benefícios à organização. Vejamos:

Aumentar a probabilidade de atingir os objetivos; • encorajar uma gestão proativa;
• estar atento para a necessidade de identificar e tratar os riscos através de toda a organização; • melhorar a identificação de oportunidades e ameaças; • atender às normas internacionais e requisitos legais e regulatórios pertinentes; • melhorar a governança; • melhorar a confiança das partes interessadas; • estabelecer uma base confiável para a tomada de decisão e o planejamento; • melhorar os controles; • alocar e utilizar eficazmente os recursos para o tratamento de riscos; • melhorar a eficácia e a eficiência operacional; • melhorar a prevenção de perdas e a gestão de incidentes; • minimizar perdas; • melhorar a aprendizagem organizacional; • aumentar a resiliência da organização. (MIRANDA, 2017, p.7)

Os mecanismos de gerenciamento de risco mencionados acima são exemplos importantes e necessários para que a administração pública por meio do controle interno possa garantir com segurança o cumprimento dos objetivos e metas institucionais, pois diversos fatores internos e externos podem influenciar nos resultados e no planejamento da instituição pública.

Algumas das funções da gestão de riscos são assegurar o alcance dos objetivos, por meio da identificação antecipada dos possíveis eventos que poderiam ameaçar o atingimento dos objetivos, o cumprimento de prazos, leis e regulamentos etc., implementar uma estratégia evitando o consumo intenso de recursos para solução de problemas quando esses surgem inesperadamente, bem como melhorar continuamente os processos organizacionais. (MIRANDA, 2017, p.14)

O gerenciamento do risco visa assegurar o alcance dos objetivos por meio de estratégias que possibilitem catalogar e identificar eventos que podem interferir negativamente na consecução nos resultados. O controle interno precisa dispor de ferramentas necessárias para gerenciar os riscos, pois “a incerteza ou o risco é inerente a praticamente todas as atividades humanas...” (MIRANDA, 2017, p.5), assim, toda atividade humana é passível de incertezas ou riscos.

A coordenação do controle interno está a cargo da alta gestão com participação de todos os órgãos e departamentos que compõe a estrutura organizacional, ou seja, cada atividade desenvolvida no âmbito da entidade pública precisa estar interligada ao controle interno com intuito de gerenciar situações que tem potencial de provocar incertezas ou riscos que podem afetar negativamente os objetivos da instituição.

Ademais, o controle interno precisa funcionar considerando o princípio da eficiência de modo a garantir o alcance das metas e objetivos institucionais, ou seja, o controle interno tem que ser reflexo da efetivação do princípio da eficiência o qual significa que os entes públicos alcancem os melhores resultados com as melhores técnicas, com menor custo e aproveitando as melhores oportunidades para o bem do serviço público e de toda a coletividade.

PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Hely Lopes Meirelles (2015, p. 104) conceituou o princípio da eficiência, como sendo:

O que se impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento profissional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

O princípio da eficiência é uma exigência constitucional que impõe a administração pública buscar resultados que garanta a efetividade do serviço público, considerando que a atividade pública eficiente é aquela que produz resultados efetivos. Exemplificando eficiência: uma empresa pretende contratar um operário para cavar um poço com objetivos de achar água. Segundo planejamento, deverá cavar 2 metros cúbicos por dia até encontrar a água. Um homem executa o trabalho e consegue cavar os dois

metros cúbicos por dia, no entanto, não encontra água. Logo sua atividade ou serviço prestado pode ser considerado ineficiente. Um homem que faz um planejamento e estudo prévio e já identifica o local correto que deve ser cavado o poço e assim encontra a água estará executando um trabalho eficiente.

Nessa esteira, o princípio da eficiência deve guiar a busca pelas coordenadas exatas, pois a eficiência não deve produzir somente produzir um resultado, mas produzi-lo da melhor maneira possível.

Segundo Maria Sylvia Di Pietro (2017, p.154).

O princípio apresenta-se sob dois aspectos, podendo tanto ser considerado em relação à forma de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atuações e atribuições, para lograr os melhores resultados, como também em relação ao modo racional de se organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, e também com o intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público.

A constituição preconiza em seu artigo 37 que a administração pública atue pautada nos princípios da legalidade, impessoalidade publicidade e eficiência. Em se tratando da prestação dos serviços públicos é necessária uma melhor atuação do agente, e uma melhor organização e estruturação por parte da administração, com vistas a produção de resultados positivos e satisfatórios as necessidades da sociedade (VALOIS, 2003, p.3).

Os resultados a serem produzidos pela administração pública não podem estar aquém das reais necessidades e finalidade as quais os serviços desta natureza se submetem, mas precisam garantir os melhores resultados para que o princípio da eficiência seja efetivado conforme previsão constitucional.

Segundo Alexandre Moraes (2003, p.247)

Assim, princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social.

O princípio da eficiência impõe que qualquer pessoa física ou jurídica prestadora de serviço público ou que tenha suas atividades subsidiadas com recursos públicos

produzam os melhores resultados, primando pela qualidade e buscando os melhores e desejáveis resultados em prol de toda a coletividade. Para Pereira e Neto, Waqued (2015, p.3):

Diante das disposições constitucionais e infraconstitucionais, a Administração Pública, tornou-se responsável pela implantação e aperfeiçoamento do sistema de controle interno, que possa controlar suas ações e atividades, metas e objetivos, políticas públicas e prioridades, programas e projetos, evidenciar e proteger com fidelidade e segurança o patrimônio público.

Conforme se nota do texto constitucional o Poder Judiciário é parte integrante da estrutura estatal, tem sua dotação orçamentária mantida com recursos públicos recolhidos por meio de tributos e presta serviço público. Assim, este mesmo Poder é regido pelos princípios estabelecidos no artigo 37 da CR/1988 e dentre esses princípios, merece destaque o princípio da eficiência, que no âmbito deste Poder se realiza por meio do alcance de resultados positivos no exercício das atividades judicantes.

É nesse cenário de busca pela eficiência que se insere as atividades do sistema de controle interno no âmbito do Poder Judiciário, pois enquanto um ente estatal também está pautado na consecução desse princípio, haja vista que, as atividades desse poder estatal tem como finalidade atender o interesse público por meio da resolução das demandas que chegam para ser solucionadas pela competência do poder judicante.

Segundo art. 1º, da Resolução 86/2009 do CNJ, in verbis:

§1º - Os núcleos ou unidades administrativas de controle interno desenvolverão suas atividades, com os seguintes propósitos:

- I- Avaliar o cumprimento das **metas previstas no plano plurianual respectivo;**
- II- Acompanhar e avaliar a execução orçamentária e os programas de gestão;
- III- verificar a observância e comprovação da legalidade dos atos de gestão e avaliar os resultados, especialmente quanto à **eficiência e à eficácia** das ações administrativas, relativas à gestão orçamentária, financeira, patrimonial e de pessoal, nos seus vários órgãos.
- IV- Examinar as aplicações de recursos públicos alocados por entidades de direito privado;
- V- Subsidiar meios e informações, bem como apoiar o controle externo e o CNJ no exercício de sua missão institucional.

Assim, as finalidades do controle interno do Poder Judiciário estão intimamente ligadas ao princípio constitucional da eficiência quando determina que os resultados serão

avaliados especialmente quanto a eficiência e eficácia, assim, “...a imposição de metas razoáveis é extremamente positiva, na medida em que orienta os juízes a priorizar o julgamento dos processos mais antigos, demonstrando à sociedade que há perspectiva de conclusão,” (FRANÇA, 2015, p.2).

Assim na gestão de suas atividades o Poder Judiciário deve harmonizar a previsão e efetivação de suas metas internas com os princípios esculpidos na Constituição Federal, sobretudo da eficiência, tanto no que tange aos aspectos quantitativos como qualitativos.

Princípio da eficiência e duração razoável do processo

Conforme o “Relatório de Justiça em Números de 2019, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o tempo médio de tramite de uma demanda judicial caiu de 5 anos e 6 meses em 2015 para 4 anos e 10 meses em 2018. A ação de priorizar o julgamento de processos antigos integra o rol das Metas Nacionais do Poder Judiciário e devem ser seguidas por todos os tribunais.” (ANDRADE, 2019, p.2).

O levantamento destacado no parágrafo antecedente demonstra que o lapso temporal para solucionar as demandas que chegam ao judiciário ainda é muito longo o que prejudica as metas institucionais e afeta o resultado útil dos processos. Tal mora dificulta a efetivação do princípio da eficiência, o que atinge o direito fundamental da razoável duração do processo, constante no texto constitucional, artigo 5º, inciso LXXVIII, da CR/1988 que prevê 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.

O efetivo acesso à justiça somente se realiza quando o judiciário soluciona em tempo razoável os litígios levados a julgamento. Como se nota pelos números trazidos, a morosidade no julgamento dos processos é ainda um desafio a ser enfrentado para que o direito seja traduzido em demandas efetivamente atendidas.

A Constituição Federal estabelece que compete ao Poder Judiciário dirimir os conflitos sociais que necessitem da atuação estatal e assim pacifique as questões controversas levadas a julgamento. A Carta Magna, ao prever expressamente a garantia do acesso à justiça, também determinou o direito à duração razoável do processo.

A morosidade processual representa um entrave para efetivação do direito a razoável duração do processo. Segundo o doutrinador Diógenes Gasparini: “o princípio

da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade”. (2005, pág. 21).

O princípio da duração razoável do processo legal está estritamente relacionado ao princípio constitucional da eficiência. Assim, a eficiência do processo é sinônimo de ofertar um serviço público pautado na efetividade de suas ações e voltadas para resolução das demandas em tempo razoável. Os princípios da eficiência e da duração razoável do processo asseguram que o processo não se estenda além do prazo razoável e tampouco venha a comprometer a efetividade judicial.

A efetividade do processo objetiva possibilitar aos demandantes uma adequada, eficiente e tempestiva solução de controvérsias como reflexo da aplicabilidade dos princípios da eficiência e da duração razoável do processo.

Nesse sentido, o controle interno tem papel preponderante, haja vista ser instrumento que tem por objetivo o alcance das metas gerenciais e institucionais do órgão de forma a garantir que os resultados se realizem conforme planejado, com duração razoável, que consiga ser eficiente ao assegurar julgamentos céleres e justos, ou seja, um processo em que possibilite uma razoável duração, como também, conseguir que a prestação jurisdicional brasileira seja célere e capaz de atender à finalidade da justiça, isto é, a pacificação social.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo compreender o papel do controle interno na realização do princípio da eficiência. Para tanto, discorreu sobre a questão da morosidade judicial e os instrumentos aptos a corroborar com a realização do controle interno ora estudado.

As ações do controle interno são relevantes, vez que é por meio das compilações feitas neste contexto que a gestão do judiciário planeja processos e procedimentos que visam a qualidade e segurança das ações, atividades, metas, políticas, programas, projetos e prioridades desenvolvidas em busca de resultados desejados e satisfatórios.

Além dessas atribuições, o controle interno, também permite garantir e proteger o interesse público, zelando pelo equilíbrio das contas públicas, por meio da relação custo/benefício, buscando alocação dos recursos em área prioritárias e estratégicas,

qualificação e treinando de forma adequada as diversas classes de profissionais que compõe o quadro funcional da instituição.

Ademais, por meio do controle interno é possível identificar e catalogar os eventos e riscos que podem afetar de maneira negativa os resultados almejados tal como a resolução das demandas judiciais de forma célere e justa, garantindo a efetiva prestação jurisdicional.

Com a promulgação da emenda constitucional n.º19/1998, alterando o art.º 37, o princípio da eficiência passa ser um dos princípios norteadores da administração pública, logo, o processo judicial precisa ser célere e garantir que os jurisdicionados tenham suas demandas apreciadas em tempo razoável.

Com a instituição do princípio da eficiência na Constituição Federal, o clamor público passa a ter o direito de questionar os resultados das atividades públicas, sejam elas executadas diretamente pela administração pública, por entes terceirizados delegatários e permissionários ou que recebem recursos financeiros de origem pública, exigindo-se a prestação de serviços públicos de qualidade.

Ademais, para se alcançar os resultados positivos é mister que o controle interno seja atuante e suas ações precisam garantir que a alta gestão adote as melhores decisões com base em informações precisas, indicando os eventos ou riscos que precisam ser solucionados e assim garantir a efetividade judicial.

Deste modo, no que tange a investigação sobre o papel do controle interno do Poder Judiciário para efetivação do princípio constitucional da eficiência temos que o sistema de controle interno é essencial para efetivação do princípio da eficiência no âmbito do poder judiciário, pois mune de informações imprescindíveis a gestão do órgão e de seus processos internos, além de diagnosticar erros, auxiliar na prevenção de anomalias e melhor embasar a tomadas de decisões da gestão assim aproximar o judiciário do ideal de eficiência, nos termos previstos na carta constitucional.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Paula. **Julgamento dos processos mais antigos reduz tempo médio do acervo**. Disponível em: (<https://www.cnj.jus.br/julgamento-dos-processos-mais-antigos-reduz-tempo-medio-do-acervo/>). Acesso em 03 set.2020.

ATTIE, Willian. **Auditoria: Conceitos e aplicações**. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, São Paulo: Editora Atlas, 2014.

FRANÇA, Giselle de Amaro. **Como o Poder Judiciário presta contas à sociedade?** Disponível em: (<https://www.conjur.com.br/2015-jan-25/segunda-leitura-poder-judiciario-presta-contas-sociedade>). Acesso em 08 set.2020.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

146

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2005.

GOMES, Josir S.; SALAS, Joan M.. **Controles de gestão: uma abordagem contextual e organizacional**. São Paulo: Atlas, 1999.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da Administração Pública**. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Forum, 2005.

MARCONDES, José Sérgio. **Controle interno: o que gestão de segurança privada**. 2020. Disponível em Blog Gestão de segurança: (<https://gestaodesegurancaprivada.com.br/control-interno-o-que-e-componentes/>) – Acessado em: 15 de outubro de 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MIRANDA, Rodrigo F. A. **Implementando a Gestão de Riscos no Setor Público**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** / Alexandre de Moraes. Atlas - 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, PAZETO Djalma. P.R, **Sistemas, organização e métodos: uma abordagem gerencial**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PEREIRA, Zurisane Gonçalves; NETO, Mário Ferreira; WAQUED, Cárbio Almeida. **A RELEVÂNCIA DO CONTROLE INTERNO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL**. PUCGOIAS, 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, Pedro Gabril Kenne da. **O PAPEL DO CONTROLE INTERNO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**. ConTexto, Porto Alegre, v. 2, n. 2, 1º semestre 2002. Disponível em: (<https://seer.ufrgs.br/ConTexto/article/viewFile/11555/6784>). Acesso em: 20 out. 2020.

VALOIS, Fernanda. **A Atuação do Princípio da Eficiência frente aos serviços e agentes públicos**. Direito net, 2003. Disponível em <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1099/A-atuacao-do-Principio-da-Eficiencia>>. Acesso em 10 set. 2020.

O DIREITO À SAÚDE E A EFETIVIDADE DO DIREITO À VIDA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO COTIDIANO DA POPULAÇÃO RIBEIRINHA DO ESTADO DO AMAZONAS.

THE RIGHT TO HEALTH AND THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO LIFE AND DIGNITY OF THE HUMAN PERSON IN THE EVERYDAY OF THE RIBEIRINHA POPULATION OF THE STATE OF AMAZONAS

148

Franciane de Souza Gonçalves

Jane Silva da Silveira

RESUMO

O presente trabalho tem como proposta evidenciar a necessidade da população ribeirinha do Estado do Amazonas, norte do Brasil, em especial a população do Município de Silves-AM, quanto a efetividade de direitos e garantias constitucionais, no que tange a assistência à saúde, à dignidade da pessoa humana, à vida, inerentes a todos os brasileiros, diante do desleixo do Poder Público e a falta de recursos destinados para este fim. Abordamos ainda a importância do SUS (Sistema Único de Saúde), como principal instrumento de efetividade desses direitos no cotidiano do povo amazônida. Como contribuição apresentamos alternativa, a fim de suprir os anseios da população ante a problemática apontada sob o olhar do cidadão amazonense, morador de comunidades localizadas em rios, lagos e igarapés, que vive essa realidade em seu cotidiano.

PALAVRAS CHAVE: Saúde, Vida, Dignidade, Igualdade, SUS.

ABSTRACT

The present work aims to highlight the need of the riverside population of the State of Amazonas, northern Brazil, especially the population of the Municipality of Silves-AM, regarding the effectiveness of constitutional rights and guarantees, with regard to assistance to health, to the dignity of the human person, to life, inherent to all Brazilians, in the face of the negligence of the Public Power and the lack of resources destined for this purpose. We also address the importance of SUS (Unified Health System), as the main instrument for the effectiveness of these rights in the daily lives of the Amazonian people. As a contribution, we present alternative, in order to supply the population's concerns in face of the problems pointed out under the eyes of the Amazonian citizen, a resident of communities located in rivers, lakes and streams, who live this reality in their daily lives.

KEY WORDS: Health, Life, Dignity, Equality, SUS.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, conhecida como a Constituição Cidadã, por todo o lapso temporal, questionamos se hoje pode-se falar em efetividade de direitos e garantias constitucionais, diante de tanta disparidade entre os pequenos municípios, principalmente os mais longínquos, dos grandes centros urbanos das Regiões Sul e Sudeste do Brasil.

O presente trabalho pretende demonstrar algumas dificuldades que grande parte da população ribeirinha da área rural dos municípios amazonenses tem que enfrentar para obter seus direitos de forma isonômica aos da população urbana, principalmente no que tange a busca pela efetividade de direitos e garantias constitucionais basilares inerentes a todos os brasileiros, sem distinção, referindo-se especificamente aos serviços de maior complexidade na área da saúde, objeto deste trabalho.

Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, levantamento de campo com representante da comunidade, assim como uma análise da legislação vigente, buscando o entendimento de como é efetivamente o cotidiano do cidadão ribeirinho do norte do país em relação ao atendimento recebido no sistema governamental referente a saúde pública, quais as dificuldades enfrentadas por essa população interiorana, moradoras de comunidades tradicionais e, muitas vezes, longínquas da zona urbana, na busca pela concretização desse direito fundamental, previsto tanto em nosso ordenamento jurídico, quanto no ordenamento internacional. Salientamos, ainda, a essencialidade do Sistema Único de Saúde (SUS) enquanto instrumento efetivo desses direitos.

E, por fim, concluímos com proposta onde indicamos possível viabilidade em acharmos uma solução, com destaque uma iniciativa do Poder Público.

1 DO DIREITO À SAÚDE

De acordo com Silva, foi a Constituição Italiana a primeira a reconhecer a saúde como fundamental direito do indivíduo e interesse da coletividade (art.32). Depois, a Constituição Portuguesa em seu artigo 64, a Constituição Espanhola (art. 43) e da Guatemala (nos artigos 93-100). No Brasil, a nossa Carta Magna recepcionou o direito a saúde, em seus artigos 196 -200, com ênfase nos artigos 196 e 197, que o define como um direito de todos e dever do Estado.

A Constituição Federal de 1988 expressa princípios lícitos, a fim de aclarar e fazer valer os direitos dos cidadãos, de forma igualitária, na observância das peculiaridades dispostas, a fim de abarcar a todos.

Dentre os princípios trazidos pela Carta Magna, podemos frisar o princípio da isonomia, o qual define que todos possuem o direito à igualdade perante a lei, o que não significa dar o mesmo tratamento a todos, e sim que todos tenham seus direitos e garantias respeitados, independentemente de classe social, religião, cultura, ou qualquer outra singularidade.

Ademais, podemos dizer que o princípio da isonomia é alicerçado por um princípio extremamente essencial, o princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, sob um rol de motivos, está evidente ofensa ao princípio da isonomia quando falamos de saúde pública em nosso país, já que nem todos os brasileiros tem esse direito efetivado, evidência constatada na falta de uma distribuição igualitária de serviços médicos especializados e na inobservância das condições precárias no atendimento da população e ainda na disparidade dos serviços oferecidos aos moradores das grandes cidades em face aos habitantes das zonas rurais.

Pois bem, para adentrarmos na temática, primeiramente entenderemos sobre o direito à saúde e qual a sua importância na efetividade de outros direitos.

O direito à saúde, que apesar de ser um dos direitos sociais de 2ª dimensão previsto no artigo 6º da Constituição Federal Brasileira, é considerado como um direito fundamental com garantias, inclusive, em âmbito internacional, conforme o artigo 25, §1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 - promulgada após a 2ª guerra mundial que terminou em 1945 – que por tamanha importância, possui como data comemorativa o dia 07 de abril, dia mundial da saúde, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU). Este direito é previsto, também, no protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de São Salvador.”

O artigo 196 da CF/1988, expressa que: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Apesar de não se confundirem, enfatiza-se que não há como falar da efetividade de outros direitos, como à vida e à dignidade humana, sem antes nos atentarmos ao resguardo do direito do cidadão à uma vida digna, em que a saúde é um direito basilar.

2. O QUE É O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Com o fim do período conhecido por ditadura civil-militar, iniciou-se um processo de reestruturação no âmbito federal na forma de democracia, em respeito aos direitos do cidadão. Com o advento da Assembleia Constituinte e a promulgação da atual Constituição Federal, procurou-se concretizar o disposto no texto constitucional que se refere ao direito à saúde com a criação do Sistema único de Saúde (SUS).

Isto posto, não há como mencionar a saúde pública no Brasil sem nos remetermos ao Sistema único de Saúde (SUS), criado pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela lei de nº 8.080/1990, em que seus objetivos são definidos, no artigo 5, da seguinte maneira:

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

- I - A identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;
- II - A formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;
- III - **A assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.** (grifo nosso)

E ainda, enfatiza-se que os objetivos do Sistema único de Saúde são regidos pelos seguintes princípios:

I - Universalização: a saúde é um direito de cidadania de todas as pessoas e cabe ao Estado assegurar este direito, sendo que o acesso às ações e serviços deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de sexo, raça, ocupação ou outras características sociais ou pessoais;

II - Equidade: o objetivo desse princípio é diminuir desigualdades. Apesar de todas as pessoas possuírem direito aos serviços, as pessoas não são iguais e, por isso, têm necessidades distintas. Em outras palavras, equidade significa tratar desigualmente os desiguais, investindo mais onde a carência é maior.

III- Integralidade: este princípio considera as pessoas como um todo, atendendo a todas as suas necessidades. Para isso, é importante a integração de ações, incluindo a

promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação. Juntamente, o princípio de integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, para assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos.

Conceituamos o Sistema único de Saúde (SUS), reflexo da Reforma Sanitária, sendo um “sistema de saúde que abrange desde o simples atendimento para avaliação da pressão arterial, por meio da Atenção Primária, portaria de nº 2.436/2017 - que define as diretrizes para a organização do componente Atenção Básica na Rede de Atenção à Saúde - RAS, até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país”-, como também um sistema essencial que, apesar de sofrer severas críticas no decorrer dos anos, tornou-se um dos grandes patrimônios que o país possui, do qual dependem, de forma exclusiva, maior parte da população brasileira.

Segundo Paim, quando se fala de SUS, “o Sistema Único de Saúde pode sugerir um conjunto de serviços, estabelecimentos, profissionais, medicamentos, equipamentos etc.”. No entanto, o autor define o SUS como um sistema de saúde, sendo “o conjunto de agências e agentes cuja atuação tem como objetivo principal garantir a saúde das pessoas e das populações.”

Com a sua criação, o SUS proporcionou o acesso universal ao sistema público de saúde, sem discriminação, ou seja, este é um sistema garantidor do acesso à saúde, de maneira integral, universal e gratuito para toda a população do país, beneficiando principalmente a população hipossuficiente.

No que concerne a organização da rede de atenção à saúde do SUS, as diretrizes regulamentadoras estão definidas na portaria de nº 4.279/2010. Quanto aos direitos do cidadão na hora de procurar atendimento de saúde, encontra-se disposto na “Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde”, que reúne os seis princípios básicos de cidadania que asseguram ao brasileiro o ingresso digno nos sistemas de saúde, seja ele público ou privado, em que:

- Todo cidadão tem direito ao acesso ordenado e organizado aos sistemas de saúde;
- Todo cidadão tem direito a tratamento adequado e efetivo para seu problema;
- Todo cidadão tem direito ao atendimento humanizado, acolhedor e livre de qualquer discriminação;
- Todo cidadão tem direito a atendimento que respeite a sua pessoa, seus valores e seus direitos;

- Todo cidadão também tem responsabilidades para que seu tratamento aconteça da forma adequada;
- Todo cidadão tem direito ao comprometimento dos gestores da saúde para que os princípios anteriores sejam cumpridos.

Quanto ao custeio, os recursos destinados ao Sistema único de Saúde, segundo Varella (2019), “o orçamento do SUS conta com menos de R\$ 25,00 reais mensais por pessoa. É dez vezes menor que o destinado pelos sistemas de saúde dos países desenvolvidos e bem abaixo do valor de qualquer mensalidade de um plano de saúde”.

O autor afirma ainda que, “a rede que compõe o SUS é ampla e abrange tanto ações quanto os serviços de saúde. Engloba a atenção primária, média e alta complexidades, os serviços de urgência e emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológica, sanitária e ambiental e assistência farmacêutica”. A fonte de custeio para “financiar o SUS vem de contribuições sociais de patrões e empregados, como o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), outra parcela contributiva advém do pagamento de impostos inseridos no preço de produtos e serviços (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços – ICMS), IPI (Imposto de Produtos Industrializados), impostos sobre o lucro (Cofins), sobre os automóveis (IPVA) e sobre a moradia (IPTU). Ou seja, todo cidadão brasileiro é responsável pela manutenção do sistema”.

É de sobremaneira louvável, a existência de inúmeras fontes para a manutenção do Sistema único de Saúde, pois afirmamos de forma veemente que este é um dos patrimônios mais preciosos dos brasileiros, principalmente da população que não dispõe de tantos recursos para os cuidados de saúde necessários. Todavia, muitos são os pontos negativos observados, pois, existem grandes obstáculos a serem transpostos para que todos tenham o devido acesso, conforme a previsão legal.

Na correta compreensão que o SUS tem como objetivo principal garantir a saúde das pessoas e das populações, é de suma importância uma melhor atenção por parte do estado e da sociedade em geral em relação ao Sistema Único de Saúde, sendo este o principal recurso de efetividade não só do direito à saúde, mas de outros institutos como o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

3 O SUS ENQUANTO INSTRUMENTO EFETIVO DO DIREITO À SAÚDE.

É incontestável que Sistema Único de Saúde, SUS, é essencial instrumento efetivo do direito à saúde no cotidiano da população ribeirinha, devendo ser levado em consideração que, em muitos casos é o único instrumento, principalmente ao que se refere a população de baixa renda, razão pela qual é importante uma gestão de qualidade sob a ética, respeitando o direito à igualdade, à dignidade e à vida.

Ocorre que, o próprio Sistema de Saúde que tem como princípios norteadores a integralidade, a equidade e a universalização, impõe barreiras no cumprimento legal de suas obrigações. A exemplo, analisamos a Portaria de nº 2.395, de 11 de outubro de 2011, que organiza o Componente Hospitalar da Rede de Atenção às Urgências no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), em foco nos artigos 5º e 6º, que dispõem o seguinte:

Art. 5º Para efeito desta Portaria, são Portas de Entrada Hospitalares de Urgência os serviços instalados em uma unidade hospitalar para **prestar atendimento ininterrupto ao conjunto de demandas espontâneas e referenciadas de urgências clínicas, pediátricas, cirúrgicas e/ou traumatológicas.** (grifo nosso)

§ 1º Atendimento ininterrupto é aquele que funciona nas 24 (vinte e quatro) horas do dia e em todos os dias da semana.

§ 2º As Portas de Entrada Hospitalares de Urgência, objeto desta Portaria, devem estar instaladas em unidades hospitalares estratégicas para a rede de atenção às urgências.

§ 3º As Portas de Entrada Hospitalares de Urgência de atendimento exclusivo de obstetrícia e psiquiatria não estão incluídas no conjunto de Portas de Entrada Hospitalares de Urgência previstas nesta Portaria.

Art. 6º São consideradas unidades hospitalares estratégicas para a Rede de Atenção às Urgências aquelas que se enquadrarem nos seguintes requisitos:

I -ser referência regional, realizando no mínimo 10% (dez por cento) dos atendimentos oriundos de outros Municípios, conforme registro no Sistema de Informação Hospitalar (SIH) (grifo nosso);

II -ter no mínimo 100 (cem) leitos cadastrados no Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimentos (SCNES) (grifo nosso);

III - estar habilitada em pelo menos uma das seguintes linhas de cuidado:

- a) cardiovascular;
- b) neurologia/neurocirurgia;
- c) pediatria; e
- d) traumato-ortopedia.

§ 1º **As instituições hospitalares que não se enquadrarem estritamente nos requisitos estabelecidos neste artigo, mas que, excepcionalmente, forem consideradas estratégicas para a referência regional no Plano de Ação Regional da Rede de Atenção às Urgências poderão se beneficiar dos investimentos estabelecidos nesta Portaria.** (grifo nosso)

§ 2º A caracterização de unidades hospitalares como excepcionalmente estratégicas para a referência regional do Plano de Ação Regional da Rede de Atenção às Urgências será pactuada na Comissão Intergestores

Regional (CIR) e na Comissão Intergestores Bipartite (CIB) e avaliada pelo Ministério da Saúde.
(...)

Podemos inferir em análise da portaria regulamentadora supracitada que os serviços relacionados são exclusivos para alguns municípios, e que municípios pequenos, por exemplo, Silves-AM, nesse sistema, não poderão oferecer aos seus munícipes, o acesso ao atendimento de urgência e emergência de acordo com as especialidades acima mencionadas.

Na observância de que se o amazônida, em sua maioria, têm exclusiva dependência do sistema público de saúde, e que pela distância, escassez, esse cidadão rurícola ribeirinho tem o acesso a esse direito dificultado ou até mesmo destituído, não se pode falar em direitos e garantias constitucionais, se estes ficarem apenas na utopia, ante a falta de equidade.

E, um dos principais obstáculos para que se concretize o que dispõe a nossa Constituição Brasileira são os relatos de limitações do Poder Público, sob o manto da reserva do possível.

4 O DIREITO À SAÚDE EM FACE DA RESERVA DO POSSÍVEL

No Brasil, a Constituição federal de 1988 ao recepcionar o direito à saúde o definiu como um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução de risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações que são de relevância pública.

Todavia, a efetivação do direito à saúde em nosso país esbarra no princípio da reserva do possível. Este princípio tem sido utilizado de forma rotineira pelo Poder Público diante da situação fática da população, para justificar a omissão, principalmente concernente ao direito à saúde, afirmando com veemência a extrema limitação dos recursos financeiros em face da prestação de assistência à saúde da população.

Como bem mencionado por Falsarella, a “reserva do possível foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em julgamento proferido em 18 de julho de 1972”, concernente a uma ação promovida por estudantes que almejavam o ingresso em uma universidade pública alemã, em específico, no curso de medicina.

A autora relata ainda que, no pedido formulado pelos autores da ação, “alegava-se estar diante de ofensa ao artigo 12, I, da Lei Fundamental Alemã”, que trata da

liberdade profissional, que segundo o entendimento dos propositores da demanda, concede o direito de escolha aos cidadãos alemães da profissão, bem como do lugar de ensino. Ressalta, que o “Tribunal entendeu ser possível restringir o acesso aos cursos de medicina”, referindo-se aos direitos sociais de participação em benefícios estatais, uma vez que estes se encontravam “sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade”. Sob esta ótica, entendemos que, a cláusula da reserva do possível originada no Tribunal Constitucional Federal Alemão, tinha uma ideia divergente da apresentada hoje no Brasil.

Este entendimento está corroborado nas palavras de Ingo Sarlet (2003, p.265, apud Souza, 2016), dizendo o seguinte:

“[...] a prestação reclamada deve corresponder ao indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites razoável” (SARLET, 2003, p.265).

Isto posto, em análise do contexto trazido pelos autores supramencionados, a respeito da reserva do possível, pode-se afirmar que, em sua essência, este princípio não se referia ao fato da disponibilidade financeira ou não, mas sim à razoabilidade das pretensões da população em face do Estado. E, que esta ideia foi distorcida ao chegar em nosso país, tornando-se uma limitação financeira quanto a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Ou seja, a reserva do possível, passou a ser uma comodidade no ordenamento brasileiro, a qual serve de instrumento ao Poder Público para se esquivar de suas responsabilidades no que tange a direitos e garantias fundamentais da população, já que é notório no país o desperdício do dinheiro público com coisas supérfluas, de forma injustificável.

Segundo Varela, “os recursos destinados ao SUS são fiscalizados pelos tribunais de Contas da União (TCU), dos estados (TCE) e municípios (TCM), pela CGU (Controladoria Geral da União), poder legislativo, auditorias e outros órgãos de controle interno do executivo. Além disso, a Emenda Constitucional nº 29 estabeleceu que deveriam ser criados pelos Estados, Distrito Federal e municípios, os Fundos de Saúde e os Conselhos de Saúde. Os primeiros recebem os recursos locais e os transferidos pela União; os últimos devem acompanhar os gastos e fiscalizar as aplicações e podem, inclusive, não aprovar o relatório de gestão apresentado pelo Ministério da Saúde”. A

falta de investimento na saúde pública, em violação ao princípio da isonomia e o da dignidade da pessoa humana, tem exposto a disparidade social no país, o que ficou evidenciado de forma alarmante durante a pandemia do Covid-19. Tal situação exigiu uma posição do judiciário, que não pôde se manter inerte diante da tamanha omissão de Estados e Municípios.

Nesse viés, já em 2020, em decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara do Município de Itacoatiara-AM, processo de nº 0001014-95.2020.8.04.4701, ordenando para que tanto o Estado do Amazonas quanto o Município de Itacoatiara providenciassem a instalação de, pelo menos, 10 (dez) leitos de UTI no Hospital Geral José Mendes, sendo 3 (três) UTIS infantis –inclusive com treinamento e contratação de pessoal, caso necessário, destacando inclusive. A decisão, é baseada no seguinte relatório, in verbis:

“Trata-se de Ação Civil Pública, com pedido de tutela provisória de urgência, iniciada pelos representantes da Defensoria Pública do Estado do Amazonas e do Ministério Público do Estado do Amazonas na comarca de Itacoatiara.

A ação foi apresentada em plantão judicial e tem como polo passivo o Estado do Amazonas e o Município de Itacoatiara.

O objetivo da ação é a abertura de leitos de unidade de terapia intensiva (UTI) no Município de Itacoatiara, bem como a capacitação de pessoal. O polo ativo relata, inicialmente, a situação de Pandemia Mundial em relação ao novo coronavírus (Covid-19). Ademais, apresenta dados atuais como, por exemplo, os 55.224 (cinquenta e cinco mil, duzentos e vinte e quatro) casos de covid-19 confirmados pelas Secretarias Estaduais de todo o Brasil.

Também é realizado o registro da taxa de letalidade no Estado do Amazonas a qual, conforme consignado, é de 7,98% (sete vírgula noventa e oito por cento). Ainda com base nos dados apresentados, é possível constatar 3.194 casos confirmados no Amazonas. Destes, 60 (sessenta) foram apenas na comarca de Itacoatiara.

Dos 60 (sessenta) casos confirmados, 06 (seis) evoluíram para óbito, representando uma taxa de letalidade de 10% (dez por cento). Este número, segundo consignado na petição inicial, representa porcentagem acima da média e é consequência da falta de leitos de UTI na cidade.

No mesmo sentido, foi acostado relatório no qual é possível identificar negativa do sistema de saúde da capital em receber pacientes graves oriundos de Itacoatiara.

Os dados apresentados são alarmantes, especialmente a constatação de inexistência de UTI no Hospital José Mendes, assim como a ausência de respiradores. Ademais, seguindo a metodologia do Ministério da Saúde – portaria n.º 1101/2002 -, a macrorregião de Itacoatiara, considerando a população de 100.000 (cem mil) habitantes, deveria disponibilizar, no mínimo, 250 (duzentos e cinquenta) leitos hospitalares e 10 (dez) leitos de UTI.

Das providências tomadas, foi impugnada a compra de ventiladores BIPAP's, uma vez que a ventilação não invasiva não supre a necessidade de tratamento para vítimas da covid-19.

Foi registrado, ainda, que o Governo do Estado do Amazonas gastou, nos meses de fevereiro e março de 2020, em pleno avanço da pandemia, a quantia de R\$ 23.454.902,20 (vinte e três milhões, quatrocentos e cinquenta e quatro mil, novecentos e dois reais e vinte centavos) em publicidade.

Restou acostada nos autos os relatórios das inspeções e visitas in loco realizadas Defensoria Pública Estadual e pelo Ministério Público Estadual[...].

O que se extrai, é que a pandemia mundial denominada novo corona vírus somente expôs a calamidade do sistema público de saúde existente, principalmente nos pequenos municípios que não dispõem de atendimento de maior complexidade.

Em busca de uma ampla compreensão, nos remetemos aos institutos da prevenção e da precaução. Originados do Direito Ambiental, os princípios da precaução e da prevenção tem corroborado efetivamente na fundamentação de decisões judiciais ao que se refere ao direito à saúde ante ao poder público e ao princípio reserva do possível, em que se discute a responsabilização estatal quanto à saúde pública.

Apesar da divergência doutrinária, quanto ao assunto, nos solidarizamos aos preceitos do Professor Juarez Freitas que afirma que há uma diferença sutil entre os princípios da prevenção e da precaução, residindo no grau estimado de probabilidade da ocorrência. Sendo que, o princípio da prevenção leva a administração pública para “o dever incontornável de agir preventivamente”, onde não se admite a inércia administrativa perante o dano previsível. Enquanto, que, o princípio da precaução é tão somente a vedação de excesso e de inoperância, vinculando-se aos princípios da proporcionalidade e da motivação. De qualquer forma, ao Poder Público não se admite omissão quanto ao dever de promover o acesso à saúde da população, sem distinção.

Na Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992), da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, de 3 a 21 de junho de 1992, sobre o princípio da precaução foi definido, especificamente no princípio 15, que: “(...) o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

Trazendo para o âmbito da saúde pública, é notório que a observância dos princípios acima mencionados, segundo a maioria dos especialistas na área sobre a medicina preventiva, é a melhor estratégia para controlar os custos assistenciais. Levando ao entendimento que reduziria os gastos com a saúde, beneficiando, inclusive, os cofres públicos.

5. A POPULAÇÃO RIBEIRINHA (SILVENSE) DO ESTADO DO AMAZONAS, AO NORTE DO BRASIL.

Ayres et al, apud Lima 2016, classificam vulnerabilidade em três tipos: vulnerabilidade individual, vulnerabilidade social e vulnerabilidade programática, referindo-se à condição dos indivíduos e grupos sociais para enfrentar as situações de risco.

Vulnerabilidade individual relaciona-se aos aspectos individuais e vulnerabilidade social aos aspectos contextuais que informam a capacidade dos indivíduos para enfrentar as situações de risco, enquanto que, vulnerabilidade programática se refere à condição promovida pelas ações e programas de políticas públicas de prevenção e promoção da saúde que podem contribuir para o enfrentamento das situações de risco.

O Brasil conta com uma população de, aproximadamente, 211.954.629 habitantes dados coletados do site do IBGE, no ano de 2020. Dessa população, uma estimativa de 4.216.724 habitantes, pertencem ao Estado do Amazonas, e deste total, segundo o site governamental, 728.495 pessoas vivem na área rural, dentre os quais inclui-se a população ribeirinha.

As populações ribeirinhas enquadram-se dentre os povos tradicionais, os quais são grupos culturalmente diferenciados com organização e forma de vida peculiares. Reconhecidas pelo Decreto de nº 6.040 de 7 de fevereiro de 2007, onde o Governo Federal reconhece a existência formal das chamadas populações tradicionais.

Ao falarmos da população ribeirinha do Norte do país, falamos de uma população muito trabalhadora, guerreira, que em sua maioria, vive da pesca, da lavoura e de uma gama de trabalhos manuais, levando uma vida com muito esforço. No presente trabalho evidenciamos a necessidade da população ribeirinha do Estado do Amazonas, norte do Brasil, em especial a população do Município de Silves-AM.

O município de Silves-AM, é considerado um município pequeno, com uma população estimada de 9.230 pessoas no ano de 2020, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), e possui um pouco mais de 30 (trinta) comunidades rurais, entre comunidades católicas e associações civis.

O Sistema Único de Saúde trabalha com o sistema de regionalização, e é a Região do Médio Amazonas, que abrange o Município de Silves, Itacoatiara, Itapiranga, São Sebastião do Uatumã e Urucará. Nesse contexto de regionalização o Município de Itacoatiara-AM responde pela região onde a cidade de Silves-AM está localizada, e tem recebido a população dos municípios vizinhos, de forma frequente, o que nos remete ao princípio da reserva do possível, pois é notória falta de um orçamento para suprir as necessidades de toda essa demanda.

Quando focamos em determinados grupos, que têm seus direitos e garantias deixados à margem ou disponíveis apenas para alguns, resta claro o entendimento de que, entre o que está escrito e a realidade do cidadão, ainda existe uma barreira quase intransponível entre o ideal e o fato.

E, para embasar esta afirmativa, utilizaremos, a exemplo, o município de Silves-AM, situado à 203,54 km em linha reta da capital Manaus, sendo que, por estrada, a distância percorrida é de 337 Km (até a rodoviária de Manaus), em que é utilizada, inclusive, uma balsa para a travessia dos habitantes da cidade, para a outra margem onde se inicia a estrada do município. Ou seja, quando o ribeirinho vai à cidade de Silves, em busca de atendimento e não o tem, ele tem que fazer a travessia do rio, em balsa, além da distância já sofrida até a cidade.

Nesta trajetória, inicialmente, tem que percorrer 14 Km até chegar à AM 363 (Estrada de Itapiranga), daí mais 94 Km até à rodovia AM 010, estrada que liga Manaus à cidade de Itacoatiara, indo para Manaus são mais 229 Km, se para Itacoatiara mais 47 Km. Este, por sua vez, é o maior município nos arredores e um apoio fundamental, de uma forma geral para toda a região, principalmente na área da saúde e, está localizado acerca de 42,05 km, em linha reta, da cidade de Silves, sendo que, por estrada a distância é de 155 Km, aproximadamente. Estes municípios são vizinhos, também, das cidades de Itapiranga-AM, Urucará-AM, dentre outras.

Vale observar que, a distância entre o porto de Itacoatiara e o da capital é de 111 milhas, por via fluvial e 276 Km por estrada, indo da Rodoviária de Manaus ao centro de Itacoatiara, a qual nem sempre está em boas condições para trafegar, sendo muito mais

difícil para aqueles com qualquer dificuldade de locomoção devida a alguma enfermidade.

Para uma melhor compreensão do que estamos abordando, foi feito um levantamento sobre serviços médicos (de maior complexidade) oferecidos à população ribeirinha silvense, como já mencionado, com a ajuda de um agente de saúde comunitário da Comunidade São Thomé (Jacú), localizada no Município de Silves-AM.

Foram obtidas as informações de que, naquela comunidade somente 1 (um) morador possui plano de saúde particular, e que para acessá-lo, o comunitário precisa de deslocar para a capital, Manaus-AM; que, para conseguir atendimento médico, os demais comunitários, dependentes do sistema público, se deslocam da zona rural para a cidade de Silves-AM, por via fluvial. E, quando estes precisam de um serviço médico especializado, vão para municípios vizinhos ou para a capital, visto que os serviços médicos especializados são raros em seu município, que quase sempre dispõe somente de clínico geral.

Dentre um rol de especialidades, como: Ortopedia, Cardiologia, Urologia, Ginecologia, pediatria, e outras, até a presente data, somente foram obtidas respostas afirmativas para fonoaudiologia, fisioterapia e odontologia.

Foi questionado ao agente, se existe, no referido município, programas de qualquer esfera governamental que ofereça ao rurícola o atendimento médico especializado de maneira itinerante, com objetivo de levar o atendimento nas comunidades, a fim de sanar a problemática do deslocamento dos comunitários. Obtivemos a seguinte resposta: “existe um programa itinerante, composto por clínico geral, dentista, fisioterapeuta e fonoaudiólogo, mas que fazem falta os serviços de Ortopedia, Ginecologia, Urologia, Cardiologia e, principalmente, o serviço de Pediatria”.

Também, no município falta UTI (Unidade de Tratamento Intensivo), que apesar de possuir um aparelho de raio-X, não tem Ortopedista, fazendo com que o médico Clínico Geral fique incumbido de dar o parecer médico, e quando for o caso, encaminhar para outro município, e assim se sucede com as demais especialidades.

Diante realidade da maioria, das condições do trabalho braçal, da exposição ao sol, o que requer o trabalho na lavoura, e demais fatores, o Amazônida ribeirinho ao procurar por serviços médicos de maior complexidade além do clínico geral necessita se deslocar de onde mora para outros Municípios em busca de atendimento, e nem sempre conseguem devido à grande demanda. Destacamos que além de enfrentar a falta de

atendimento, baixos recursos financeiros, precisam transpor obstáculos naturais como as grandes vazantes dos rios, ou quando por estradas se deparam com a falta de infraestrutura decorrente da omissão estatal.

Enfim, esses cidadãos estão à margem do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana,

Tal problemática não é exclusiva dessa região (médio Amazonas), tanto que no ano de 2018, foi publicado um estudo realizado por Abel Santiago Muri Gama (et al), do Instituto de Saúde e Biotecnologia da Universidade Federal do Amazonas um estudo sobre essa realidade, de interioranos e a assistência à saúde.

Os principais pontos do estudo supramencionado dão conta das inúmeras dificuldades da população ribeirinha das regiões do baixo, médio e alto Solimões. abrangendo os problemas de saúde relatados por aquelas populações, em que se destacaram as queixas algicas (45,2%), ou seja, trata-se de incômodo que pode advir de músculos, nervos, ossos, articulações, vísceras, dentre outras estruturas relacionadas à coluna vertebral.

Relata-se ainda, que os ribeirinhos, daquelas regiões, navegam em média 60,4 km e demoram cerca de 4,2 horas para acessar a zona urbana do município. Tratando-se de uma população ribeirinha que possui como principal característica o baixo nível econômico e acesso limitado à zona urbana. Trazendo a conclusão de que as limitações geográficas constituem barreiras ao acesso aos serviços de saúde e à melhoria das condições de vida dos ribeirinhos, limitando a aquisição de informações epidemiológicas dessas populações.

Ao que pese, é lúdima que a saúde pública requer um cuidado maior, pois se trata da concretude dos direitos do homem, do resguardo de princípios dos quais não se pode negligenciar. Na observância de que temos um bem precioso (o SUS), tido como garantidor de princípios e direitos constitucionais relevantes.

De sorte que a maioria dos municípios amazonenses passam por tais condições, da falta de serviços médicos especializados ante a falta de recursos para este fim. Quando os possuem são sobrecarregados para atender a própria demanda somada as vindas de outras cidades da região, é o caso do Município de Itacoatiara, vizinha ao Município de de Silves, que com o hospital regional e demais unidades de saúde tem recebido grande parcela das populações das cidades dessa região e o mesmo sequer possui recursos para suprir as necessidades da própria população de forma adequada.

A título exemplificativo, observamos que no Município citado acima não há UTI neonatal, pois, até então, referindo-se ao período de pandemia do novo Corona Vírus que levou a uma decisão judicial que determinou a implementação de UTIs, não haviam recursos destinados para isso. Tanto que, quando uma mulher com gravidez de risco precisava desse serviço, esta deveria aguardar uma vaga em um leito na capital para que assim possa ser transferida para lá.

O ponto controverso, se observa em que a capital Manaus também possui a própria demanda, o que dificulta de sobremaneira a disposição do leito almejado. E, quando esta mulher consegue uma vaga de UTI neonatal, faz-se necessário percorrer estradas, que muitas vezes estão com a infraestrutura deteriorada, até a capital. E, frequentemente, essas mulheres advêm de municípios próximos, que também não têm UTI neonatal. Sendo assim, como falar de direito à vida e à dignidade, ante todo o exposto?

CONCLUSÃO

A população ribeirinha quando é acometida por enfermidades que requer uma assistência médica de maior complexidade é obrigado a enfrentar inúmeras dificuldades, dentre elas, a escassez de local de atendimento especializado, a dificuldade no acesso a esses serviços quando em outros municípios ou capital, ou ainda, quando se deparam com um atendimento precário devido a enorme demanda, o que não é fácil para quem já tem que lidar com um cotidiano laboral que requer esforço árduo na batalha para sobrevivência.

Apesar de ser um direito de todo cidadão de forma universal e igualitária, o acesso ao atendimento médico de maior complexidade não é garantido e nem de fácil acesso. Inúmeras filas para obter uma senha ou um agendamento, e quando conseguem agendar, seja presencial ou por via telefone, aguardam em uma longa lista de espera, seja para consulta, seja para exames ou pelo simples recebimento dos resultados, razão pela qual muitos desistem.

Grande parte dos ribeirinhos rurícolas plantam e pescam somente para a sua subsistência e de sua família e, como já mencionado, os recursos econômicos são mínimos. Dessa forma, quando se afastam de seu domicílio em busca na melhoria de saúde ou de familiar ficam sem renda para sobrevivência.

O SUS, enquanto patrimônio social brasileiro, tem enfrentado inúmeras ameaças, falhas na gestão, desatenção na distribuição de materiais, corrupção em contraponto a reserva do possível, além de outras violações. E, quem sofre o impacto com toda essa violação e ataques aos direitos constitucionais, são sem, sombra de dúvidas, os mais vulneráveis, dentre os quais está o ribeirinho, aquele que vive nas margens dos rios e igarapés, que nem sempre possui o conhecimento, e condições financeiras abastadas, que precisa lutar para conseguir o mínimo para sobreviver, tendo a percorrer distâncias gigantescas na busca daquilo que os nossos diplomas legais lhe afirmam por garantias.

Enfim, as políticas-governamentais não têm sido eficientes no que tange à implementação de políticas públicas tornando inacessível aos que mais dependem dessa assistência, somada a falta de solidez em nosso sistema público de saúde.

Todavia, apesar de ainda hoje termos muitas dificuldades na resolução dessas problemáticas mencionadas, destacamos uma solução com olhar na especificidade do amazônida. Em 13 de fevereiro de 2020, entregou-se à população a primeira Unidade Básica de Saúde Fluvial (UBSF) do Amazonas, batizada de Catarina Brota dos Santos.

A UBSF é a primeira a contar com tecnologia de ponta para realizar atendimentos médicos em comunidades ribeirinhas, contou com investimentos realizados pelo Governo Coreano com modernos equipamentos em parceria com o Governo do Amazonas.

Diante do exposto, podemos concluir, e que a UBSF visa possibilitar atendimentos em diversos campos da medicina melhorando a qualidade de vida em áreas ribeirinhas, ao menos no período de cheia e que apesar de ainda não atender a todas as comunidades amazonenses, trouxe uma direção na busca de possíveis soluções para amenizar a desigualdade no acesso de serviços de saúde especializados, no que se refere a efetividade de um direito constitucional tão basilar, como é o direito à saúde.

REFERÊNCIAS

BARROS, Fernando Passos Cupertino de. A saúde como direito. o difícil caminho de sua apropriação pelos cidadãos. Disponível em:< www.conass.org.br/biblioteca/direito-a-saude/> Acesso em 05 mar.2020.

BRASIL, [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988, Artigo 5º caput, III e Artigo 6º. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro, Portaria nº 2.436 de 21 de setembro de 2017. Brasília, 2017.

_____. Lei de nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Sobre as Condições para a Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde, a Organização e o Funcionamento dos Serviços Correspondentes. Brasília, 1990.

_____. Decreto nº 3.321 de 30 de dezembro de 1.999. Convenção Americana sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”. Encontrado em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm> Acessado em 05/03/2020 às 14:57

Central de Regularização de Internação Hospitalar. Encontrado em: <<http://www.saude.am.gov.br/regulacao/pagina.php?cod=103>> Acesso em 07/11/2019 às 10:46.

Dados Demográficos do Amazonas. Encontrado em: <<https://www.amazonas.am.gov.br/o-amazonas/dados>>.

Decisão UTI Itacoatiara. Encontrado em <[https://www.mpam.mp.br/attachments/article/12955/DECISAO%20UTI%20ITACOA TIARA\(1\).pdf](https://www.mpam.mp.br/attachments/article/12955/DECISAO%20UTI%20ITACOA%20TIARA(1).pdf)> Acesso em 02/09/202.

Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - Rio 1992. Encontrado em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-meio-ambiente-e-desenvolvimento.html>>

.

FALSARELLA, Christiane. Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado - Advocacia e Direito Público, 2016 - apesp.org.br.

FREITAS, Juarez. Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2007.

GAMA, Abel Santiago Muri et al. Inquérito de saúde em comunidades ribeirinhas do Amazonas, Brasil. Cad. Saúde Pública vol.34 no.2 Rio de Janeiro 2018 Epub Feb 19, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2018000205007&lng=pt&tlng=pt> Acesso em 05/03/2020 acesso em 16:00.

HUMENHUK, Hesterston. O direito à Saúde no Brasil e a Teoria dos Direitos Fundamentais. Encontrado em: <<https://jus.com.br/artigos/4839/o-direito-a-saude-no-brasil-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais>> Acesso em 05/03/2020 às 15:00.

LIMA, Samuel do Carmo. Território e Promoção da Saúde: Perspectivas para a Atenção Primária à Saúde/Samuel do Carmo Lima. Jundiaí, Paco Editorial: 2016.

MONTEIRO, Rayner Augusto Libório dos Santos. Representações sociais de ribeirinhos sobre o acesso aos serviços de saúde, Comunidade Rural Vila de Urucurituba, Autazes, Amazonas. 2014. 76 f. Dissertação (Mestrado em Saúde, Sociedade e Endemias na Amazônia) - Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2014.

PAIM, Jairnilson Silva et al. O Que é o SUS./ Jairnilson Silva Paim. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2015. 93 p. (Coleção Temas em Saúde) 1. Sistema único de Saúde. 2. Reforma dos Serviços de Saúde. 3. Sistemas de Saúde. 4. Direitos à Saúde. Encontrado em : <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/23236/2/Dissertacao_ID_203.pdf > Acesso em 28/09/2020 às 18:28

Plano Estadual de Saúde Amazonas 2016-2019-SUSAM. Mapa das Regiões de Saúde, pg. 181. Encontrado em: <http://saude.am.gov.br/docs/pes/pes_2016-2019_ver_ini.pdf> Acesso em 02/09/2020.

Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação. Encontrado em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao>

REAL, Keila Cristina Machado Quintão Vila. Direito à Saúde e o princípio da reserva do possível. Encontrado em: <<https://jus.com.br/artigos/67283/direito-a-saude-e-o-principio-da-reserva-do-possivel/3>>. Acesso em 05/03/2020 às 18:00.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiro 2005.

SOUZA, Priscila Krys Morrow Coelho de. A reserva do possível e sua correlação com a má gestão do dinheiro público. Caderno Direito Administrativo. Âmbito Jurídico, 2016. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/a-reserva-do-possivel-e-sua-correlacao-com-a-ma-gestao-do-dinheiro-publico/>>. Acesso em 18/10/2020.

VARELLA, Drauzio. Como Funciona o SUS/ Publicado em: 10 de abril de 2019. Revisado em: 23 de julho de 2019. Encontrado em: <https://drauziovarella.uol.com.br/saude-publica/como-funciona-o-sus/>. Acesso em 05/03/2020

PENA ALTERNATIVA DA LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA: UMA ALTERNATIVA FACILITADORA DA RESSOCIALIZAÇÃO?

Francisco Gomes Caldas

RESUMO

167

O objeto de estudo deste artigo é a limitação de fim semana como pena alternativa observando os principais pressupostos em relação à aplicação jurídica na prática. Nos objetivos propostos tem-se o de Identificar os principais avanços e/ou benefícios legais em relação à aplicação de penas alternativas, especialmente a de limitação de fim de semana, compreendendo esse instituto e a sua importância com base em diferentes discussões relatadas na literatura. A metodologia utilizada para a pesquisa qualitativa com a utilização de fonte direta dos dados bibliográficos a partir de materiais já publicados como artigos científicos eletrônicos e/ou impressos, monografias, dissertações e teses. A relevância do tema consiste na importância dos estudos de outras alternativas ao encarceramento que sejam capazes de trazer a ressocialização do apenado e ao mesmo tempo a segurança da aplicação da pena pelo poder judiciário. Os resultados indicam que a pena no formato de limitação nos fins de semana é um desafio sob o ponto de vista jurídico devido a falta de capacidade de fiscalização pelo poder Judiciário junto ao apenado. Salienta-se também que as leis mesmo tendo sua validade e com farta jurisprudência, torná-las eficientes na prática ainda demandará investimentos em tecnologia e em recursos humanos, para que o apenado chegue a ressocialização e possa pagar sua dívida com a sociedade.

Palavras-chave: Judiciário, Pena, Apenado, Lei, Ressocialização.

ABSTRACT

The object of study of this article is the end limitation week as alternative feathers observing the main ones presupposed in relation to the juridical application in practice. In the proposed objectives the one is head of Identifying the main progresses and/or legal benefits in relation to the application of alternative feathers of weekend limitation, understanding that institute and the importance of the weekend limitation with base in different discussions told in the literature. The methodology used for the qualitative research with the use of direct source of the bibliographical data starting from materials published already as electronic scientific goods and/or printed papers, monographs, dissertations and theories. The relevance of the theme is the importance of studies on other alternatives to incarceration that are capable of bringing about the resocialization of the convict and at the same time the security of the application of the sentence by the judiciary. The results indicate that the penalty in the format of limitation on weekends is a challenge from the legal point of view due to the lack of enforcement capacity by the Judiciary with the convict. It is also emphasized that the laws, even having their validity and with abundant jurisprudence,

making them efficient in practice will still require investments in technology and human resources, so that the convict reaches re-socialization and can pay his debt to society.

Keyword: Judiciary, Penalty, Apenad, Law, Resocialization.

INTRODUÇÃO

O objeto de estudo deste artigo é a limitação de fim semana como penas alternativas observando os principais pressupostos em relação à aplicação jurídica na prática. Nos objetivos propostos tem-se o de Identificar os principais avanços e/ou benefícios legais em relação à aplicação de penas alternativas de limitação de fim de semana, compreendendo esse instituto e a importância da limitação de fim de semana com base em diferentes discussões relatadas na literatura. A metodologia utilizada para a pesquisa qualitativa com a utilização de fonte direta dos dados bibliográficos a partir de materiais já publicados como artigos científicos eletrônicos e/ou impressos, monografias, dissertações e teses.

A relevância do tema consiste na importância dos estudos de outras alternativas ao encarceramento que sejam capazes de trazer a ressocialização do apenado e ao mesmo tempo a segurança da aplicação da pena pelo poder judiciário.

Se constata uma influência direta na qualidade de vida tanto daquele que está cumprindo a penalidade quanto da sociedade de uma forma geral, pois, está se disponibilizando mecanismos e oportunidades para que também seja efetuada na prática a cidadania por um custo menor frisando que se possibilita para delitos sob o ponto de vista jurídico: leves ou moderados.

As penas alternativas punem, porém, as discussões quanto sua aplicabilidade e formas de monitorar o apenado, principalmente em finais de semana, tem se constituído um desafio complexo.

Os resultados indicam que esse formato de cumprimento de pena tem se mostrado um desafio sob o ponto de vista jurídico devido a falta de capacidade de fiscalização in loco pelo poder Judiciário junto ao apenado. Salienta-se também que as leis mesmo tendo sua validade e com farta jurisprudência, torná-las eficientes na prática ainda demandará investimentos em tecnologia e em recursos humanos, para que o apenado se ressocialize e possa pagar sua dívida com a sociedade.

1 PENA E PENALIDADE: CONCEITOS E DISCUSSÕES

Atualmente no âmbito jurídico brasileiro há uma discussão em evidência, trata-se das penalidades alternativas, e isso inclui as sentenças em que o apenado deve cumprir uma limitação aos fins de semana como medida de ressocialização.

Conforme determina o artigo 48 do Código penal Brasileiro, essa pena consiste na obrigação do apenado de permanecer, aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou em estabelecimento determinado para este fim, onde ele deverá receber orientações como palestras ou cursos educativos.

Neste sentido, se faz oportuno o conceito de pena. Segundo o Minidicionário Eletrônico da Língua Portuguesa, lançado por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2010, p. 994), trata-se de: “penalidade”, ou seja, conjunto ou sistema de penas que a lei impõe: castigo ou punição. Percebe-se então que penalidade é o termo associado a pena, e que em síntese é o ato imposto à pessoa que sob o ponto de vista da lei cometeu algo que não condiz com o que determina as regras da sociedade a que ele pertence, que está sob a orientação constante de regras e condutas, dentre as quais, as penalidades judiciais, que ficam por sua vez sob a égide do magistrado.

Para Sá (2018, p. 01) “Pena é uma espécie do gênero sanção penal, que é estabelecida ante a violação de uma norma jurídica que prevê determinada conduta como ilícito penal”. Ilícito é crime, algo que está impresso nos diferentes dispositivos legais. É no mínimo conduta temerária, conduta ousada, perigosa, imprudente, enfim, conduta injustificável sob a ótica crítica fundamentada das leis.

O indivíduo que por algum motivo, transgrida ou desrespeite as leis, é passivo de penalidade. Lyra (1942, p. 49), sustenta o seguinte conceito de pena: “Sanção característica da transgressão considerada crime”. Ainda, de acordo com Lyra (1942), a penalidade pode se originar de uma falta moral, por exemplo, ou fruto de um ato inconsciente de um indivíduo que afeta diretamente o cidadão de bem.

É importante, que o apenado, receba a pena proporcional ao delito que tenha cometido. Segundo Pimentel (1983, p. 176): “Pena é uma categoria racional quer por sua natureza jurídica, quer por suas finalidades, pois implica racionalização da reação de uma comunidade politicamente organizada contra um fato que viola uma das normas fundamentais de sua estrutura, definido na lei como crime”.

Pimentel (1983) enfatiza que a pena é algo racional próprio da natureza jurídica, tem finalidades específicas de correção de atos ilícitos ou contrários à conduta que se espera e toda e qualquer pessoa. A pena vem coibir o ato de violação dos direitos que estão consagrados na Constituição Federal de 1988, além de outros dispositivos legais complementares. Bruno e Bonesana (2000, p. 56) reiteram as definições de Pimentel (1983) e de Lyra (1942): “Pena é o meio de ação específica do direito penal, que comina sanções em razão de determinados fatos chamados crimes, por elas tipicamente definidas”. Portanto, pena e consequentemente penalidade, faz parte de um conjunto jurídico específico do Direito Penal Brasileiro, que condena o apenado em conformidade com o grau do seu delito.

No Brasil, Oliveira et. al (2002, p. 53), a penalidade que mais se aplica aos indivíduos são as de privação da liberdade: “As estruturas atuais do Poder Judiciário e do Ministério Público, no que diz respeito ao sistema penal, estão voltadas para a aplicação de penas privativas de liberdade”. O mesmo poder judiciário em consonância com o Ministério Público entende que punir a liberdade é uma prerrogativa extrema: “Em face do crescente aumento na aplicação de medidas não-privativas de liberdade (medidas alternativas), é necessário que essas instituições sofram adaptações para atender à nova demanda” (OLIVEIRA, et. al. 2002, p. 53). Isso quer dizer que o Estado precisa se modernizar no sentido de oferecer penas alternativas não privativas, considerando principalmente a demanda, até, porque, punir com o cerceamento da liberdade, é impor ao já conturbado sistema judiciário algo que não vai conseguir atingir, pois, os presídios por todas as regiões brasileiras, quase sempre estão acima de suas capacidades.

Oliveira (2002, p. 55) reforça sua ótica sobre penas alternativas: “Diversas medidas e penas alternativas consistem no encaminhamento das pessoas em conflito com a lei para instituições públicas ou privadas, para tratamento, acompanhamento, estudo, prestação de serviços, entre outros”. Percebe-se aqui que não é somente a aplicação da pena alternativa, pois existem outras prerrogativas que também necessitam de atenção, por exemplo, acompanhamento e estudo que como mecanismos legais podem tratar a ressocialização do indivíduo, formando então um cidadão.

No Código Penal Brasileiro traz inúmeros formatos de penas restritivas de direito que se encontra no Art. 43: “Prestação Pecuniária (PP); Perda de bens e Valores (PBV); Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (PSC); Interdição temporária de direitos (ITD) e limitação de fim de semana (LFS)”.

A prestação de serviço à comunidade ou a entidade pública é um tipo de penalidade, que pode ajudar a entender, pois tem relação direta com o tema desta pesquisa, isto é, o apenado, pode cumprir sua pena prestando serviços à comunidade ou a uma instituição municipal, estadual, federal, filantrópica, enfim em diferentes instituições, a limitação nos fins de semana, entretanto, deve ter bem delineada a forma como o próprio Estado através do Poder Judiciário e Ministério Público, devem especificar como este apenado será monitorado, por exemplo, sob pena de parecer um caso de impunidade. Percebe-se então a complexidade da nossa discussão, pois o apenado quando não monitorado, passa a conviver com a possibilidade de descumprimento da pena ou uma falta de atendimento ao caráter educativo preconizado no próprio Código Penal, e isso é um problema que precisa ser resolvido e assim, mostrar a sociedade a eficiência da pena alternativa nos fins de semana.

2 MATERIAL E MÉTODOS

A problematização do presente artigo girou em todo do questionamento dos pressupostos à aplicação das penas alternativas de limitação de fim de semana nas suas possibilidades para a ressocialização.

O objeto da principal da pesquisa foi o estudo da pena alternativa de limitação de finais de semana a partir da Identificação dos benefícios legais dessa modalidade, compreendendo a sua aplicação a partir da interpretação da legislação pertinente.

Perceber a importância das penas alternativas de limitação de fim de semana para o estado e para a sociedade com base em diferentes discussões de especialistas em Direito Penal relatados na literatura

A conotação foi qualitativa, com interpretação dinâmica e totalizante da realidade, sendo a pesquisa qualitativa tem o ambiente como fonte direta dos dados, e difere da quantitativa pelo fato de não utilizar dados estatísticos como o centro do processo de análise de um problema, não tendo, portanto, a prioridade de numerar ou medir unidades. Segundo Demo (2000, p. 29) se aplica a pesquisas que tem como emprego o método bibliográfico.

Prodanov (2013) sugere que o método bibliográfico é concebido a partir de materiais já publicados, entretanto, é preciso selecionar e catalogar o material a ser analisado. Observam-se também critérios quanto às fontes teóricas: relatórios de

pesquisa, livros, artigos científicos eletrônicos e/ou impressos, monografias, dissertações e teses, com o objetivo de elaborar a contextualização da pesquisa e seu embasamento teórico, o qual fará parte do referencial da pesquisa na forma de uma revisão bibliográfica. Salienta-se que o método bibliográfico exige que as fontes consultadas sejam resguardadas e concedidas a notoriedade científica.

3 PENAS ALTERNATIVAS: A COMPLEXIDADE DE APLICABILIDADE PRÁTICA

172

As penas alternativas atualmente denominadas “direito penal mínimo”, sob o ponto de vista jurídico são penalidades que buscam atribuir ao infrator uma pena proporcional ao delito cometido com penas alternativas a prisão, estão previstas em lei, aplicadas portanto em substituição a pena restritiva de liberdade onde estejam presentes os seus requisitos e que será aplicada pelo judiciário como forma de punir a pessoa que cometeu algum tipo de delito considerado leve ou moderado.

É importante frisar que cabe exclusivamente ao representante do poder judiciário à interpretação quanto às possibilidades ou não de penas alternativas, e de acordo com Costa et. al. (2010, p. 347): “A aplicação de penas não privativas de liberdade constitui, para diversas orientações teóricas contemporâneas, um fato positivo em si”... Analisando Costa et. al. (2010), de imediato se identifica que aplicar penas alternativas é não privar a pessoa da liberdade, mas sim de fazê-la pagar por algo contrário ao bem estar individual ou da coletividade.

A pena alternativa é um ato jurídico legal, e considerando a nocividade do ato praticado, e o poder judiciário, define de que forma o apenado deve cumprir a sua sentença, privando-o do ir e vir livremente, ou seja, limitando e monitorando, para que não proceda a impunidade. Para tal, o magistrado é quem analisa criteriosamente essa possibilidade, para o que Costa et.al. (2010) denomina de ‘condenado’.

Para Santos (2012), as discussões quanto à efetividade prática das penas alternativas, passa por um pressuposto de que o apenado, muitas das vezes, sente a impunidade e por isso deve ser repensada sob o ponto de vista jurídico pelo magistrado antes da sua aplicação, pois, é uma pena alternativa, tem caráter punitivo e também educativo: “As alternativas penais representam assim, em tese, um dos meios mais

eficazes de prevenir a reincidência criminal, devido ao seu caráter educativo e socialmente útil” [...].

Não se pode ignorar que a falta de monitoramento se transforma em um problema da pena alternativa tendo como agravante que esta pena é cumprida aos fins de semana, ocasião em que o Judiciário funcionando apenas em regime de plantão e atende situações específicas e urgentes, criando uma situação de ausência de controle.

Então, o cidadão que convive no mesmo ambiente que o apenado, passa a exercer hipoteticamente esse monitoramento ou começa a perceber essa ausência de controle e é a partir desta ótica, que Santos (2012), sugere que a pena alternativa de uma forma geral cai no descrédito da população que observa e registra como uma situação de impunidade, porém, este mesmo autor, afirma que a pena alternativa é uma das formas de prevenir a reincidência criminal.

Segundo Sá (2018, p. 01) no ensaio “O caráter punitivo das penas alternativas”, argumenta sobre as penas alternativas como algo real em substituição ao falido sistema prisional, e mais: “Sendo assim, as penas alternativas representam uma real perspectiva para substituir, paulatinamente, a falida pena de prisão, fixando-se como uma realidade in abstrato no direito penal brasileiro” [...].

Vê-se que uma das justificativas de Sá (2018) para existência de penas alternativas são as condições apresentadas nos presídios, melhor, a falta de condições, até mesmo para atender sentenças leves ou moderadas, daí o magistrado, para não deixar impune o apenado, fixa a pena alternativa. Salienta-se também que a pena alternativa, tem o caráter punitivo, não se trata de um sonho e é algo indispensável, para que a sociedade mantenha a sua qualidade de vida.

Os tipos de pena privativa de liberdade previstos na legislação penal são: reclusão (crimes graves); detenção (crimes menos graves) e prisão simples (contravenções penais).

A privação da liberdade é uma forma de pena adotada pelo Código Penal que consiste na constrição do direito de ir e vir, recolhendo o condenado em estabelecimento prisional com a finalidade de futuramente, reinseri-lo na sociedade, bem como prevenir a reincidência[...] (BRASIL, 1941).

Aqui se nota que a privação da liberdade é principal forma de punição para o apenado, restringir o direito de ir e vir além do desafio para reinserir o apenado na sociedade indica claramente que o poder judiciário precisa ser rígido e ao mesmo

integrado ao contexto social, proporcionando formas de ressocialização do apenado após seu cumprimento de pena. Outro aspecto valorativo é que o Código Penal Brasileiro (1940) no art. 32 atribui diferentes formas de restringir o ir e vir, e cabe ao judiciário interpretar a gravidade do delito cometido e, assim estabelecer a pena justa.

Os crimes de prisão simples, denominados de contravenções penais, são crimes com características leves, sem tanto ou nenhum risco a integridade física, e são exatamente estes crimes que o poder judiciário tem maior possibilidade de impor a penalidade alternativa, com monitoramento e/ou acompanhamento por parte da autoridade constituída. Contudo, o problema consiste nos mecanismos de acompanhamento, e isso, indica que o Estado Brasileiro ainda não está preparado para atuar com eficiência e eficácia no que tange especificamente ao acompanhamento do apenado.

A prestação de serviços à comunidade, torna-se uma penalidade comum em casos específicos onde o magistrado, interpreta a luz da legislação penal a não gravidade do delito, daí, a aplicação de pena alternativa se torna concreta e fundamentada no art. 46 do Código Penal Brasileiro (1940) que estabelece: “A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores e seis meses de privação da liberdade”. E diz mais no Parágrafo 1º: “[...] consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado”.

Segundo Borba (2008, p. 01): “as penas alternativas fazem parte do dia a dia forense criminal, já que a maioria das condenações penais se dá justamente a pena não superior a quatro anos de prisão, sendo comum que o condenado preencha os requisitos subjetivos do art. 44, do Código Penal Brasileiro.

Percebe-se que a pena alternativa possui diversos requisitos e que estão sob a responsabilidade do poder judiciário conceder ou não conceder a pena alternativa, contudo, ao conceder, deixa-se claro que o magistrado deve apreciar de imediato os anos de punição do apenado, ou seja, no máximo 04 anos de prisão. Outro aspecto que Borba (2008) considera é que as penas alternativas integram o dia a dia do forense criminal, ou seja, é comum, o magistrado deparar-se com condenados que podem receber o indulto de penas alternativas, no entanto, os requisitos devem ser todos considerados, até mesmo a possibilidade de risco de reincidência do delito.

Ainda de acordo com Borba (2008), o que deixa clara a ineficiência do Estado na fiscalização quanto à aplicação de penas alternativas, principalmente de fins semana é

a conversão desta em prestação pecuniária. Isso quer dizer que o Estado, ao se furtar de suas obrigações, estabelece, por exemplo, o pagamento da pena outrora de fins de semana em pagamentos mensais de alimentos componentes da cesta básica e entidade de fim social.

Contudo, o magistrado que transforma a pena alternativa de fim de semana em pagamentos mensais de cestas básicas, precisa e deve levar em conta a situação financeira do apenado. Isso porque, podem existir situações em que o apenado não possua condições financeiras para todos os meses que lhe foi imposto em sua penalidade adquirir cestas básicas e, destiná-las as instituições sociais determinadas pelo magistrado.

Para Romano (2019) a pena alternativa onde está estabelecida a pena de fins de semana é uma prestação de serviços do próprio apenado, ou seja, não há a possibilidade do apenado ‘pagar’ para alguém cumprir sua penalidade. Outro, seria que o apenado, deve cumprir integralmente sua pena de fim de semana, sendo vedada a possibilidade de cumprimento da pena em seu domicílio.

A pena alternativa sob a ótica do magistrado e também fundamentada em lei deve ser cumprida em instituições públicas, tais como hospitais, escolas, orfanato, etc., de maneira a beneficiar a coletividade devendo ser aplicada de acordo com as habilidades e conhecimentos do apenado, e para tanto, o magistrado precisa identificar se tais habilidades e conhecimentos podem contribuir de maneira significativa para o bem estar e qualidade de vida da sociedade.

Porém, quando o apenado passa a descumprir os requisitos, há a possibilidade do magistrado em cassar os direitos inerentes as penas alternativas e transformá-las em penas restritivas de liberdade, como argumenta com propriedade o Código Penal Brasileiro (1940): Art. 44. “[...] § 4º - A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta”.

A pena alternativa de limitação do fim de semana como sugere Aguiar (2020, p. 04): “impõe à pessoa condenada à obrigatoriedade de permanecer, durante os sábados e domingos, ao menos cinco horas diárias em um albergue, ou outro tipo de estabelecimento considerado adequado pelo juiz”.

Percebe-se que o magistrado tem sob sua responsabilidade o poder de decidir onde o apenado deverá cumprir sua pena, e de ainda direcionar parte de sua pena para sua reeducação, salvo, constatado também pela autoridade jurídica. Assim, o apenado pode

se preparar para ser reintegrado na sociedade. “[...] também é comum à aplicação de multas, que normalmente são acompanhadas de outros tipos de punição” (AGUIAR, 2020, p. 04-05).

4 OS BENEFÍCIOS E DIFICULDADES DO ESTADO

Um dos principais benefícios para o Estado em relação à aplicação da pena alternativa, onde se enquadra a de limitação de fim de semana é o baixo custo. Fernandes (2014, p. 27) apresenta o seguinte argumento: “[...] o cumprimento de penas alternativas tem um custo de R\$20,00 para o Estado, já manter um condenado cumprindo pena preso o gasto chega à até R\$ 2.000,00 por mês”[...] Aqui há uma disparidade exorbitante de valores, o apenado de penas alternativas é praticamente zero, enquanto que um apenado de regime fechado este valor é de R\$ 2.000,00.

É importante frisar que hoje, o apenado do regime fechado no Brasil tem um valor maior que o próprio piso salarial de um professor, que gira em torno de R\$ 1.300,00, então, a pena alternativa é uma solução viável, desde que o Estado possa monitorar o apenado, pois, os investimentos de apenas R\$ 20,00 são compensatórios até mesmo no processo de ressocialização deste apenado.

A aplicação dessa pena tem outros importantes avanços sociais, pois, o apenado, não precisa abrir do direito ao convívio familiar, não perderá seu emprego, além de reduzir consideravelmente os índices de reincidência, afastando o convívio do agente que pratica infrações penais de menor potencial ofensivo com os criminosos de maior periculosidade (FERNANDES, 2014).

Então, fica a critério do magistrado tal interpretação a luz do fundamento jurídico. A imposição das penas alternativas possibilitará ao apenado a continuação da convivência em família, com a sociedade, dando-lhe sustento e possibilitando a reparação do dano causado de um modo menos agressivo (OLIANI; SILVA, 2012).

A aplicação de penas alternativas pode servir para amenizar a situação de precariedade e de incisivas críticas que recaem sobre o atual sistema prisional brasileiro, que se encontra há muitos anos com uma superlotação e sem perspectivas de políticas de ressocialização eficiente, muito embora, aqui acolá se constate algo pontual que acaba se destacando positivamente. Contudo, a opinião de Romano (2019, p. 01) é esclarecedora ao mesmo tempo reflexiva: “É fato consumado e há um consenso na sociedade com

relação à falência do sistema prisional”, porém apesar de ser uma ótima alternativa para desafogar a superlotação carcerária, não é utilizada em grande escala, devido ao receio e ao sentimento de impunidade pois falta de órgão competente para fiscalizar a aplicação desse tipo de pena (FERNANDES, 2014).

Vê-se que sob o ponto de vista do judiciário brasileiro, a pena alternativa ainda é percebida com receio, nota-se que implícito ao termo falência do sistema prisional brasileiro encontra-se a ineficiente qualidade da aplicação de penas alternativas de fins de semana, pois o Estado não possui estrutura humana para fiscalizar o apenado no cumprimento de sua pena. A alternativa seria monitoramento eletrônico, porém, também esbarra na falta de investimentos em tecnologia, por exemplo, mesmo que seja considerado que o monitoramento eletrônico não é recente no Brasil como destaca com propriedade Romano (2019), quando estabelece que tal monitoramento advenha dos idos de 1970.

Outra situação que carece de reflexão é a reeducação do infrator e embora o Estado Brasileiro, a partir da sua legislação penal, tenha essa obrigação, reeducar o apenado, principalmente aquele que comete delitos de rasa gravidade teria um caráter preventivo para que não voltasse a cometer novos delitos, neste sentido, a aplicação de penas alternativas em fins de semana é justificável sob a égide de diversos especialistas em direito penal, por exemplo: “A reeducação do infrator é a busca constante do sistema carcerário”... (OLIANI; SILVA, 2012, p. 1569).

Vê-se que o reeducar o infrator é uma meta ousada, porém, possível desde que o Estado implemente políticas públicas de ressocialização, principalmente de pessoas que cometeram delitos que se enquadram juridicamente no escopo e requisitos do art. 44 do Código Penal Brasileiro, que de imediato estabelece a penalidade alternativa, dentre as quais de fins de semana para aqueles que foram condenados a no máximo 04 quatro anos de prisão.

5 ANALISANDO A POLÍTICA DE RESSOCIALIZAÇÃO CARCERÁRIA E SUA EFETIVIDADE

Tendo em vista a responsabilidade que o Estado possui com os detentos na preservação de seus direitos e deveres, sendo englobados neste rol o direito a saúde, a segurança, a alimentação adequada, vestimentas condignas, e assistência judiciária para

aqueles que se encontram em situação de hipossuficiência, já que é o responsável de resguardar esses indivíduos que cometeram delitos sejam eles de maior gravidade ou de menor potencial ofensivo.

Neste cenário, tanto a Carta Magna de 1988 como a Lei de Execução Penal (LEP), instituída sob o manto da Lei nº. 7.210/1984, em que visa à regulação dos direitos e deveres que os apenados possuem ao adentrar as dependências das unidades carcerárias, resguardam o direito à saúde, a segurança, a alimentação dos presos, independente do delito que cometeu.

Ademais, a própria Lei de Execução Penal assegura que haja a distinção e separação de detentos conforme seu grau de periculosidade, entretanto esta divisão se concentra apenas na teoria, pois, na prática a realidade é totalmente diferente, as unidades de contenção estão superlotadas, a integridade dos indivíduos é desprezada, as políticas públicas de ressocialização são ineficientes e ineficazes, motivos estes que acabam ocasionando o caos no interior destes centros de contenção, sendo que a maior facção do país cresceu dentro de uma unidade carcerária, demonstrando a ineficácia do Estado em ressocializar os presos.

Neste diapasão, é de suma importância a Teoria Relativa ou da Prevenção já que visa impedir a propagação de crimes no futuro, ou seja, possui como prisma a prevenção da prática delitiva, agindo como garantia social. Conforme explicita GRECO (2011, p. 75), que “Independentemente das críticas que se faz à primeira das vertentes do Direito Penal voltada para as consequências, qual seja a proteção de bens jurídicos, nesta oportunidade abordaremos somente aquelas que se dirigem as duas formas de prevenção geral e especial”.

A prevenção geral atrela-se ao gênero do indivíduo considerando a imposição da pena como meio inibitório ao cometimento de delitos, ou seja, caso se configure o ato delinquente o Estado pode e deve agir em nome da sociedade, aplicando neste caso a reprimenda penal ou a imposição da pena ao indivíduo que desrespeitou as normas regulamentadoras de convívio social.

No entendimento do doutrinador PRADO (2005, p. 554) quanto à concepção preventiva geral:

[...] a concepção preventiva geral da pena busca sua justificação na produção de efeitos inibitórios a realização de condutas delituosas, nos cidadãos em geral, de maneira que deixarão de praticar atos ilícitos em razão do temor de sofrer a aplicação de uma sanção penal. Em resumo, a prevenção geral tem como destinatária a totalidade dos indivíduos que

integram a sociedade, e se orienta para o futuro, com o escopo de evitar a prática de delitos por qualquer integrante do corpo social. (PRADO, 2005, p.554).

Partindo do mesmo entendimento GRECO (2011, p. 174) demonstra seu posicionamento acerca da teoria da prevenção geral:

Para os defensores da prevenção integradora geral ou positiva, a pena presta-se não a prevenção negativa de delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na prática de delito; seu propósito vai, além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade do direito; promovendo, em última análise a integração social. (GRECO, 2011, p.474)

179

Com isso, há de se compreender que na prevenção geral todos os indivíduos são abarcados de forma coletiva, sendo a inibição feita através do poder coercitivo do Estado em que ao efetuar o encarceramento de determinado indivíduo demonstra para os demais que caso não haja de forma correta seguindo as normas regulamentadoras o mesmo irá acontecer consigo.

Na prevenção especial, o objeto é o mesmo que seja impedir o cometimento de novos delitos, contudo, ao invés de direcionar seu foco para a coletividade concentra apenas na particularidade do indivíduo apenado, para que este não retorne ao mundo do crime. Para BITTENCOURT (2011, p.111), “A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais”.

Neste diapasão, preleciona o doutrinador BECCARIA quanto a prevenção delituosa de crimes:

É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males da vida. (BECCARIA, 1997, p.27)

Nesse entendimento o autor ROXIN faz a seguinte menção:

Pela prevenção especial positiva, segundo Roxin, “a missão da pena consiste unicamente em fazer com que o autor desista de cometer futuros delitos.” Denota-se aqui o caráter ressocializador da pena,

fazendo com que o agente medite sobre o crime, sopresando suas consequências, inibindo-o ao cometimento de outros. (apud GRECO, 2011, p.474)

Desta forma, em ambos os tipos de prevenções o objetivo principal é evitar o cometimento de crimes através da imposição coercitiva do Estado demonstrando para o restante da sociedade que o mesmo pode acontecer caso as normas não sejam respeitadas. A diferença consiste no fato de que na prevenção geral o alvo é a coletividade e na prevenção especial o foco é a particularidade de cada indivíduo, porém, o objetivo final de ambas é o impedimento do delito.

Entretanto, caso venha acontecer à prática delituosa atribui-se ao indivíduo encarcerado a pratica da ressocialização, que deveria acontecer, contudo, infelizmente a realidade é diversa da que está contida na norma, aqueles que são responsáveis por aplicar de fato a ressocialização acabam por deixar de lado sua responsabilidade com os indivíduos que estão enclausurados, isto acaba por gerar um efeito reverso nos apenados já que ao invés de procurarem sair da zona de criminalidade adentram ainda mais no submundo do crime, causando estragos e prejuízos em toda a sociedade.

Sendo assim, dentro da ideia de que a educação pode indicar um caminho para dar um novo direcionamento para esses indivíduos por meio das penas alternativas, especialmente nesse estudo, a limitação de fim de semana é uma alternativa de baixo custo e mostra seu viés de ressocialização, desde que acompanhada da fiscalização aliada às palestras e cursos, evitando assim o encarceramento, reeducando para que o Estado cumpra sua função de devolver o indivíduo a sociedade de forma renovada.

Se a situação carcerária é de falência, fortalecer outros instrumentos pode ser uma alternativa, desde que traga um componente voltado para a reeducação.

Considerando que as normas contidas na Lei de Execução Penal não são obedecidas e o investimento em tecnologia é baixo, o encarceramento para os pequenos delitos seria desistir de resgatar os que ainda podem deixar o mundo do crime.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa mesma literatura sugere que a aplicação da pena alternativa de fins de semana ainda é um desafio para o sistema penitenciário brasileiro devido a falta de estrutura tecnológica e principalmente humana para acompanhar a pena em seu cumprimento por parte do apenado.

A sociedade ainda percebe com desconfiança a aplicação de penas alternativas de fins de semana sendo uma das justificativas se realmente o apenado faz jus ao benefício, e ainda, se o apenado participa de medida socioeducativas para sua ressocialização, mitigando assim a possibilidade de voltar a praticar novos delitos e/ou crimes.

Sob o ponto de vista jurídico teórico a pena alternativa de fins de semana é eficiente e pode contribuir positivamente para a ressocialização, contudo, ainda falta como mencionamos uma efetividade prática de acompanhamento e praticamente não há investimentos em escala e/ ou plantões que possam atuar com poder de fiscalizar inclusive nos fins de semana.

É notório a importância e o valor da pena alternativa de limitação de fim de semana, até porque ela é uma oportunidade para que o apenado não se ausente do convívio familiar, não seja influenciado negativamente pela escola do crime que infelizmente impera no interior dos presídios em todo o Brasil, além disso, a pena alternativa de limitação de fim de semana abre a possibilidade para o apenado trabalhar e/ou estudar durante o decorrer dos dias úteis e isso é relevante diante da falência do sistema prisional brasileiro, razão pela qual o poder judiciário poderia, exercer sua autoridade de representante do bem estar da sociedade, colocando em prática penas alternativas para delitos que não excedam 04 anos de pena e que se enquadrem nos demais requisitos legais utilizando a capacidade preventiva de seu caráter educativo que pode contribuir para a ressocialização, sendo de baixo custo, à qual o Estado infelizmente não defere a necessária atenção.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, João Paulo de Vasconcelos. **Penas alternativas: conheça 5 alternativas à prisão**. Disponível em:< <https://www.politize.com.br/penas-alternativas-a-prisao-no-brasil>>Acesso em 28 ago 2020..

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. De Flório de Angelis. Bauru, Edipro, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.

BONESANA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. Curitiba: Hemus, 2000.

BORBA, Rodrigo Esperança. **Aqui jaz a pena de limitação de fim-de-semana** (2008). Disponível em:< <http://www.jus.com.br>> Acesso em: < 28 de agosto de 2020>.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acessado em:<28 de agosto de 2020>

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acessado em :<28 de agosto de 2020>

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> Acesso em 22 de outubro de 2020>

DEMO, P. **Metodologia do conhecimento científico.** São Paulo: Atlas, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário Eletrônico da Língua Portuguesa.** São Paulo: Contexto, 2010.

GOMES, Vera Lúcia Abadia; ALVES, Valdair Custódio. **Medidas alternativas: estrutura necessária para aplicação, fiscalização e avaliação.** B. Cient. ESMPU, Brasília, a. I – nº 2, p. 53-67 – jan./mar. 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal:** Parte Geral. 4^a ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, v.1, 2011.

LYRA. Roberto. **Comentários ao Código Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1942.

OLIANI, Taionara Cristine; SILVA, Carlos Roberto da. **A aplicabilidade das penas alternativas no âmbito social.** *Revista Eletrônica de Iniciação Científica.* Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 3, n.3, p. 1565-1581, 3º Trimestre de 2012.

OLIVEIRA, Fabiana Costa; CHAGAS, Juliana Vieira Ávila; VIANA, Maria Cristina; **Medidas Alternativas: Estrutura Necessária para Aplicação, Fiscalização e Avaliação.** Disponível em:< <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-2-janeiro-marco-de-2002/medidas-alternativas-estrutura-necessaria-para-aplicacao-fiscalizacao-e-avaliacao>> Acessado em:< 28 de agosto de 2020>

PIMENTEL, Manoel Pedro. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 7^a Ed. Parte Geral. Arts. 1º a 120. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do trabalho científico** [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico / Cleber Cristiano Prodanov, Ernani Cesar de Freitas. – 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

183

ROMANO, Rogério Tadeu. **Penas Alternativas**. Disponível em: <https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca-old/doutrina/Doutrina378-penas-alternativas.pdf>> Acessado em: < 28 de agosto de 2020>

ROXIN, Claus, **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 1ª Ed. São Paulo: Veja, 1986.

SÁ, Rodrigo Moraes. **O caráter punitivo das penas alternativas**. Escola Paulista de Direito, Universidade Cidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2018.

A EXIGÊNCIA DE REGISTRO ADMINISTRATIVO DE NASCIMENTO INDÍGENA (RANI) PARA ACESSO AOS SERVIÇOS PÚBLICOS NA REGIÃO AMAZÔNICA DO ALTO SOLIMÕES

THE REQUIREMENT FOR ADMINISTRATIVE REGISTRATION OF INDIGENOUS BIRTH (RANI) FOR ACCESS TO PUBLIC SERVICES IN THE AMAZON REGION OF ALTO SOLIMÕES

184

Giselle de Oliveira Brito

Marcelo Antunes Santos

RESUMO

O presente artigo objetiva, por meio de uma análise dos aspectos legais identitários dos povos indígenas, verificar se há entraves ao acesso dos indígenas aos serviços públicos na região amazônica do Alto Solimões pela exigência de Registro Administrativo de Nascimento Indígena (RANI), documento expedido pela Fundação Nacional do Índio. Pelo estudo da contextualização histórica de quem é o indígena na legislação pátria e da revisão das normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes pretende-se identificar os principais mecanismos jurídicos de autoafirmação e pertencimento étnico dos povos indígenas envolvidos. Buscou-se ainda identificar a natureza do RANI e como ocorreu a atuação do Ministério Público Federal, órgão constitucional de defesa dos interesses indígenas, nos casos concretos submetidos a sua análise, utilizando a metodologia indutiva exploratória a partir do levantamento de casos por amostragem apreciados pelo órgão nos últimos 5(cinco) anos. Ao final se conclui pela inconstitucionalidade da prática estatal de manter a política tutelar através da obrigatoriedade da apresentação do documento como requisito civil obrigatório para reconhecimento étnico e fruição de políticas públicas.

Palavras Chaves: Direito Constitucional. Direito Indígena. Convenção nº 169/OIT. RANI.

ABSTRACT

This article aims, through an analysis of the legal aspects of identity of indigenous peoples, to verify if there are obstacles to the access of indigenous people to public services in the Amazon region of Alto Solimões by the requirement of Administrative Registration of Indigenous Birth (RANI), a document issued by National Indian Foundation. By studying the historical contextualization of who the indigenous person is in the native legislation and the revision of the constitutional and infraconstitutional rules in force, it is intended to identify the main legal mechanisms for self-affirmation and ethnic belonging of the indigenous peoples involved. We

also sought to identify the nature of RANI and how the Federal Public Ministry, a constitutional body for the defense of indigenous interests, performed in the specific cases submitted to its analysis, using the exploratory inductive methodology based on the survey of cases by sampling appreciated by the in the last 5 (five) years. In the end, it is concluded that the state practice of maintaining the tutelary policy is unconstitutional through the mandatory presentation of the document as a mandatory civil requirement for ethnic recognition and enjoyment of public policies.

Keywords: Constitutional Law. Indigenous Law. Convention No. 169 / ILO. RANI.

INTRODUÇÃO

185

A Constituição da República de 1988 (CR/1988) previu em seu preâmbulo o ideal de instituição de uma sociedade plural e sem preconceitos e a partir deste pressuposto o usufruto dos serviços públicos a todas as pessoas sem distinção discriminatória. No entanto, por razões históricas e de políticas públicas, o acesso a estes serviços pelos povos indígenas é tarefa mais árdua. Esse grupo étnico compõe parte de um grupo vulnerável que segundo os dados do Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2010) somavam 896.917 pessoas em mais de 305 povos.

Segundo informações do mesmo órgão censitário, o Censo de 2000 revelou um crescimento da população indígena muito acima da expectativa, passando de 294 mil para 734 mil pessoas em apenas nove anos. Esse aumento expressivo não poderia ser compreendido apenas como um efeito demográfico (natalidade e migração), mas pelo crescimento no número de pessoas que se reconheceram como indígenas, principalmente nas áreas urbanas do País.

A população indígena do Alto Solimões, segundo a Fundação Nacional do Índio (2020), é de 76.000 (setenta e seis mil) indígenas, em 350 comunidades/aldeias, pertencentes a 18 povos: Ticuna, Kokama, Kambeba, Caixana, Kanamari, Witota, Katukina, Madja-Kulina, Mura, Maku, Makuna, Kaku-yuhup, Ava-Canoeiro, Miranha, Mayuruna, Desana, Tukano e Tuyuka.

No que se refere aos indígenas que habitam a região amazônica do Alto Solimões, quando esta população precisa recorrer aos serviços públicos, além das dificuldades próprias da localização geográfica, com imensas distâncias percorráveis quase que exclusivamente por deslocamento fluvial, envolvendo alto custo econômico, períodos de chuva intensas intercaladas com secas dos rios e dificuldades da própria condição étnica, como o uso da língua portuguesa na comunicação com a sociedade

envolvente, estes povos esbarram em uma barreira pouco estudada pelo direito, que é a da exigência por parte dos órgãos públicos de Registro Administrativo de Nascimento Indígena como instrumento formal de identificação e comprovação da condição de indígena.

Assim, o objetivo deste artigo é analisar a compatibilidade da exigência do RANI para fruição de políticas públicas com a legislação indigenista em vigor. Ademais, o presente texto se propõe a investigar (pergunta problema) se: a postura dos agentes públicos e instituições relacionados de exigir o RANI para comprovação da condição de indígena é compatível com a Constituição Federal à luz da Convenção nº 169 da OIT?

Para tanto foi utilizada a metodologia indutiva exploratória a partir do levantamento de casos por amostragem apreciados pelo Ministério Público Federal da cidade de Tabatinga nos últimos 5(cinco) anos, analisando os pareceres emitidos a partir da legislação que trata dos critérios de reconhecimento étnico.

Este estudo se iniciará com delimitação do conceito jurídico e antropológico de quem é o indígena na legislação nacional e expõe o arcabouço jurídico sobre direitos indígenas no Brasil, a partir da análise de alguns pontos fundamentais da evolução histórica jurídica da legislação indigenista, até o estágio atual sobre a legislação que trata de autoidentificação e autodeclaração, fundada na Constituição da República de 1988, Convenção nº 169 da OIT e o Estatuto do Índio.

Em seguida, tratará do conceito e dos motivos que levaram a criação do Registro Administrativo Indígena-RANI, expondo sua regulamentação e posicionamento oficial da FUNAI e da Controladoria Geral da União sobre sua finalidade, bem como será exposta a regulamentação sobre registros civis de indígenas.

Em um terceiro momento serão apresentados alguns casos concretos levantados por amostragem a partir de demandas dos indígenas levadas ao conhecimento do Ministério Público Federal sobre a exigência do documento por diversos entes públicos e como se posicionou o parquet federal sobre os casos em questão.

Analisar-se-á, por fim, os casos apresentados a luz do direito que trata de autorreconhecimento e hetero-identificação dos povos indígenas, buscando verificar se os indígenas estão sendo alijados dos seus direitos por uma exigência inconstitucional dos órgãos prestadores de serviços públicos.

O INDÍGENA NA LEGISLAÇÃO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA AOS DIAS ATUAIS

Segundo a história brasileira o vocábulo “índio” surgiu do engano de Cristóvão Colombo quando da chegada à América, que acreditando ter chegado à Índia utilizou o gentílico dos nativos daquele lugar para designar os habitantes locais (LUCIANO, 2006, p.30).

Segundo a ONU, em nota técnica, os indígenas são povos distintos da sociedade envolvente que vivem um processo de continuidade histórica com as sociedades anteriores à invasão e à colonização dos territórios e decidem conservar, desenvolver e transmitir às gerações futuras seus territórios ancestrais e sua identidade étnica (LUCIANO, 2006, p.27).

Na legislação brasileira, o conceito de indígena encontra-se no Art. 3º do Estatuto do índio que preceitua ser “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico, cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional.”

Como se observa o conceito possui dimensão individual (origem e ascendência pré-colombiana) e dimensão coletiva, (reconhecimento do grupo). O antropólogo Eduardo Viveiros de Castro (2006, p.1) faz uma construção do conceito com foco no necessário entendimento da identidade coletiva como formadora da identidade individual:

‘Índio’ é qualquer membro de uma comunidade indígena, reconhecido por ela como tal. ‘Comunidade indígena’ é toda comunidade fundada em relações de parentesco ou vizinhança entre seus membros, que mantém laços histórico-culturais com as organizações sociais indígenas pré-colombianas.

1. As relações de parentesco ou vizinhança constitutivas da comunidade incluem as relações de afinidade, de filiação adotiva, de parentesco ritual ou religioso, e, mais geralmente, definem-se nos termos da concepção dos vínculos interpessoais fundamentais própria da comunidade em questão.

2. Os laços histórico-culturais com as organizações sociais pré-colombianas compreendem dimensões históricas, culturais e sociopolíticas, a saber:

a) A continuidade da presente implantação territorial da comunidade em relação à situação existente no período pré-colombiano. Tal continuidade inclui, em particular, a derivação da situação presente a partir de determinações ou contingências impostas pelos poderes coloniais ou nacionais no passado, tais como migrações forçadas, descimentos, reduções, aldeamentos e demais medidas de assimilação e oclusão étnicas;

b) A orientação positiva e ativa do grupo face a discursos e práticas comunitários derivados do fundo cultural ameríndio, e concebidos como patrimônio relevante

do grupo. Em vista dos processos de destruição, redução e oclusão cultural associados à situação evocada no item anterior, tais discursos e práticas não são necessariamente aqueles específicos da área cultural (no sentido histórico etnológico) onde se acha hoje a comunidade;

c) A decisão, seja ela manifesta ou simplesmente presumida, da comunidade de se constituir como entidade socialmente diferenciada dentro da comunhão nacional, com autonomia para estatuir e deliberar sobre sua composição (modos de recrutamento e critérios de inclusão de seus membros) e negócios internos (governança comunitária, formas de ocupação do território, regime de intercâmbio com a sociedade envolvente), bem como de definir suas modalidades próprias de reprodução simbólica e material

Assim, “índio” não designa um indivíduo apenas, mas está intimamente associado à coletividade. Nesse sentido não existem índios individualmente, apenas comunidades, redes (d)e relações não havendo como determinar quem “é índio” de forma independente do trabalho de autodeterminação realizado pelas comunidades indígenas (CASTRO, 2006, p.14).

O processo histórico da construção da legislação indigenista subdividiu-se em três modelos jurídicos predominantes, conforme constataram Souza e Barbosa (2011, p.4)

A tutela dos direitos indígenas fundamentais compreendidos entre aqueles imprescindíveis à sobrevivência com dignidade desse grupo étnico, se consubstanciou de forma gradativa e em atendimento a determinados objetivos políticos e econômicos, pelos quais se identifica a formação de três modelos jurídicos indígenas, o exterminacionista, o integracionista e o de reconhecimento e ampliação de direitos. Do modelo exterminacionista observou-se que a legislação indígena colonial em nome de uma “ordem indígena” buscou extinguir os povos tradicionais que não se sujeitaram a espoliação imposta sendo contrários aos interesses dos colonizadores, se caracterizando pela completa omissão em atender as reivindicações e necessidades indígenas. O segundo modelo de grande influência, ainda persistindo hodiernamente em normas ultrapassadas como a Lei n. 6.001/73 (Estatuto do Índio), se pauta basicamente numa tutela controversa, ao passo que defende a proteção da cultura dos índios obriga-os a se adequarem aos moldes civilistas impostos, os quais quando não atendidos coloca os indígenas sob a tutela estatal executada pela FUNAI, sendo os índios, portanto, absolutamente incapazes para os atos da vida civil afetando diretamente como analisado a efetividade e o exercício dos direitos indígenas, sujeitos que atualmente, respeitadas as devidas proporções, na modernidade mostram-se capazes de se autodeterminar. O último modelo se expressa na política normativa de reconhecimento de direitos originários e ampliação de garantias, representa uma reação a ordem integracionista, neste sistema se defende o respeito a diferença cultural dos indivíduos indígenas e a tutela de seus interesses se faz por meio da promoção e manutenção de seu patrimônio cultural, segundo a qual os direitos indígenas podem ser defendidos pelos próprios titulares, respeitados os requisitos legais, assim, destaca-se a Constituição Federal de 1988 (artigos 231 e 231) e o Projeto de Lei n. 2.057/91 que objetiva a instituição do Estatuto das Sociedades Indígenas.

Destaca-se que os povos indígenas sequer aparecem nas Constituições de 1824 e 1891, vindo a constar no texto constitucional de 1934 a proteção dos povos silvícolas (que vive na selva ou incivilizado) como parte integrante da identidade nacional, porém submetidos a necessidade de adequação ao modelo de sociedade envolvente. Naquele contexto nota-se uma imposição de uma política de assimilação e a negação de suas identidades indígenas em nome de sua inserção nacional (SOUZA; BARBOSA, 2011, p. 1).

Considerando que tratar de direitos dos povos indígena é tratar de direitos humanos, a partir do contexto da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) houve avanços na consolidação dos direitos humanos, com a proteção das minorias, quando igualdade e dignidade tornam-se direitos fundamentais, por ocasião da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, que no Art. 1 afirma que Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Cunha (1994 p. 129) entretanto faz uma reflexão contraposta a esta proteção:

As versões pós-guerra dos instrumentos de direitos humanos baseavam-se essencialmente no direito à igualdade. Mas esse direito, que brotava de uma ideologia liberal e respondia a situações do tipo apartheid, foi largamente entendido como um dever; e a igualdade, que era de essência política, foi entendida como homogeneidade cultural. O direito à igualdade redundava pois em um dever de assimilação. Outras equivalências perversas se alastraram: integração e desenvolvimento passaram a sinônimos de assimilação cultural, discriminação e racismo a reconhecimento das diferenças.

O modelo integracionista impregna o Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/73), que determina quem é o índio e que, apesar de dispor no Art. 1º sobre o propósito de preservação da cultura, também define como propósito a integração do indígena à comunhão nacional. O referido texto normativo foi formulado no contexto histórico da ditadura militar, segue o Código Civil de 1916, tratando os índios como “relativamente incapazes”, tutelando-o e (se) moldando ao entendimento da sociedade da época.

Castro (2006, p. 2) afirma que essa política de emancipação dos anos 70, foi um projeto de des-indianização jurídica, através da criação de um instrumento jurídico para discriminar quem era índio de quem não era índio:

O propósito era emancipar, isto é, retirar da responsabilidade tutelar do Estado os índios que se teriam tornado não-índios, os índios que não

eram mais índios, isto é, aqueles indivíduos indígenas que ‘já’ não apresentassem ‘mais’ os estigmas de indianidade estimados necessários para o reconhecimento de seu regime especial de cidadania.

A luta dos movimentos antropológicos e protagonizada pelos indígenas se funda então no ideal de superação do paradigma então vigente de que ser indígena é um estado transitório ou uma etapa a ser vencida no cenário da Constituinte de 1988: “A ideia era que ‘índio’ não podia ser visto como uma etapa na marcha ascensional até o invejável estado de ‘branco’ ou ‘civilizado’.” (CASTRO, 2006, p. 4)

O modelo integracionista viveu por 54 anos até a Constituição de 1988:

Nos textos constitucionais de 1946 (art. 5º), 1967 (Art. 8º) e 1969 (art. 8º) estipulava-se que competia à União legislar sobre ‘a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional’. Essa ‘incorporação’, cuja variante era ‘integração’, era entendida pelos órgãos oficiais como ‘assimilação’. Ou seja, o intuito da política indigenista republicana e, explicitamente, a partir de 1946, era a destruição das tradições indígenas, tornando os índios ‘cidadãos comuns’, [...]. Em poucas palavras, o programa era o etnocídio, a destruição das sociedades indígenas. (CUNHA, 2018, p. 12)

A comunidade indígena na Constituinte de 1988 tornou-se protagonista na construção das políticas públicas para defender seus interesses como sujeitos coletivos de direitos, gerando um movimento inclusive de transfiguração étnica quando comunidades rurais reassumem sua condição como indígena (CASTRO, 2006, p.5). O integracionismo é abandonado e a política de Estado avança para a era de reconhecimento e ampliação de direitos (pelo menos foi o que se propôs).

A Constituição ampliou a proteção da dignidade humana em várias dimensões, reconheceu a capacidade civil dos povos indígenas (até então relativamente incapazes e obrigatoriamente tutelados pelo Estado) e avançou na ampliação e garantia dos seus direitos.

A tutela indígena que até então se baseava no mero reconhecimento de sua existência, se ampliou para garantia do direito à diferença e preservação de suas identidades, conforme extrai-se do Art. 231: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”

O Instituto Socioambiental Povos Indígenas do Brasil (2018) afirma que:

A Constituição não fala em tutela ou em órgão indigenista, mas mantém a responsabilidade da União de proteger e fazer respeitar os direitos indígenas. Apesar de não tratar de maneira expressa da capacidade civil, a Constituição reconheceu no seu Artigo 232, a capacidade processual ao dizer que ‘os índios, suas comunidades e organizações, são partes legítimas para ingressar em juízo, em defesa dos seus direitos e interesses’. Significa que os índios podem, inclusive, entrar em juízo contra o próprio Estado, o seu suposto tutor. O Novo Código Civil (2002), em consequência, retira os índios da categoria de relativamente incapazes e dispõe que a capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Após a Constituição, outros instrumentos jurídicos internacionais trataram especificamente da questão indígena, entre eles há um marco jurídico no reconhecimento da autonomia dos povos como direito fundamental, que é a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (1989), que ingressa no ordenamento jurídico pátrio através do Decreto nº 5.051/04 (atualmente consolidado no Decreto nº 10.088/19) e traz uma das maiores salvaguardas do direito indígena que é a autoidentificação quando dispõe que: “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 Convenção”.

Ser indígena vem de sua consciência como indígena, de seu autorreconhecimento. Mas aliado a consciência além do plano individual, visto ser do grupo: o hetero-reconhecimento é o reconhecimento grupal de pertença do indivíduo a uma comunidade.

O Brasil é signatário ainda da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas (2007), que de maneira expressa traz a temática da não discriminação no exercício dos direitos: Art. 2º que “Os povos e pessoas indígenas são livres e iguais a todos os demais povos e indivíduos e têm o direito de não serem submetidos a nenhuma forma de discriminação no exercício de seus direitos, que esteja fundada, em particular, em sua origem ou identidade indígena.”

É signatário também da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA (2016), que contempla a autoidentificação e a hetero-identificação como mecanismos centrais da identidade indígena:

Artigo I

(...)

2. A autoidentificação como povo indígena será um critério fundamental para determinar a quem se aplica a presente Declaração. Os Estados respeitarão o direito a essa autoidentificação como indígena, de forma individual ou coletiva, conforme as práticas e instituições próprias de cada povo indígena.

(...)

Artigo VIII

Direito de pertencer a povos indígenas. As pessoas e comunidades indígenas têm o direito de pertencer a um ou a vários povos indígenas, de acordo com a identidade, tradições, costumes e sistemas de pertencimento de cada povo. Do exercício desse direito não pode decorrer discriminação de nenhum tipo.

192

Realizada a análise histórica da legislação indigenista no Brasil, da sua origem aos dias atuais, parte-se então para a análise do Registro Administrativo de Nascimento Indígena – RANI, documento exigido pelos órgãos estatais prestadores de serviços públicos essenciais.

2. RANI – REGISTRO ADMINISTRATIVO INDÍGENA

O Registro Administrativo de Nascimento de Indígena (RANI) é um documento administrativo fornecido ao indígena, criado para controle estatístico da população, em atendimento ao previsto no Art. 13 da Lei nº 6.001/73:

Art. 13. Haverá livros próprios, no órgão competente de assistência, para o registro administrativo de nascimentos e óbitos dos índios, da cessação de sua incapacidade e dos casamentos contraídos segundo os costumes tribais.

Parágrafo único. O registro administrativo constituirá, quando couber documento hábil para proceder ao registro civil do ato correspondente, admitido, na falta deste, como meio subsidiário de prova

O Artigo 12 da mesma lei prevê que os registros civis serão efetuados de acordo com a legislação comum atendidas as peculiaridades de sua condição quanto à qualificação do nome, prenome e filiação.

Assim, o documento poderá servir como documento hábil para solicitar o registro civil como meio subsidiário de prova quando por motivos diversos os pais da criança não possuírem a via da Declaração de Nascido Vivo (DNV – documento padrão que alimenta o Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos – Sinasc), fornecida pelo

hospital ou maternidade e/ou pelas equipes de saúde nos partos tradicionais ocorridos em terras indígenas.

Sendo então o Registro Civil das Pessoas Naturais o principal instrumento de preservação dos direitos e garantias previstos no art. 5º da Constituição Federal Brasileira, de 1988 (direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos), o documento administrativo não substitui a certidão de nascimento realizada nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais, previstos e regulamentado pela Lei 6.015/73.

Ainda que o indígena não tenha realizado o seu registro civil e o quisesse realizar na forma de registro tardio o RANI não é obrigatório conforme previsão do Artigo 4º da Resolução Conjunta nº 3 / 2012 do CNJ/CNMP, que dispõe que o registro tardio do indígena pode ser realizado de três formas distintas: mediante a apresentação do RANI; ou mediante apresentação dos dados, em requerimento, por representante da FUNAI a ser identificado no assento; ou, ainda, na forma do art. 46 da Lei n.º 6.015/73 (apresentação de duas testemunhas maiores de 18 anos, que declarem ter conhecimento do nascimento da pessoa e confirmem sua identidade ao juiz).

A mesma resolução regula ainda outras situações específicas quanto ao registro civil dos indígenas tais como o direito de constar a declaração do registrando como indígena, o respectivo povo/etnia, a aldeia como local de nascimento, e o povo/etnia lançado como sobrenome.

Há ainda, a obrigação do Cartório de registro civil lançar o nome indígena do registrando a pedido do registrante (Art. 2º) e a previsão da correção ou alteração de registros civis indígenas pelo cartório mais próximo, para alterações cujas informações de etnicidade não constarem.

Apesar de a norma ser clara sobre a função do RANI (censitária e subsidiária) convencionou-se a solicitação do documento como principal senão único documento de comprovação de reconhecimento e etnicidade do indígena, ignorando a própria Certidão de Nascimento que deveria ser expedida com todas as informações da indianidade) e o critério Constitucional de autoidentificação e hetero-reconhecimento (pelo grupo que pertence, não Estatal).

Esta exigência aparece em editais de universidades, concorrência a cargos públicos e até mesmo para recebimento de auxílios e benefícios sociais, como a bolsa educação. A Controladoria Geral da União (CGU) em 2016 se posiciona sobre a função do documento.

A única finalidade expressa do RANI é a de garantir o controle estatístico da população indígena à Funai, não servindo como prova cabal de identificação étnica. Nesse sentido, atualmente, o RANI serve como um mecanismo de acessibilidade para fins de obtenção do Registro Civil de Nascimento (RCN), conforme Resolução Conjunta nº 003 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), de 19 de abril de 2012. Posto que, identidade e pertencimento étnico não são conceitos estatísticos, mas processos dinâmicos de construção individual e social, particulares e autônomos, não cabe ao Estado reconhecer quem é ou não indígena, mas garantir que sejam respeitados os processos individuais e sociais de construção e formação de identidades étnicas, conforme as determinações da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho –OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada integralmente no Brasil pelo Decreto nº 5.051/2004. A questão da autoidentidade ou da autodeclaração indígena passou a ser considerada como instrumento que legitima a consciência do indivíduo como indígena, conforme previsto na própria Convenção nº 169:[...] Assim, compreendendo a relevância desse tema e a inexistência de métodos apropriados capazes de comprovar a indianidade das pessoas, a Funai entende que não cabe à instituição declarar quem é ou não indígena, pois estaria contrariando os direitos previstos na referida Convenção. Tendo em vista a diversidade dos povos indígenas no Brasil e a complexidade que permeia esse assunto, entenderemos que, além do autorreconhecimento, deve-se ouvir a comunidade a qual o indivíduo se diz pertencer, com a interveniência da Coordenação Regional. (CGU, 2016, Pedido 08850003709201)

A manifestação da CGU está em conformidade com a OIT 169 visto que critérios de reconhecimento do indígena são a consciência de sua identidade indígena ou tribal como critério fundamental.

3. EXIGÊNCIA DO RANI NO ALTO SOLIMÕES E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Para o levantamento e posterior análise das informações trazidas neste tópico foi realizado um pedido de informação ao Ministério Público Federal (20200168090/2020) e após acesso aos procedimentos, realizado um resumo dos procedimentos e documentos levantados que tratavam da temática, no lapso temporal de 2014 à 2020. Foram identificados 5 (cinco) procedimentos com a temática em pesquisa com o termo RANI, e expostas em ordem cronológica a seguir.

No ano de 2014, foi instaurada a investigação 1.13.001.000194/2014-33 que inicia-se pela representação de discriminação contra a etnia Kambeba pela Coordenação

local da FUNAI, e há a seguinte afirmação das lideranças indígenas “que os mesmos não tem direito a nada devido não possuírem os RANIS e não estarem em terras demarcadas”.

Na investigação, intimada a manifestar-se, a FUNAI através da Coordenadoria do Alto Solimões informou que em razão de inúmeras fraudes identificadas a partir de janeiro de 2015 foram alterados os procedimentos para emissão do documento dificultando sua expedição, que passa a não ser mais expedido para indígenas com idade superior a 12 anos (salvo para aqueles oriundos de comunidades muito isoladas), porém que realizaria oficinas para a construção de Protocolos de Reconhecimento Étnico junto as comunidades.

Após 04 anos de investigação o Ministério Público arquiva o procedimento em 2018 sustentando que a suspensão da expedição do RANI não trará impacto ao exercício dos direitos indígenas, nos seguintes termos:

Simplesmente deixar de emití-los acabaria por diminuir a importância do tema e agravar a resistência de muitos órgãos no que se refere à identificação de um grupo ou uma pessoa como indígena. Emiti-los sem critério gera o risco de reiteradas fraudes, tal como já chegou ao conhecimento desta procuradoria em tempos passados. A solução dada pela FUNAI, assim, tem a vantagem de tratar de frente o tema da identificação individual e coletiva, sem incorrer nos riscos da emissão sem controle do RANI. (...)os agentes públicos devem passar a perceber o RANI como algo que declara uma condição (a condição de pertencente a uma coletividade culturalmente diferenciada), mas jamais a constitui.

No ano de 2015 foi instaurado o processo extrajudicial 1.13.001.000105/2015-30 em que lideranças indígenas vinculadas à Organização dos Kambebas do Alto Solimões – OKAS representaram contra suposto descaso, desrespeito e discriminação aos indígenas da etnia Kambeba por parte de servidores da FUNAI de São Paulo de Olivença que estariam se recusando a expedir o RANI, além de outras situações, que trariam prejuízos aos direitos dos povos indígenas. A questão da validade das regras do certame público não foi levantada na investigação.

A representação inicial trouxe anexa cópia do Edital de nº 02/2015 de fevereiro de 2015 do concurso público da Prefeitura Municipal de São Paulo de Olivença com mais de 50 vagas destinadas especificamente aos cidadãos indígenas que poderiam concorrer com exclusividade às vagas de professores. O edital condicionava a nomeação à apresentação do RANI.

A representação foi arquivada por duplicidade com a investigação 1.13.001.000194/2014-33, que na época ainda estava em tramitação. A questão da validade das regras do certame público não foi analisada na promoção de arquivamento.

Outro processo foi instaurado no ano de 2016 a partir de atendimento a um cidadão indígena que estava com dificuldades junto à autarquia previdenciária no processo de obtenção do benefício de aposentadoria por idade em razão das emissões de certidões que estavam suspensas na FUNAI.

A investigação tramitou sob número 1.13.001.000131/2016-49 e o objeto foi apurar a suspensão da emissão de Rani e Certidão de Atividade Rural por parte da FUNAI Alto Solimões e seus impactos quanto ao exercício de direitos civis junto às repartições públicas.

Por meio da investigação apurou-se que a suspensão de emissão de Registro Administrativo de Nascimento de índio – RANI seria apenas em alguns municípios vinculados à Coordenação Local do Alto Solimões, por conta de irregularidades e fraudes ligadas a expedição do documento. Em documento da FUNAI acostado aos autos há a seguinte informação:

À FUNAI cabe atender aos indígenas, não os identificar. Essa tarefa cabe ao próprio povo. Nossa competência seria assessorá-los nesse processo. Entretanto, foram detectados muitos problemas em relação a alguns locais e situações, com diversos indícios de má fé e fraude, tanto em relação a assunção da identidade étnica, quanto à condição de trabalhador rural, visando o acesso aos benefícios previdenciários.[...]Tendo os indícios de irregularidades aumentado em razão inversa do sucesso das investigações, avaliou-se como medida administrativa mais consequente em relação aos direitos previdenciários e aos direitos indígenas, a interrupção da emissão a fim de serem adotados novos procedimentos e controles.

O INSS informou na ocasião sobre a prescindibilidade dos documentos para obtenção do benefício e o processo foi arquivado por perda do objeto em 2020.

Em 2019 a FUNAI – Coordenação Alto Solimões ingressa com representação que dá origem a investigação 1.13.001.000097/2019-55 relatando a exigência, por parte da Universidade do Estado do Amazonas-UEA/AM, no edital do vestibular 2018, de RANI ou declaração de pertencimento étnico expedida pela FUNAI como documento obrigatório para a matrícula dos indígenas das vagas de cotas, acarretando prejuízos a acessibilidade indígena ao ensino superior público. Informou a referida autarquia na

ocasião que todos os anos notifica a instituição de ensino da irregularidade, sem, entretanto, haver mudança no Edital.

O Ministério Público Federal arquiva o procedimento sumariamente pelas seguintes razões:

Em que pese a boa argumentação do órgão, entendo que o RANI ainda é um instrumento prático para se coibirem fraudes, a despeito de estar longe do ideal. É fato que a FUNAI não tem conseguido garantir a veracidade do RANI em 100% dos casos, conforme já verificado em algumas ações penais correndo nesta Procuradoria. Entretanto, se nem a FUNAI, órgão especializado que é, consegue garantir inequivocamente a expedição de um documento idôneo para aferir a origem indígena, quanto mais uma Universidade, com o rol amplo de atribuições que possui. É dizer: na ausência do RANI, que outro mecanismo seria adotado? Haveria a mesma celeuma que hoje aflige as cotas raciais (comissões de hétero reconhecimento, com alto grau de subjetividade)? Seria necessário que a comissão do concurso visitasse as comunidades indígenas in loco? Seria dever da Universidade levantar declarações dos caciques das comunidades indígenas, como já deve ocorrer para a emissão dos RANI?

Neste ano, 2020, já durante contexto da pandemia do Covid-19, a associação indígena Federação Indígena do Povo Kukamĩ – Kukamiria do Brasil, Peru e Colômbia e o Movimento do Patriarcado Cacicado Geral do Povo Indígena Kokama do Brasil realizam representação no bojo do procedimento extrajudicial 1.13.001.000032/2020-43 instaurado para acompanhar o cumprimento da legislação e das políticas públicas dos serviços de saúde entre o estado do Amazonas e órgãos e entidades de fiscalização ao combate da pandemia ocasionada pelo Covid-19, na região do Alto e Médio (Jutaí) Solimões e Vale do Javari (Atalaia do Norte).

Segundo a representação a Direção do Hospital de Guarnição de Tabatinga não realizou cadastramento com reconhecimento étnico dos pacientes Kokamas no sistema de informações governamentais e consequentemente, nas certidões de óbitos dos indígenas Kokamas que não possuíam o RANI. Esses indígenas estariam sendo registrados como “pardos”, desconsiderando, portanto, a informação relacionada ao pertencimento étnico fornecida pela família no momento da internação.

Segundo a associação indígena a direção do hospital relatou necessidade de comprovação documental como critério para a identificação étnica com a apresentação do Registro Administrativo de Nascimento Indígena (RANI), cuja emissão estaria suspensa pela FUNAI. Na ocasião os indígenas informaram possuir “Protocolo de

Reconhecimento étnico e de consulta previa e consentimento” desde 2017, e a declaração apresentada pelos pacientes estaria sendo desconsiderada pela organização pública de saúde.

O Ministério Público Federal então no bojo do procedimento de acompanhamento 1.13.001.000032/2020-43 expede em 06 de maio de 2020 a Recomendação nº 03/2020 aos entes públicos Distrito Sanitário Indígena, FUNAI e aos municípios da região do Alto Solimões (Tabatinga, Benjamin Constant, Amaturá, Santo Antônio do Içá, São Paulo de Olivença e Tonantins), região do Médio Solimões (Jutaí) e Vale do Javari (Atalaia do Norte), recomendando diversas medidas a serem efetivadas na atenção à saúde dos pacientes indígenas no advento da pandemia do Covid-19, porém especificamente sobre a exigência do RANI como comprovação de identificação étnica, em sua alínea a.4 recomenda que os municípios registrem a identidade indígena e pertencimento étnico nos prontuários médicos, relatórios, certidões (inclusive de óbito), aos pacientes que apresentarem documento que os considere indígenas, ou na ausência destes, pela exclusiva autodeclaração e consciência da identidade do indígena.

No dia 13 de maio de 2020 expediu a Recomendação nº 04/2020 ao Hospital de Guarnição de Tabatinga um rol de medidas a serem tomadas na atenção a saúde dos povos indígenas e trata especificamente do pertencimento étnico quando solicita que registre a identidade indígena nos prontuários médicos dos pacientes que apresentarem documento que os considere indígenas, ou na ausência destes, pela exclusiva autodeclaração e consciência da identidade do indígena, preenchendo o campo raça/cor como indígena .

O mesmo ato faz recomendação aos Cartórios Públicos de Registro Civil dos municípios sobre a autoidentificação, para que

b.1) registrem a identidade indígena e pertencimento étnico nas certidões de óbito de indígenas falecidos (especialmente, por Covid-19), mediante apresentação de documento que os considerem indígenas, ou na ausência destes, pela exclusiva declaração de seus parentes e/ou declaração emitida pela Funai, aplicando-se o disposto no art. 13, da Lei nº 6.001/1973; (...)

b.3) realizem, primeiramente, o assento de nascimento, quando da ocorrência de óbito de indígenas (especialmente, por Covid-19), que não possuem registro civil de nascimento em cartório, seguindo o procedimento ordinário em conformidade com os itens acima apontados;

b.4) realizem, após a adoção do procedimento acima recomendado, o assento do óbito de indígenas (especialmente, por Covid-19), atendendo as condicionantes previstas na Lei nº 6.015 de dezembro de 1973.

Estes foram os procedimentos identificados e analisados em relação a exigência do RANI. A partir desta exposição, analisar-se-á, segundo a legislação em vigor a conduta dos entes públicos envolvidos.

4. REFLEXÕES SOBRE OS CASOS ANALISADOS FRENTE AO DIREITO DE AUTORRECONHECIMENTO E HETEROIDENTIFICAÇÃO

Nota-se, pela análise dos 5 (cinco) casos apresentados, que a exigência do RANI como documento necessário a comprovação da condição de indígena é uma postura ainda constante por parte dos órgãos prestadores de serviços públicos, sejam estes na área de atendimento à saúde, educação e outros assistenciais, como o próprio Instituto Nacional de Seguridade Social, sendo inclusive exigido como documentação obrigatória para exercício de cargo público na região.

Por outro lado, nos casos em que fora instado a se manifestar, o MPF adota postura conflitante ao longo dos anos, visto que por vezes cobra da FUNAI a expedição do instrumento como meio de proteção ao exercício do direito, ou, ainda, afirmando que esta seria a diretriz que melhor atende a finalidade de comprovar o pertencimento étnico e assim evitar fraudes. Já em outros momentos, recomenda aos órgãos que se abstenham de cobrar a documentação como obrigatória para o registro da identificação indígena. Assim, como órgão constitucional de defesa da população indígena, nos termos do Art. 129 da Constituição Federal, este conflito de entendimento jurídico acaba por não trazer segurança jurídica acerca do tema, indo muitas vezes de encontro ao previsto na legislação em vigor, em especial na Constituição Federal e Convenção 169 da OIT, esta última que prevê a autodeclaração como meio de reconhecimento identitário e pertencimento étnico.

A partir da CR/1988, deveriam ter ocorrido alterações na conduta dos entes estatais, a partir da mudança do entendimento dos eixos doutrinários centrais da proteção ao indígena, conforme afirma Oliveira (2016, p. 292)

Primeiro, o Estado não adota mais como finalidade garantir a integração dos indígenas na comunidade nacional, reconhecendo-lhes explicitamente “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições” (artigo 231, caput). Ao contrário, o Estatuto do Índio, de 19 de dezembro de 1973, inseria-se numa perspectiva assimilacionista, eufemizada pelo favorecimento de um “processo de aculturação livre e

espontânea” (como estipulava no artigo 1º, Item I, letra d, da Lei n 5.371/67, de criação da Funai). Em função dessa guinada radical, as políticas públicas e assistenciais doravante deveriam contribuir para a manutenção e fortalecimento das culturas indígenas. Segundo, é reconhecida aos indígenas uma plena capacidade civil, podendo associarem-se livremente de maneira a representar seus interesses sem a interveniência da agência indigenista. Em termos práticos, isso significar a extinção da tutela anteriormente exercida pela Funai, cujas regras de operação estavam já minuciosamente descritas na Lei nº 6.001/73. Embora a Funai não seja mencionada no capítulo, é indicado que o Ministério Público Federal deve acompanhar todo o processo no intuito de se certificar de sua correção e legitimidade.

Porém, pelo que podemos analisar, apesar da mudança, por conta de uma cultura já enraizada de natureza tutelar, o regime aparentemente ainda não foi rompido. (DANTAS, 2011. p. 36) afirma que:

A violência agora, se manifesta na renitência do Estado em fazer efetivos esses direitos, não se aparelhando em configurações institucionais heterogêneas que possibilitem âmbitos públicos plurais que concretizem uma justiça cotidiana para com os povos indígenas e possibilitem o exercício da cidadania. Uma cidadania indígena diferenciada, crítica e criativa. Uma outra cidadania, oposta ao seu tradicional e abstrato conceito. A cidadania, tradicionalmente concebida como sinônimo de nacionalidade, decorrente do título legal concedido pelos Estados aos indivíduos que integram seu corpo social com igualdade, homogeneidade, identidade e aspirações comuns, reduzida ao espaço nacional, requer transformações no atual contexto mundial.

Por conta do processo histórico, muitos indígenas passaram pelo que se chama de se tornar “aculturados”, tendo em certos momentos inclusive, renegado esta identidade, e Oliveira (2016. p. 301) expõe um fato (presente especialmente na Amazônia), em relação a comunidades ribeirinhas ou agrárias de terra não demarcada:

É muito comum que, em contextos regionais, não se reconheça a existência ou a presença de indígenas, mas apenas de ‘caboclos’ ou termos assemelhados, que visariam caracterizar os indígenas como ‘já aculturados’ (e, ‘portanto, não mais indígenas’). Por isso eu recomendava, partindo de um definição coletiva, operar com uma definição clara e unívoca, assentada exclusivamente na autotaxiologia: indígenas são pessoas que pertencem a ‘toda coletividade que, por suas categorias e circuitos de interação, se distingue da sociedade nacional, e se reivindica como indígena’ (PACHECO DE OLIVEIRA, 1994:126). É justamente isso que faz a Convenção 169 em seu artigo segundo, após dizer que classificações

exteriores, procedentes de instâncias legais ou administrativas, não devem ser consideradas decisivas

Ou seja, o Estado deveria dar credibilidade aos critérios próprios da comunidade para garantir a proteção e o uso do registro censitário não deveria ser colocada como óbice aos indígenas que se encontram nesta condição (já de falta de reconhecimento Estatal decorrente de processo histórico).

Em relação às cotas universitárias, verifica-se que diversas universidades no país já possuem além do RANI a adequação para o critério da autoafirmação e a hetero-identificação pela comunidade indígena como basilares da identificação e pertencimento étnico, o que implica que as instituições que ainda não repensaram suas posições omitem direitos aos indígenas em desconformidade com os textos legais.

Neste sentido Bastos Terra e Nunes (2014, p. 371) concluirão que “exigir que haja uma hetero-declaração ou que a autoidentificação seja avaliada por ‘técnicos’ significa almejar uma eugenia às avessas, pois a autodeclaração é de caráter intrínseco e personalíssimo do indivíduo.”

Desta forma, verifica-se que a regulação jurídica dos povos indígenas brasileira que acabou sendo construída com o viés da invisibilidade e da negação de direitos, ainda se mantêm na conduta do ente Estatal, conforme afirma Danta (2011, p. 1)

No Brasil, o percurso da história dos povos indígenas é marcado por diferentes formas de violências institucionalizadas que configuram âmbitos de injustiças igualmente institucionalizadas. Começa pela negação à humanidade, transita em longo tempo pela negação da cultura e chega à contemporaneidade consubstanciada no limite ao exercício de direitos e, consequentemente, de cidadania.

Nos casos analisados por amostragem na presente pesquisa notou-se uma postura por parte dos órgãos estatais ainda em desconformidade com o atual direito indigenista, vez que ao exigirem documentos específicos, por vezes não mais emitidos pelos órgãos indigenistas, invisibilizam e subtraem direitos dos povos indígenas.

A exigência por parte das instituições do prévio reconhecimento estatal identificatório, está em desconformidade com a autoidentificação contemplada na Convenção 169/OIT que afasta a aplicação deste critério e se torna um limitador do exercício da cidadania dos indígenas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que no estudo da legislação pátria não há nenhuma obrigatoriedade na existência do RANI para que os indígenas possam ter seus direitos respeitados e sua cidadania exercida, especialmente no que se refere ao acesso a direitos civis destinados a toda a população.

Porém o contexto histórico de políticas integracionistas dos indígenas e o regime tutelar fez consolidar nos órgãos públicos esse mesmo caráter tutelar no trato com os indígenas, como se a concepção de que a FUNAI tivesse o poder de afirmar quem é o indígena, mesmo que a Constituição Federal e a Convenção 169 da OIT determinem que os critérios são o autorreconhecimento e a hetero identificação (feita pelos próprios pares).

O Estado definir quem é o sujeito por meio de um documento é uma forma de constrangimento e submissão, fruto de uma construção histórica motivada por interesses diversos que levou a espoliação das identidades indígenas.

Essa é a realidade no Alto Solimões e provavelmente em diversos locais do país, onde indígenas estão sendo alijados de seus direitos civis por uma exigência inconstitucional.

A solução jurídica a ser enfrentada poderia, entretanto, ser simples, visto que os Cartórios tem obrigação de colocar as informações da etnicidade nos registros civis dos indígenas, conforme disposto na Resolução Conjunta nº 3 de 2012 do CNJ/CNMP e que viria ao encontro das garantias dos tratados internacionais assinados pelo Brasil.

Considerando que a própria FUNAI afirma que não cabe a ela realizar a declaração, verifica-se uma constante inconstitucionalidade nos editais de certames públicos, notoriamente como restou demonstrado, passíveis de serem impugnados pela via judicial.

A exigência do registro censitário atualmente é óbice para o acesso aos serviços públicos, porém verifica-se que nem o órgão constitucional de defesa aos interesses indígenas, o Ministério Público Federal, tem uma posição uníssona, como depreende-se das diversas soluções jurídicas encontradas que muitas vezes não alcançaram a sua finalidade em relação às injustiças sofridas pelos povos indígenas.

Verifica-se que muitas vezes buscando evitar fraudes, e consequentemente, buscando segurança jurídica acaba-se punindo aqueles que nada tem de participação

nestas condutas, alijando-os de direitos com a justificativa de não haver mecanismo de controle eficaz para prevenir a ação daqueles que se apresentam como injustos beneficiários das políticas indigenistas.

É certo que a reflexão não pode deixar de passar pelo contexto das falsidades ideológicas, especialmente numa região de fronteira, e da possibilidade dos indígenas serem prejudicados por ação de associações criadas com desvios de finalidade, o que certamente exige uma solução.

Entretanto nenhuma solução deixaria de passar pelo protagonismo das próprias instituições indígenas e seus protocolos visto que é dever do Estado garantir preventivamente a correção das práticas de exclusão do indígena baseado em medidas não prescritas em legislação.

Importante frisar que os povos indígenas continuam mobilizados para garantir seus direitos de autorreconhecimentos, como principais atores dentro de suas organizações sociais e de sua consciência identitária para que seus direitos sejam reconhecidos e respeitados pelo Estado. E uma constatação óbvia deste estudo é que ao indígena, cidadão brasileiro como os demais da sociedade envolvente, os direitos constitucionais que deveriam ser reconhecidos sem necessidade a priori de medidas específicas, acabam tendo seus direitos precarizados por conta da atuação conservadora dos órgãos representantes do Estado.

Enquanto não há uma ação mais coletiva, seja no Âmbito judicial como extrajudicial, resta às organizações indígenas protagonizarem a defesa de seus interesses através de pleitos aos órgãos de defesa e ao poder judiciário, para garantir que a falta de RANI não se torne mais um entrave dentre os tantos que já fazem parte do cotidiano nas nações indígenas.

Numa leitura do texto legal da OIT a (auto)consciência de sua identidade é o critério fundamental do sujeito de direitos humanos e liberdades fundamentais, e o Estado deve adotar as medidas necessárias para a salvaguarda deste direito que deve ser gozado sem obstáculos.

Por todo o exposto, o presente estudo conclui, em resposta a pergunta problema alhures apresentada, que a exigência do RANI como se fosse prova documental imprescindível para comprovação de que um indivíduo pertencente a determinado grupo com fundamento na segurança jurídica, e como ferramenta de controle oficial do poder

público sobre a gestão dos direitos indígenas, está em desconformidade com a finalidade do instrumento e em desacordo com a legislação nacional e Convenção 169 da OIT.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Thiago Guerreiro; TERRA Alessandra Dale Gapicomina; NUNES, Lílían Cazorla do Espírito Santo. **Hétero ou autoidentificação: qual melhor mecanismo para utilização nas cotas?** CONINTER 3. Congresso Internacional Interdisciplinar Em Sociais e Humanidades. Salvador BA. UCSAL. Out. 2014. V. 17. p. 362-379. Disponível em <http://aninter.com.br/Anais%20CONINTER%203/GT%2017/25.%20BASTOS%20TERRA%20NUNES.pdf> > Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do. Congresso Nacional, Brasília, DF 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 15 jun. 2020.

_____. Controladoria Geral da União. Acesso a Informação. Pedido 08850003709201. solicitação da rani no meu reconhecimento de nascimento indígena. 2016. Disponível em <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Item/displayifs.aspx?List=0c839f31%2D47d7%2D4485%2Dab65%2Dab0cee9cf8fe&ID=519285&Web=88cc5f44%2D8cfe%2D4964%2D8ff4%2D376b5ebb3bef> > Acesso em: 15 jul. 2020.

_____. Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho - OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#anexo72>. Acesso em 11 set. 2020.

_____. Fundação Nacional do Índio. Regularizar o Registro Administrativo de Nascimento e Óbito de Índios, estabelecido pela Lei nº 6.001, de 19.12.73, conforme seu Art.13 e respectivo Parágrafo único. Portaria n 3 PRES., de 14 de janeiro de 2002. Disponível em <<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ouvidoria/pdf/acesso-a-informacao/Portaria-n003-2002.pdf>> Acesso em: 15 jul. 2020.

_____. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm> Acesso em: 15 jun. 2020.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é. 2006. Entrevista à equipe de edição, originalmente publicada no livro Povos Indígenas no Brasil 2001/2005. 20p. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/No_Brasil_todo_mundo_%C3%A9_%C3%ADndio.pdf> Acesso em: 02 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução Conjunta nº 3 de 2012. Disponibilizada no DJ-e nº 198/2012 em 26/10/2012, pág. 2-3. <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/105/>> Acesso em: 15 jul. 2020.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios na Constituição**. Novos estud. CEBRAP [online]. 2018, vol.37, n.3, pp.429-443. ISSN 1980-5403. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/nec/v37n3/1980-5403-nec-37-03-429.pdf>> Acesso em: 15 jun. 2020.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **O futuro da questão indígena. Estudos Avançados**. Universidade de São Paulo. v. 8, n. 20, p. 121-136, 1 abr. 1994. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9651>> Acesso em 12 set. 2020.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. **Direitos Humanos e pensamento indígena no Brasil: um breve percurso sobre a violencia da invisibilização dos modos indígenas de ser, fazer e viver**. Revista PRAXIS, n. 67, p. 31-48, 15 jul. 2012. Disponível em <<https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/praxis/article/view/5058>>. Acesso em 11 set. 2020.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Estudos Especiais: O Brasil Indígena. 2020. Disponível em <<https://indigenas.ibge.gov.br/estudos-especiais-3/o-brasil-indigena>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

_____. Território Brasileiro e Povoamento. 2020. Disponível em <<https://brasil500anos.ibge.gov.br/territorio-brasileiro-e-povoamento/historia-indigena/nomes-e-classificacao-dos-indios.html>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO- FUNAI. Apresentação. CR Solimões. Disponível em <<http://www.funai.gov.br/index.php/apresentacao-solimoas>>. Acesso em 15 abr. 2020.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO- FUNAI. Registro Administrativo de Nascimento Indígena. 2020. Disponível em <<http://www.funai.gov.br/index.php/docb/registro-administrativo-de-nascimento-de-indigena-rani>> Acesso em: 15 jul. 2020.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. POVOS INDÍGENAS NO BRASIL. Estatuto do índio. 2018. Disponível em <https://pib.socioambiental.org/pt/Estatuto_do_%C3%8Dndio>. Acesso em 02/08/2020.

LUCIANO, Gersem José dos Santos. **O Índio Brasileiro: O que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de Hoje**. 1. ed. Brasília: MEC/SECAD MUSEU NACIONAL/UFRJ, 2006. v. 1. 232p .

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Pedido de informação. 20200168090/2020. PRM-TAB-AM-00005117/2020. 2020. 22/08/2020. Disponível em: <<http://apps.mpf.mp.br/aptusmpf/index2#/detalhe/410000000000104831119?modulo=0&sistema=portal>>. Acesso em: 14 set. 2020.

_____. 1.13.001.000194/2014-33 . INQUÉRITO CIVIL. PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE TABATINGA-AM. 6ª CÂMARA - POPULAÇÕES INDÍGENAS E COMUNIDADES TRADICIONAIS. Disponível em <<http://apps.mpf.mp.br/aptusmpf/index2#/detalhe/100000000000058810592?modulo=0&sistema=portal>>. Acesso em 14 set. 2020.

_____. 1.13.001.000105/2015-30. INQUÉRITO CIVIL. PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE TABATINGA-AM. 6ª CÂMARA - POPULAÇÕES INDÍGENAS E COMUNIDADES TRADICIONAIS. Disponível em <<http://apps.mpf.mp.br/aptusmpf/index2#/detalhe/100000000000064433376?modulo=0&sistema=portal>>. Acesso em 14 set. 2020.

_____. 1.13.001.000131/2016-49. INQUÉRITO CIVIL. PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE TABATINGA-AM. 6ª CÂMARA - POPULAÇÕES INDÍGENAS E COMUNIDADES TRADICIONAIS. Disponível em <<http://apps.mpf.mp.br/aptusmpf/index2#/detalhe/100000000000073472781?modulo=0&sistema=portal>>. Acesso em 14 set. 2020.

_____. 1.13.001.000097/2019-55. NOTÍCIA DE FATO. PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE TABATINGA-AM. 6ª CÂMARA - POPULAÇÕES INDÍGENAS E COMUNIDADES TRADICIONAIS. Disponível em <<http://apps.mpf.mp.br/aptusmpf/index2#/detalhe/100000000000094976110?modulo=0&sistema=portal>>. Acesso em 14 set. 2020.

_____. 1.13.001.000032/2020-43. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE ACOMPANHAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS - PA - PPB . PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE TABATINGA-AM. Disponível em: <<http://apps.mpf.mp.br/aptusmpf/index2#/detalhe/410000000000102278029?modulo=0&sistema=portal>> Acesso em 14 set. 2020.

POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. Disponível em <https://pib.socioambiental.org/pt/Quantos_s%C3%A3o%3F>. Acesso em 15 abr. 2020.

OLIVEIRA João Pacheco de. **O nascimento do Brasil e outros ensaios : “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades** / João Pacheco de Oliveira. – Rio de Janeiro: Contra Capa, 2016. 384 p. : il. color.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração das Nações Unidas sobre Direito dos Povos Indígenas. Setembro, 2007. Disponível em <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf>. Acesso em: 15. ago. 2020.

_____. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Unic. Rio. /005. Janeiro. 2009. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>> Acesso em 15 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Assembléia. Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. 2016 : Santo Domingo, Dominican Republic): AG/RES.2888 (XLVI-O/16).Aprovada na terceira sessão plenária, realizada em 15 de junho de 2016. Disponível em <https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf>. Acesso em 22/08/2020.

SOUZA, Manoel Nascimento de; BARBOSA, Erivaldo Moreira. **Direitos indígenas fundamentais e sua tutela na ordem jurídica brasileira**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 85, 5p. fev 2011. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direitos-indigenas-fundamentais-e-sua-tutela-na-ordem-juridica-brasileira/>> Acesso em: 15 jul. 2020.

A APLICABILIDADE EFETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS NA PRÁTICA DO ASSÉDIO MORAL VIRTUAL

THE EFFECTIVE APPLICABILITY OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN TECHNOLOGICAL INNOVATIONS IN THE PRACTICE OF VIRTUAL MORAL HARASSMENT

208

Ingrid Magalhães da Silva
Adriana Almeida Lima

RESUMO

Atualmente a modernização e mudanças ocorridas no cenário empresarial vêm acompanhadas de modificações nas relações interpessoais no trabalho. Estas modificações decorrentes das inovações tecnológicas influenciam no gerenciamento dos custos internos visando alta lucratividade e baixos custos, aliados ao conhecimento e fluxo de informações, as empresas buscam manter a competitividade entre os empregadores assim gerando a exposição de trabalhadores que podem levar ao assédio moral, manejados por ferramentas virtuais que serão descritas no decorrer do trabalho proposto, que o levam a situações degradantes e humilhantes de trabalho. Uma das principais ferramentas tecnológicas é a internet que tem desdobramento por consequência em redes sociais internas ou externas, que apesar dos benefícios que trouxe para humanidade como os novos ambientes de comunicação, apresenta um lado negativo como invisibilidade e o anonimato que com sua velocidade desordenada de propagação concentra uma alta taxa de ocorrências de assédio moral virtual. Em meio a essa realidade este estudo visa compreender, demonstrar e propor esclarecimentos às principais problemáticas envolvidas no âmbito do assédio moral. No que se refere à utilização de novas tecnologias empregadas no ambiente de trabalho é possível que se possa encontrar situações muito peculiares, como comportamentos abusivos que podem estar relacionadas ao assédio moral no trabalho tanto por parte do empregador de forma direta como por outras pessoas que fazem parte da empresa de forma indireta, o objetivo é considerar a aplicação efetiva das ferramentas normativas para equilibrar as novas tecnologias virtuais e a dignidade da pessoa humana enquanto trabalhador e seus direitos fundamentais violados pelo assédio moral, já definidos pela Constituição Federal de 1988. A partir de tal constatação, a metodologia utilizada será de cunho bibliográfico a partir de obras literárias, bem como de jurisprudências com casos concretos, que contribuam para o tema em questão.

Palavras-chaves: Assédio moral virtual, inovações tecnológicas e direitos fundamentais.

ABSTRACT

Currently, modernization and changes in the business scenario have been accompanied by changes in interpersonal relationships at work. These changes resulting from technological innovations influence the management of internal costs aiming at high profitability and low costs, combined with knowledge and information flow, companies seek to maintain competitiveness among employers thus generating the exposure of workers that can lead to moral harassment, managed by virtual tools that will be described during the proposed work, leading you to degrading and humiliating work situations. One of the main technological tools is the internet, which is consequently deployed in internal or external social networks, which despite the benefits brought by humanity as the new communication environments, presents a negative side as invisibility and anonymity that with its disordered speed of spread concentrates a high rate of occurrences of virtual bullying. In the midst of this reality, this study aims to understand, demonstrate and propose clarifications to the main problems evolved. With regard to the use of new technologies used in the work environment, it is possible to find situations that may be related to bullying at work, the objective is to consider the effective application of normative tools to balance new virtual technologies and dignity of the human person as a worker and their fundamental rights violated by moral harassment, already defined by the Federal Constitution of 1988. Based on this observation, the methodology used will be bibliographic in nature from literary works, as well as from jurisprudence with specific cases, which contribute to the topic in question.

Keywords: Virtual bullying, technological innovations and fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Atualmente a evolução tecnológica está mais presente na sociedade por meio de vários condutores, impulsionando o crescimento do acesso à internet no mundo, sejam eles de forma privada, pública, entre organizações sociais e outros entes estão cada vez mais impregnados no âmbito interno e externo do trabalho diário da sociedade, onde há uma predisposição para que a sociedade/trabalhadores como um todo, moldados nas bases dos recursos tecnológicos, pessoas e materiais para obtenção de custos baixos e maximização dos lucros.

A inovação tecnológica, segundo Marino (2018, p. 2-15) determina que as novas relações de trabalho, podem ser flexibilizadas para garantir maior produtividade no cumprimento de ações estabelecidas por metas que podem de algum modo favorecer a prática do assédio moral nas organizações. Com o aumento do acesso à internet da sociedade, as novas tecnologias tem possibilitado uma maior possibilidade de prática do assédio moral virtual que podem violar direitos fundamentais, conforme podemos observar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 1º, III, importante salientar que por intermédio de mensagens virtuais como e-mails, whatsapp e

demais ferramentas eletrônicas possibilitam a submissão de trabalhadores á ciclos prolongados de humilhação, exposição e condições de trabalho hostis.

De acordo com o Conselho Nacional do Ministério Público o assédio moral pode ser caracterizado como a exposição de trabalhadores á prolongadas e respectivas a situações degradantes, que afetam suas funções de trabalho, ofendem a integridade e dignidade do empregador podendo ser totalmente destrutivas e na contra mão desse tipo de violação, há uma preocupação com a ofensa ao princípio da proteção que inspira o propósito de igualdade entre o trabalhador e o empregador, resguardando a desigualdade nas relações de trabalho.

De acordo com (HIRIGOYEN 2009, p. 65), o assédio moral pode ser conceituado como “toda e qualquer conduta abusiva, manifestando-se, sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer danos à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa”.

Atualmente se tem uma concepção de que a internet é uma esfera desconexa da vida real, onde distanciamento físico, e as consequências não visíveis de nossas ações acabam que por contribuir para esta percepção. Uma vez que está modalidade atual de comunicação permite relacionamentos interpessoais não passíveis de meio físico, este fator do anonimato permite distintas implicações degradantes no meio virtual, permitindo que sujeitos pratiquem o assédio moral virtual, tanto fora como dentro do ambiente de trabalho (BOZZA, 2016, p. 63 a 66).

A internet notadamente é a principal tecnologia da era informatizada, com uma própria cultura global com um intensivo fluxo de dados, informações diversas e a criação de constantes novos recursos. O que segundo Garcia e colaboradores (2016, p. 11) a nova hermenêutica jurídica constitucional tem possibilitado a aplicação de normas jurídicas em face de bens tutelados, uma vez que se tem a necessidade de flexibilização normativa, voltados a atender interesses sociais e as novas relações jurídicas provindas de vários conflitos que o legislador deverá acompanhar com o crescimento da internet assim podendo garantir a segurança jurídica aos usuários e a sociedade.

Em consonância com Galia, (2015, p. 1) esclarece que o assédio moral virtual representa um tipo de violência mais cruel, por denotar agressões com a utilização de ferramentas digitais com o intuito de difamar e caluniar colegas de trabalho por ciúmes ou até mesmo por falta de entendimento com a vítima. Diante da prática do assédio moral virtual no ambiente de trabalho, tem-se a possibilidade conforme Façanha (2012, p. 26-

31) “é invocar a tutela constitucional e infraconstitucional como meio de atenuar e coibir a conduta que acarreta inúmeros malefícios ao trabalhador”.

No entendimento de Filho (2009, p. 114), o assédio moral viola e infringe os direitos fundamentais da vítima denegrindo seus bens e valores integrantes do patrimônio moral e material da vítima, por conseguinte o mesmo se tem a sua integridade tanto mental como física e sua dignidade afetada. O autor pontua que os órgãos jurídicos devem atuar para garantir a reparação de danos as condutas assediadoras.

O assédio moral, na esfera constitucional poderá valer de amparo ao meio ambiente de trabalho sadio, é que dimensiona o artigo 225 da constituição federal de 1988 que resguarda a todos, o direito a um ambiente equilibrado, impondo ao Poder Público e a coletividade preservar e defender, em prol das futuras gerações. O assédio moral especificamente no trabalho, tem o objetivo de conceder garantia de qualidade de vida do indivíduo e da sociedade passível de intervenção do Poder Público para defendê-lo, de acordo com os aspectos constitucionais.

O atual cenário trabalhista “demonstra a precarização das relações de trabalho, de modo que a globalização e o neoliberalismo imprimem às empresas uma desvairada competição” (PAIVA, 2017, p. 21-25) gerando conjuntos de comportamentos abusivos normalmente negligenciados por algumas empresas que preferem omitir estes problemas. Entretanto o temor dos trabalhadores por serem demitidos, em sua maior parte, estes trabalhadores, evitam denunciar estes problemas e acabam suportando as humilhações e o ambiente hostil.

O assédio moral virtual acarreta discussões acerca da aplicabilidade nas relações individuais em relação a alguns direitos fundamentais, “como à igualdade, à dignidade, a não discriminação, os quais se chocam com um grande princípio das sociedades democráticas, a autonomia individual, principalmente no âmbito da liberdade contratual” (PAIVA, 2017, p. 14-20) que demonstra o esforço do judiciário para a realização de uma conciliação entre a autonomia da vontade e outros direitos fundamentais que neste caso seria direitos afetados aos danos causados com o assédio moral.

Assim destaca-se que os direitos fundamentais são firmados de acordo com os posicionamentos legislativos e jurisprudenciais, criando de todo modo uma interpretação que tem como fundamento o valor supremo da dignidade da pessoa humana como destaca, quando na verdade conforme Silva (1998, p. 92) pode-se afirmar que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor

supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspiram a ordem jurídica, Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito .

O presente estudo possui o objetivo de realizar uma análise sistemática com o intuito de esclarecer as principais problemáticas envolvidas no que se refere à utilização de novas tecnologias empregadas no ambiente de trabalho que acabam sendo utilizadas para a prática do assédio moral.

Neste contexto Azeredo e Renault (2009, p. 202) explica que diante de tanta competitividade, as empresas têm investido muito capital no aprimoramento das tecnologias que permitem diminuir os preços e aumentar a produtividade, tecnologias estas que podem vir a substituir, massivamente, a mão-de-obra, o que torna o ambiente de trabalho altamente competitivo e apto a violências sendo físicas ou moral como o assédio moral.

Além disso está a pesquisa se justifica pela motivação para analisar com mais profundidade sobre o assédio moral virtual, onde atualmente estão cada vez, mais presente nas mídias virtuais, que com suas grandes audiências, tornam o ciberespaço um lugar de vulnerabilidade, sendo usados para a realização de crimes, como o assédio moral.

Diante deste ponto se faz necessário a compreensão de que forma ocorre o assédio moral virtual nas novas tecnologias empregadas pelas empresas, para a possível criação de normativas legais contra o assédio moral virtual, podendo possibilitar medidas preventivas que podem ser impostas para a prevenção de possíveis conflitos entre os trabalhadores. Fazendo necessária a realização de estudos que vise compreender de que forma o assédio moral se manifesta e é tratado dentro das organizações, uma vez que é um fenômeno presente na realidade organizacional, mas que frequente é ignorado ou até mesmo banalizado.

1 O PRINCÍPIO DE DIGNIDADE DA PESSOA E O DIREITO FUNDAMENTAL.

1.1 Princípios da dignidade

A honra, decência, respeitabilidade, decoro, pudor, amor-próprio, autoridade moral são definições de dignidade que encontramos no dicionário. Atributos estes que estão relacionadas a pessoa e integrados aos princípios dos direitos fundamentais, uma vez que o assédio moral ataca estes princípios, fundamentos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou como fundamento primário e como primeiro fundamento do Estado de Democracia de Direito, os princípios da dignidade humana, estes valores também são ressaltados em outros dispositivos constitucionais como o artigo 170, sobre a existência digna dos valores que dimensionam o trabalho. Com a aplicação dos princípios que valorizam homem como ser humano, é garantido ao trabalhador a direito de dignidade humana, sendo merecedor de respeito e consideração, neste sentido estão implicados os direitos e deveres fundamentais, assegurando os mesmos de qualquer ato de cunho degradante e desumano, que de alguma forma venha a denegrir, as condições mínimas para uma vida saudável tanto fora como dentro do ambiente de trabalho (RONDELI, 2008).

1.2 Direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são aqueles que tem uma forma de solidez que de certa forma se destaca pelas regras que o ordenamento jurídico em sua democracia constitucional permite, possuindo como premissa maior o princípio da dignidade da pessoa humana. Garantindo desta forma a obstrução da “prática de determinadas condutas positivas do Estado que visem imiscuir-se, indevidamente, em certos âmbitos indisponíveis do patrimônio jurídico de seus administrados” (COSTA, 2009, p. 1).

Estes direitos possuem caráter universal e são asseguradas a todos os homens, sem distinções, conforme se tem no caput do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tendo distinções necessárias à própria realização do princípio da isonomia. Sendo assim consagrando um amplo rol de direitos fundamentais, entretanto alguns não se aplicam nas relações de trabalho, onde uma parte desses direitos, considerados típicos e específicos incide no âmbito trabalhista.

Deste modo os direitos fundamentais dividem-se em primeira geral, segunda geral, terceira geral e alguns autores acrescentam a quarta geral, entretanto atualmente existem doutrinas ainda em processo de aprimoramento que incluem uma quinta geral do direito da informática e da cibernética e sexta geral dos direitos resultantes do processo de globalização em conformidade com Costa (2009, p. 4).

Os direitos da primeira geração são primordialmente voltados nos direitos à vida, à propriedade, à liberdade e à participação política. Possuindo amparo contra a intervenção do Estado nas relações privadas, em contra partida exigem a ação negativa do Estado para preservar as liberdades individuais (COSTA, 2009, p. 3).

Os direitos da segunda geração estão postulados no contexto da igualdade, constituindo-se dos direitos culturais, sociais, coletivos e econômicos. A terceira geração abrange os direitos da fraternidade ou solidariedade que estão deliberados no contexto da dignidade da pessoa humana.

Os direitos da quarta geração não rotulados por todos os autores estão referentes aos direitos ao patrimônio genético e seus desdobramentos. Desta forma, o usuário possui o direito de exercer suas liberdades fundamentais e preservar seus direitos inerentes à sua condição de pessoa, nas relações entre um indivíduo e outro e nas relações com as empresas (GARCIA, 2016, p. 16).

1.3 - Direitos fundamentais trabalhistas

Os direitos fundamentais, mas abrangentes foram transportados para as garantias dos trabalhadores, a título de ilustração, o direito a saúde e a integridade física, o livre acesso ao Judiciário e o princípio da igualdade (PAIVA, 2017, p. 14-20).

Os princípios dos direitos trabalhistas estão também disponíveis, na Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) onde foram ratificados pelo Congresso Nacional brasileiro em 1965, passando a ter força de lei no Brasil:

Ao oferecer e garantir a certa classe de seus empregados oportunidade de treinamento, aperfeiçoamento e promoção dos quais resultam consequências morais e econômicas ao mesmo tempo negadas à outra classe também de seus empregados, (o banco) tomou posição discriminatória proibida pela lei, em razão da origem social e do princípio da isonomia. Folha de S. Paulo, 22/dez/1984).

Desta forma os direitos fundamentais trabalhistas possuem status de direitos fundamentais da pessoa humana, mas sendo aplicadas nas relações de emprego. Com tudo se torna necessário enfatizar a interdependência e troca de influências que existem entre o Direito Constitucional e o Direito do Trabalho.

Neste contexto constitucional sucintamente, surge a constitucionalização do Direito do Trabalho, de maneira mais clara quando o assunto é direitos coletivos. Com a aplicação dos direitos fundamentais nas empresas, o direito do trabalho apresenta-se como um instrumento para o manuseio do direito constitucional nas relações interpretativas (PAIVA, 2017, p. 16).

2 O ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO.

Inicialmente antes de conceituarmos o assédio moral devemos compreender o seu significado da palavra, que emana do verbo assediar significando persistência, insistência, perseguir determinada pessoa.

Atualmente a violência, agressões maus tratos estão cada vez mais frequente no cotidiano das pessoas, no âmbito do trabalho não seria diferente. O assédio moral no trabalho é um problema tão antigo quanto mesmo o trabalho, apesar disso somente no final do século passado foi caracterizado e identificado como uma agressão psicológica. Sendo um fator social ocorrendo na sociedade geral, e intensamente no ambiente de trabalho tanto na administração pública como no setor privado (ALKIMIN, 2010, p. 37).

De acordo com Barreto (2002) a evidência com a qual o assédio moral é revelado por atos e comportamentos agressivos que visam a desmoralização e desqualificação do profissional. A fim de desestabilizar o mesmo emocionalmente e moralmente do assediado, tornando o ambiente de trabalho desagradável, insuportável e hostil.

De acordo com a Lei 12.250/2006, que trata do assédio moral, define o comportamento inadequado, como abusos, incluindo gestos, conversas, atitudes que podem denotar ameaça, que violam de morte a integridade do indivíduo, com este fato é possível destacar que o assédio moral pode configurar-se como a repetição ou sistematização, contra a dignidade ou a integridade física ou psíquica de uma pessoa além de prover privações e transtornos ao mesmo (ALKIMIN, 2013; CUNICO, 2014; Thomé, 2011; WYZYKOWSKI, BARROS e PAMPLONA, 2014).

No entanto, o assédio moral, ainda segundo Lei 2.949/2002, se caracteriza por configurar definições pejorativas contra o trabalhador no exercício, que tem a possibilidade enquanto gestor ou quem quer que seja na altura de direção exigir além do esforço do trabalhador, atitudes que não correspondem ao trabalho executado, ou seja, o objetivo pode ser considerado desprezo, entre outras atitudes desprezíveis que podem afigurar assédio moral.

2.1 Assédio moral nas relações de trabalho

O assédio moral somente se configura quando se faz frequentemente, ou seja, quando há uma repetição sistemática, uma intenção diária e direcionada. Essa exposição de trabalhadores a repetidas humilhações constrangedoras sendo mais comuns em

relações hierárquicas e assimétricas, contempla condutas negativas desumanas e éticas desestabilizando assim não somente a vítima, como também as relações no ambiente de trabalho, em muitos casos forçando os mesmo a pedirem demissão (FAÇANHA, 2012, p. 26-31).

De forma unanime os autores ALKIMIN e (2013 p. 15-19) Pamplona (2014, pag. 19-21) compreendem as características do assédio moral que envolvem comportamentos ofensivos e impertinentes, ações culposas ou dolosas, repetitivas esforçam para a desqualificação com intervalos curtos de repetição entre uma e outra investida, intensidade de violência psicológica aplicada de modo sistemático e prolongado que minam as resistências ao trabalhador. De fato, o assédio moral reintegra um processo gradativo e processual, pressupondo investidas por parte do assediador

As repetidas humilhações no ambiente de trabalho acabam que por comprometendo a identidade da vítima causando danos e ao mesmo tempo, evoluindo para incapacidade, desemprego e até mesmo a morte, compreendendo um risco invisível, porém concreto. Contudo Barros (2006) destaca que:

A violência moral no trabalho constitui um fenômeno internacional segundo levantamento recente da Organização Internacional do Trabalho (OIT) com diversos países desenvolvidos. A pesquisa aponta para distúrbios da saúde mental relacionado com as condições de trabalho em países como Finlândia, Alemanha, Reino Unido, Polônia e Estados Unidos. “As perspectivas são sombrias para as duas próximas décadas, pois segundo a OIT e Organização Mundial da Saúde, estas serão as décadas do ‘mal estar na globalização’, onde predominará depressões, angustias e outros danos psíquicos, relacionados com as novas políticas de gestão na organização de trabalho e que estão vinculadas as políticas neoliberais.

3 AS NOVAS TECNOLOGIAS DESENVOLVIDAS PELAS EMPRESAS E O ASSÉDIO MORAL VIRTUAL.

3.1 A internet e sua modernização nas empresas

Como destaca Garcia (2016, p. 14) a internet tem formado uma própria cultura global, vislumbra um cenário jurídico de flexibilização normativa, devido diariamente ter-se novas relações jurídicas sociais provenientes de vários conflitos em que deveram acompanhar a evolução e crescimento da internet, uma vez que o intenso fluxo de informações que se multiplicam e a criação de novos recursos.

Com o avanço da modernização das empresas à utilização de novas tecnologias como a internet, estão cada vez, mas presentes no âmbito de trabalho, que em essencial chama a atenção para um universo diário que é a tratativa tecnológica entre empregado e empregador, onde atividades que são incorporadas a rotina dos profissionais, que estão dando origem a novos modelos de profissionais, onde para um bom progresso o trabalhador precisa possuir qualificação e poli funcionalidade, possuir alta capacidade de concentração e adaptação, rotatividade das tarefas e ser flexível (ZIMMERMANN; SANTO; LIMA, 2002, pág. 115).

Estes avanços trazem consigo importantes benefícios para a humanidade no que se refere á mobilização, criação de novos ambientes de comunicação e a realização do trabalho via home Office. Apesar das inúmeras aplicabilidades benéficas destas novas maneiras de se trabalhar via internet é uma ferramenta vulnerável por possuir uma invisibilidade do anonimato, a alta velocidade de propagação de conteúdo online e grandes audiências, torna o ciberespaço um lugar de vulnerabilidade onde o trabalhador pode sofre assédio moral por meio eletrônico, podendo ser praticado por envio insuscetível de mensagens, ligações e gravações em mídias eletrônicas (MARINO, 2018, p. 2-6).

3.2 O assédio moral virtual

No cenário atual as indústrias, empresas de grande ou médio porte trabalham de forma árdua para um alto retorno capital e baixo gasto de produção, para tal feito os mesmo fazem uso da modernização para melhoramento das atividades diárias, estas novas tecnologias permitem as organizações trocas rápidas de informações, melhores formas de trabalho e divulgações áruas dos produtos industriais. Entretanto este mesmo meio facilitador permite inúmeras manifestações de violência virtual, explicitando e degradando de forma negativamente a vítima para as comunidades de acesso.

O assédio moral virtual no ambiente de trabalho, é facilitada pela utilização de meios eletrônicos que possibilitam ao agressor a difamar, caluniar colegas de trabalho ocasionado por circunstâncias de inveja, ciúmes ou falta de entendimento com a vítima. Estas agressões via internet, podem configurar uma violência mais cruel do que quando prática presencialmente, isto devido ao agressor valer-se de ferramentas virtuais que

alcançam muitas pessoas rapidamente, assim concretizando, mas a humilhação para com a vítima, de acordo com (GALIA, 2015, p. 1).

O ambiente virtual propõe e integra pessoas e trabalhadores na sociedade de modo geral, contudo este instrumento de rápida penetração permite ademais crimes eletrônicos proporcionando às suas vítimas transtornos mentais e físicos, de acordo com, (CASSADO, 2016).

3.3 Vítimas e agressor

De maneira geral, as vítimas de assédio moral sofrem ataques sistemáticos de maneira que venham afetar a dignidade profissional e pessoal, estas agressões normalmente são tão corriqueiras que passam despercebidas no ambiente de trabalho, muitas vezes sendo tratada como brincadeiras sendo algo normal e aceitável. Estas ações podem ser decorrentes de empatia com a vítima, rivalidade trabalhista que é mais comum dentro das empresas, eliminar possíveis rivais e promoções de cargo (LEMOS, 2017, p. 27).

As vítimas dos assédios normalmente são aquelas que em sua maioria são estritamente responsáveis, não faltam ao trabalho e cumprem com todas as normas efetivas do trabalho, além de serem demasiadamente dedicadas onde caso necessário, laboram finais de semana e até além do horário de trabalho.

Já em relação aos agressores, só o que lhe interessa é satisfazer suas necessidades, mesmo que implique em causar intensa violência psicológica zombando e humilhando suas vítimas. Estes agressores podem ser qualquer um no ambiente de trabalho, mas em sua maioria são os empregadores, encarregados e companheiros de trabalho e até os subordinados (LEMOS, 2017, p. 42).

4 RESPONSABILIDADE SOCIAL DO EMPREGADOR.

O ambiente trabalhista de proporcionar aos funcionários um local harmônico, de boas relações sociais entre os trabalhadores cultivando boas relações profissionais. Com este fato, se implementa políticas de relação interpessoal, entre eles destacam:

Elaborando políticas ante assédio; proibindo expressamente determinados comportamentos; formalizando meios de investigação e medidas punitivas cabíveis para eventuais ocorrências; criando espaços de convivência pessoal; incentivando práticas gerenciais baseadas na cooperação, interação, dádiva e solidariedade; extirpando a competição profissional predatória e improdutiva; ensejando mecanismos de controle e acompanhamento (canais de comunicação, ouvidoria e comissões de direitos humanos, entre outros); promovendo campanhas de conscientização; formando grupos de orientação e suporte dentro dos conceitos de (FERNANDES, 2008, p. 23-24).

Cabendo ressaltar que existem limites a subordinação jurídica do trabalhador, que deve ter seus interesses privados e liberdades preservados pelo autor (FERNANDES, 2008, pag. 23-24). Usualmente quando as agressões ocorridas e identificadas devidamente, as punições atribuídas ao assediador podendo variar com distintos graus, conforme a lesividade do ocorrido, podendo resultar na rescisão contratual ou ainda em sanções pedagógicas. Diante do ocorrido recomenda-se ao gestor incluir nos processos de admissão de termos compromisso, disciplinando regras de condutas sociais. Vale ressaltar a atuação do sindicato da categoria, na formulação destes termos com um melhor alcance político (VASCONCELOS, 2015, p. 10). Da mesma forma o autor direciona para:

Apurar irregularidades cometidas por funcionários, devem respeitar limites, onde eventuais excessos configuram ilicitude, uma vez que violam direitos de personalidade. Esses direitos têm natureza privada, sendo inerentes e essenciais à pessoa em seu desenvolvimento (amplo sentido). Inclui proteção à honra, imagem, reputação, liberdade e intimidade. O assédio moral afronta esses direitos, extrapolando os limites do que se define como poder diretivo, o que justifica a crescente preocupação da sociedade (VASCONCELOS, 2014, p. 10).

As relações humanas precisam ser valorizadas, com as garantias legais mínimas devendo ser ampliadas e respeitadas. Para tal feito os empregadores não devem visar somente o lucro e sim as inter-relações pessoais entre seus funcionários, principalmente no âmbito virtual quando o trabalho for determinante nestas situações. Devido a isso as empresas são responsáveis pelos danos causados aos seus subordinados e para que percebam seu papel nesta luta contra o assédio moral, com estas identificações dos personagens se possibilita melhora da sociedade pela ação consciente do empregador no conceito de (RONDELLI, 2008, p. 131-148).

Vale ressaltar que os direitos humanos são o alicerce das relações de trabalho, como sendo imperativo moral. O reconhecimento do outro, como pessoa, é requisito de

humanidade (MENEZES, 2008, p. 119-130). Apesar do direito do empregador na atuação contra o assédio moral e em devidas punições caso ocorra transtornos de ordem psíquica e física, enfrentar as questões pertinentes ao mesmo é dever do poder judiciário como guardião dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

5 FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO CONTRA O ASSÉDIO MORAL.

5.1 Proteção legal para com a vítima

É um direito do trabalhador ter um ambiente de trabalho sadio, que por obrigação deve ser obrigação do empregador. Porém, o desligamento do trabalho é assegurado, devendo ser preservado o estado de saúde mental e física, ou seja, apresentando-se nas mesmas condições quando admitido (BRASIL, 2014).

Quando constatado o assédio moral, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu artigo 5º assegura igualdade entre a sociedade, com a proteção da inviolabilidade a intimidade, a honra e a imagem das pessoas e o a ser indenizado pelos danos causados por quem quer que seja, pessoa física ou jurídica, notadamente, todos esses elementos são passíveis da tutela protetiva, diante da conduta do assédio moral no trabalho (BRASIL, 2014, p.8). A constatação de danos pressupõe-se o elemento probatório que se coaduna entre o nexo de causalidade entre a prova do sofrimento da dor e humilhação, como instrumento do assédio moral (BRASIL, 2014).

Neste mesmo compasso (FREITAS, 2007, p. 5-6) exemplifica que na perspectiva social, os eventos relacionados à incapacitação, elevação de despesas médicas, aposentadorias precoces, aumento de suicídios, diminuição do potencial produtivo e redução do seu potencial empregatício, estes tem sido ignorados por não apresentarem valor ou desconsideração por parte da maioria populacional. Essas questões de natureza trabalhista e médica estão definidas pelas custas dos processos judiciais, sobrecarregando o sistema jurídico, com causas que poderiam ser evitadas ou solucionadas na esfera organizacional (FABRÍCIO, 2012, p. 12).

O assédio moral trata-se de uma agressão difícil de ser comprovada, onde o ônus da prova pertence a quem fez a alegação, no âmbito civil, trabalhista e administrativo, é o que destaca (ALMEIDA, 2011, p.38). Portanto, cabe a vítima unir provas contra o seu assediador, que pode ser entre outros: gravações eletrônicas, mensagens enviadas via

meios eletrônicas, fotos de sites disseminadores utilizados pelos agressores dentro outros. Nestes termos, o autor Vasconcelos (2014, pag. 24) evidencia que:

A configuração do assédio moral para fins jurídicos exige inequívoca comprovação do fato, do dano gerado e seu grau de lesividade (magnitude da repercussão psicológica), nexos causal fato-dano, além de exaustiva contextualização. Essa caracterização se insculpe considerando um complexo de variáveis (psicológicas, históricas, socioeconômicas, estratégicas, organizacionais etc.) que se imbricam na definição da prática.

Entretanto o assediador pode negar a realidade, muitas vezes intimidando testemunhas e a própria vítima, que fica em grande parte com receio de represálias por parte deste e até mesmo o afastamento do trabalho, trabalhadores que se correlacionam diariamente com a vítima e o assediador, incumbindo assim a vítima o ônus da prova. Contudo existe ainda a inversão do ônus da prova que não se sustenta, onde há uma peculiar situação no que se refere a responsabilidade civil, onde na administração pública e do empregador é presumida a culpa, devendo ocorrer a prova do fato, do prejuízo e da relação de causalidade entre ambos (RUFINO, 2007, p. 109).

No entanto, na esfera constitucional, a conduta do assédio moral poderá valer-se de amparo do meio ambiente sadio de trabalho, por intermédio do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que resguarda a todos, o direito a um meio ambiente equilibrado, e qualificado, com a obrigação da coletividade de preservar o meio ambiente de trabalho de qualidade. Ao que se refere especificamente ao assédio moral no trabalho, consiste em garantir a qualidade de vida no trabalho e a intervenção do Poder Público e a coletividade para defendê-lo (BRASIL, 2014, p.73).

5.2 Assédios e o Vínculo Trabalhista

Quando configurada o assédio moral é assegurada a apuração criteriosa dos fatos, por meio de processo e sindicâncias administrativas, garantindo que seja ampla a defesa do servido acusado e do assediador. Com a análise sob o enfoque trabalhista, a CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), atribui penalidades a quem comete faltas leves, apenas advertências ou suspensões e em casos mais graves, a punição com demissão por justa causa, sendo o assédio moral podendo ser assim considerado (BRASIL, 2014).

Assim o empregador estará sujeito as penalidades contratuais, legislativas e interpretativas, em razão de seu mau procedimento, caracterizando por comportamento ilegal do empregador, assim sendo incompatíveis com as normas éticas e válidas no grupo social, (NASCIMENTO, 2001, p. 28). Nestes casos, quando o assédio é praticado pelo empregador, ambos, tanto a vítima como o empregador poderão considerar rescindido o contrato de trabalho, aplicando assim justa causa no assediador quando da infração. Trata-se da denominada rescisão indireta do contrato de trabalho, aplicada em casos onde há culpa exclusiva do empregador, em conformidade do entendimento de (ALKIMIN, 2008, p. 135).

Contudo Pamplona (2006, p. 38-49) destaca que o assédio, a consequente rescisão, a justa causa pelo empregado pela infração cometida, são situações bastante prejudiciais às empresas, uma vez que funcionários especializados nas suas devidas funções e áreas de trabalho, não podem ser substituídos imediatamente, causando prejuízo para a empresa e psicológico para o próprio empregado.

5.3 Decisões Judiciais Sobre o Assunto

É indubitável que o assédio moral é uma conduta ilícita que causa danos aos trabalhadores, onde sua prática obriga o assediador o dever indenizatório pelo mal causado a vítima. Inúmeras são as decisões favoráveis às vítimas, reconhecendo assim o direito à busca pela indenização por danos consequentes do assédio moral.

Porém na própria CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), não se tem leis específicas em torno do assunto, mas se tem dispositivos que permitem o enquadramento do assédio moral.

Inclusive no que diz respeito à saúde, relacionando suas consequências como doença relacionada ao trabalho. No campo dos direitos humanos e da cidadania, também há possibilidades de proteção, via Código Civil. Em quaisquer dos casos, romper o silêncio e buscar apoio nos colegas, e na família é fundamental. É importante também, buscar a proteção jurídica que o sindicato pode e deve oferecer (ALMEIDA, 2011, p. 39).

Importante destacar que existe uma data anual que destaca a luta contra o assédio moral que é o Dia Nacional de Luta Contra o Assédio Moral, que foi criado pelo Projeto de Lei nº 4.326, de 2004, com objetivo maior de combater a prática ilegal do assédio moral, como um todo na sua essência, coibindo o empregador e seus gestores entre outros.

Os suportes jurídicos técnicos e científicos ao longo dos anos foram se amoldando a evolução moderna tecnológica, de maneira efetiva, analisando de forma mais técnica a penalidade sobre a violação perpetrada pelo assédio moral, uma vez que a legislação, bem como a jurisprudência tem o enfoque o jurídico que trabalha sem descanso sobre aqueles que praticam de forma vil o assédio moral, muito embora ainda não haja penalidade formal, mesmo assim, a jurisprudência tem realizado seu papel de penalizar, criando subsídios que possam coibir condutas abusivas, que são objeto de crimes virtuais contra trabalhadores e podem se tornar consequência de responsabilidade civil.

CONCLUSÃO

Tendo em vista os fundamentos da proteção dos direitos fundamentais definidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, forma genérica, mas eficaz, deve ser garantido, pois o aumento descontrolado nos casos de assédio moral virtual vem ganhando espaço na pauta da sociedade brasileira, uma vez que o contexto organizacional das empresas pautadas na alta produtividade, competitividade nas demandas modernas e no novo perfil do trabalho, que aliados aos fatores desemprego e exclusão social favorecem que se ocorra um autoritarismo e o abuso, disciplina e total submissão, gerando assim aos trabalhadores instabilidade emocional psicológica, estresse e insegurança.

Neste contexto o problema de assédio moral virtual é uma realidade presente em toda a sociedade, que deve ser levada em consideração pelas empresas para que assim, as mesmas possam se adaptar melhor ao ambiente de trabalho humanizando-o e não o contrário, devendo por seus atos infracionais no que tange o assédio moral responderem na medida de suas responsabilidades em todas as situações ocorridas dentro do campo social gerido por estas empresas. Evidenciando a importância das organizações empresariais, o conhecimento e as práticas que devem ser exercidas contra o assédio moral virtual, criando critérios humanísticos como regra de responsabilidade social.

Diante do exposto observa-se que as relações de trabalho ainda necessitam de melhoria nas suas relações pessoais, para que haja bom senso e obediência às normas e as leis, para que não haja infrações morais, psicológicas e violentas no ambiente de

trabalho, devendo, no entanto, contribuir para evolução do empregado enquanto cidadão a ser respeitado, em conformidade com a dignidade humana.

Por fim, vale ressaltar que as reiteradas condutas praticadas, a desvalorização do trabalho, a perseguição moral e psicológica, bem como as condições de trabalho hostis e precárias merecem mais atenção das leis, bem como dos Tribunais afeitos a essa finalidade, com o objetivo de coibir as práticas do assédio moral virtual, servindo então para assegurar por meio da tutela constitucional e infraconstitucional um meio ambiente sadio e de qualidade conforme preceitua a carta magna e os princípios constitucionais de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, M. A. **Assédio moral na relação de trabalho**. Curitiba: Juruá Editora, 2013. 15-19 p.

ALKIMIN, M. A. **Assédio moral na relação de trabalho**. 2. Ed., ver. E atual. Curitiba: Juruá Editora, 2008. 135 p.

ALKIMIN, M. A. **Assédio moral na relação de trabalho**. 3. Ed., ver. E atual. Curitiba: Juruá Editora, 2010. 135 p.

ALMEIDA, G. N. **Assédio moral no serviço público: uma revisão sobre as implicações na saúde dos trabalhadores e o aporte normativo brasileiro**. Recife, 2011, 38 – 39 p.

AZEREDO, A. H. G.; RENAULT, L. O. L. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como base para a Diminuição do Assédio Moral nas Relações de Emprego**, Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.49, n.79, p.201-211, jan./jun.2009. **NA LITERATURA**

BARRETO, M. **Assédio moral: ato deliberado de humilhação ou uma “política da empresa” para livra-se de trabalhadores indesejados**. Revista Cremesp, São Paulo, 2002. Disponível em: < <http://ser1.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=40>. Acesso em: 04 abril 2020.

BARROS, A. M. **Curso de direito do trabalho**. 3 ed., São Paulo, LTr, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 05 de outubro de 1988. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Título 8, cap. 2, seção 2.

_____, Constituição Federal. De 1988, editora saraiva, 2014.

BARROS, A. M. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2006.

BOZZA, T. C. L. **O uso da tecnologia nos tempos atuais: Análise de programas de intervenção escolar na prevenção e redução da agressão virtual/** - Campinas, SP, 2016. 63 – 66 p.

CASSADO, A. G. P. **Ciberbullying: violência virtual e o enquadramento penal no Brasil.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10882>. Acesso em 04 junho de 2020.

COSTA, V. C. M. **O assédio moral trabalhista como forma de violação aos direitos fundamentais.** Ceará, 2009, 1 – 4 p.
Conselho Nacional do Ministério Público: **Assédio moral e sexual: previna-se.** Brasília: CNMP, 2008.

CUNICO, M. M. **Saindo do silêncio: o assédio moral quase destruiu minha vida.** Curitiba: Cunico, 2014. 9-18 p.

FAÇANHA, R. C. O. **O assédio moral nas relações de trabalho** FORTALEZA – CE, 2012. 26 – 31 p.

FABRÍCIO, E. M. **Revisão bibliográfica sobre assédio moral no Trabalho: o estado da arte da pesquisa Brasileira.** Brasília 2012. 12 p.

FERNANDES, M. M. **Os limites à subordinação jurídica do trabalhador: em especial ao dever de obediência.** Lisboa: Quid Juris, 2008. 23-24 p.

FREITAS, M. E. **Quem paga a conta do Assédio Moral?** Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 6, n. 1, jan./ jun. 2007. 5 – 6 p.

FILHO LIMA, F. C. **O assédio moral nas relações laborais e a tutela da dignidade humana do trabalhador.** LTr. São Paulo, 2009.

GALIA, Wasem. **Cyberbullying: conceito, caracterização e consequências jurídicas**. Disponível em: < <http://empodireito.com.br/tag/assedio-moral-virtual/>. Acesso em: 04 abril 2020.

GARCIA, B. P.; FURLANETO N. M. Internet: **conflitos de princípios fundamentais**. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/527/747>>. Acesso em: 04 abril 2020.

HIRIGOYEN, M. F. **Assédio moral a violência perversa no cotidiano**. Bertrand Brasil. Rio de Janeiro, 2009, 65 p.

LEMO, D. S. **Assédio moral no ambiente de trabalho e suas repercussões indenizatórias**. Três Rios – Rio de Janeiro.

MARINO, R. C.; MARINO, L. H. F. C. **A conduta do assédio moral virtual no ambiente de trabalho**. Garça – São Paulo, 2018.

MENEZES, J. B. **A família na Constituição Federal de 1988 – uma instituição plural e atenta aos direitos de personalidade**. NEJ, v. 13, n. 1, p. 119-130, jan./jun. 2008.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito processual do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

PAIVA, J. S. **Assédio moral e gestão do medo: o terror psicológico no ambiente de trabalho e o aviltamento dos direitos e garantias fundamentais do trabalhador**. Uberlândia, 2017.

PAMPLONA F., Rodolfo. **Noções conceituais sobre o Assédio Moral na Relação de Emprego**. Revista LTr, São Paulo, p. 38-49, 2006.

RONDELLI, Cristiane Montenegro. **Assédio Moral na relação de empregos e responsabilidade civil do empregador**. São Paulo – 2008, 131 – 148p.

SINDUPE. **Assédio Moral. Você Pode ser vítima e não Saber**. Pernambuco, PE. (2008) Cartilha do Sindupe: Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior.

RUFINO, R. C. P. **Assédio Moral no Âmbito da Empresa**. São Paulo: 2007, 109 p.

SILVA, J. A. da. **A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr. 1998. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>>. Acesso em: 10 Jul. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v212.1998.47169>.

THOME, C. F. **O assédio moral nas relações de emprego.** In: SEGOVIA, A. M. et al. (Orgs.). Direito individual do trabalho. São Paulo: Elsevier, 2011. 219-238 p.

VASCONCELOS, Y. L. **Assédio moral nos ambientes corporativos.** Universidade Federal de Pernambuco, Recife - Pernambuco, Brasil: 2014. 10 – 24 p.

WYZYKOWSKI, A.; BARROS, R. C. L. G.; PAMPLONA F. R. **Assédio moral laboral e direitos fundamentais.** São Paulo: LTR, 2014. 19-21 p.

A QUESTÃO DAS QUEIMADAS E DESMATAMENTOS NA AMAZÔNIA LEGAL EM FACE DOS COMPROMISSOS E TRATADOS INTERNACIONAIS FIRMADOS PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

THE ISSUE OF BURNING AND DEFORESTATION IN THE LEGAL AMAZON IN THE FACE OF COMMITMENTS AND INTERNATIONAL TREATIES SIGNED BY THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL

228

Izabel Luana Araújo da Silva

Juan Pablo Ferreira Gomes

RESUMO

O presente trabalho foi desenvolvido através da pesquisa bibliográfica, possuindo amparo na legislação constitucional, infraconstitucional e pactos internacionais, tendo como objetivo analisar a responsabilidade internacional da República Federativa do Brasil, em face dos compromissos internacionais assumidos por si no combate ao desmatamento, bem como sobre a questão das queimadas no âmbito da denominada Amazônia Legal, demonstrando-se a importância de um meio ambiente saudável para a coletividade, sendo este de fundamental importância para as futuras gerações, devendo assim ser preservado por toda a humanidade, o artigo visa ainda o entendimento sobre a responsabilidade estatal no direito e nas comunidades internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental. Direito Internacional. Amazônia Legal. Meio Ambiente. Responsabilidade por Dano Ambiental.

ABSTRACT

The present work was developed through bibliographical research, having support in constitutional legislation, infraconstitutional and international pacts, aiming to analyze the international responsibility of the Federative Republic of Brazil, in view of the international commitments made by you in the fight against deforestation, as well as on the issue of fires within the so-called Legal Amazon, demonstrating the importance of a healthy environment for the community , which is of fundamental importance for future generations, and should thus be preserved by all humanity, the article also aims to understand state responsibility in law and in international communities.

KEYWORDS: Environmental Law. International Law. Legal Amazon. Environment. Responsibility for Environmental Damage.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do tema se encontra na importância do Direito Ambiental, o qual busca através de seus estudos meios que colaborem com a proteção do ambiente, bem necessário a humanidade, porém o estudo será voltado às questões que ocorrem na Amazônia Legal, visando demonstrar que cabe a população e ao Estado o dever de defesa e preservação desse meio.

O ambiente ecologicamente equilibrado é um dos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988, sendo este um direito fundamental de terceira geração. Ocorre, que na Amazônia Legal as queimadas e desmatamentos tem ocorrido de forma descontrolada, o que tem desencadeado preocupações em âmbito internacional, pois a República Federativa do Brasil apesar de ser signatária de tratados e compromissos internacionais, em matéria ambiental não vem honrando tais acordos.

Desta forma, se torna importante monitorar acontecimentos que visam de qualquer maneira enfraquecer o ambiente, devendo haver a responsabilidade dos infratores e até mesmo do Estado brasileiro, já que este aderiu a tratados internacionais que viabilizam a proteção ambiental e deve desta forma propiciar meios de combate a tais práticas.

1. UMA ANÁLISE HISTÓRICA SOBRE A PROTEÇÃO INTERNACIONAL AO MEIO AMBIENTE

Como diversos processos históricos que visam o reconhecimento de direitos, a luta ambiental não se deu de forma pacífica e consensual, de modo diverso, a busca pela afirmação da proteção ambiental é resultado de um longo processo histórico que envolveu conflitos, tensões, até obtermos as proteções atuais existentes, as quais ainda continuam nesse processo de desenvolvimento, sendo necessárias melhorias para a fortificação do resguardo ao meio natural.

O homem desde os primórdios do mundo já se interessava pelo meio ambiente, demonstrando preocupação em respeitar os bens naturais. Na Bíblia, constam referências sobre a responsabilidade ambiental: "se um fogo se espalhar e alcançar os espinheiros e queimar os feixes colhidos ou o trigo plantado ou até a lavoura toda, **aquele que iniciou o incêndio restituirá o prejuízo**" (BÍBLIA, Êxodo, 22, 6).

Podemos analisar, que mesmo nos tempos mais remotos onde não existiam documentos legais de diretrizes ambientais o ser humano já pensava na proteção do ambiente e na responsabilidade pelo dano cometido a este.

Essa luta pelas questões ambientais se deu inicialmente por meio dos teólogos e filósofos, os quais colocavam o centro das questões ambientais ligadas a Deus, Francisco de Assis, por exemplo, afirmava sobre a existência de uma vida humana em respeito aos bens naturais.

Atualmente, o direito ambientalista muito defende a ideia de um desenvolvimento sustentável juntamente a um equilíbrio ambiental, como afirmado no princípio 01 da declaração do Rio de Janeiro de 1992: “os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza” (Declaração do Rio de Janeiro Sobre Meio Ambiente, 1992).

Acontece, que para a ocorrência desse desenvolvimento sustentável, do equilíbrio ecológico e sadio se fez necessário um processo demorado de afirmação histórica internacional, consagrada através de diversos tratados e compromissos jurídicos firmados pelos Estados e organizações, com o intuito de fortificar a proteção ambiental, gerando deveres aos Estados-Membros.

José Augusto Fontoura Costa, afirma que “o nascimento do Direito Ambiental Internacional se insere, em um cenário internacional rico em transformações e, principalmente, concessões necessárias por parte dos mais tradicionais atores das Relações Internacionais: os Estados” (FONTOURA, 2001, p. 14).

Essa preocupação em preservar o ambiente cresceu ao longo dos anos, sendo motivada por acontecimentos históricos importantes.

A preocupação ambiental já pode ser detectada em alguns documentos internacionais anteriores à Convenção de Estocolmo, como na Convenção para Regulamentação da Pesca da Baleia (Genebra, 1931), Convenção para a Proteção da Fauna e da Flora e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América (Washington, 1940), Convenção Internacional para a Regulamentação da Pesca da Baleia (Washington, 1946), Convenção Internacional para a Proteção dos Vegetais (Roma, 1951 e Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição do Mar por Óleo (Londres, 1954). (FONTOURA, 2001, p. 14).

Diante dos mencionados acontecimentos, ocorreu o avanço da industrialização havendo então o crescimento da poluição por meio de radiação, desmatamentos,

queimadas, enfim, a expansão da degradação da natureza, gerando a necessidade de uma proteção ambiental específica, o que levou ao acontecimento da Conferência de Estocolmo no ano de 1972, a qual se concretizou através do ECOSOC, sendo aprovada em dezembro de 1968 pela Assembleia Geral.

Essa Conferência foi realizada pela ONU, sendo considerada um marco histórico sobre a proteção ao meio natural, onde foi produzida a DEMA que trouxe 26 princípios que objetivam a preservação, o respeito e um direcionamento para a melhoria do ambiente.

Sobre a importância da declaração de Estocolmo, podemos afirmar que: “as declarações são, no Direito Internacional, acordos destinados à criação de princípios jurídicos e, portanto, com pretensão de validade universal” (FONTOURA, 2001, p. 16).

Assim, entende-se que a CE e a DEMA são instrumentos fundamentais para a consolidação da proteção ao ambiente, pois, os temas sobre os acontecimentos ambientais no mundo, após Estocolmo, deixaram de estar em segundo plano entrando efetivamente na agenda global.

Posteriormente a Estocolmo, no ano de 1983 a médica Gro Harlem Brundtland foi convidada pelo Secretário-Geral da ONU para fazer parte da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, passando a presidir esta comissão, a qual tem uma forte ligação com o desenvolvimento sustentável, como afirmado por Maria Paula Dallari Bucci: “A contribuição mais notável da Comissão Brundtland foi a criação da temática do desenvolvimento sustentável” (BUCCI, 2001, p. 60).

Desenvolvimento sustentável este que tem presença fundamental no relatório, visto que o ser humano tem que compreender que para a utilização dos recursos naturais deve haver a preocupação com as gerações futuras, já que no mundo se encontram inúmeros habitantes e a prática desordenada da retirada de matérias naturais causam um impacto a todos, como as queimadas e o desmatamento na Amazônia que refletem negativamente no planeta.

Desta forma, interessada pela sustentabilidade a comissão trouxe o relatório conhecido como “Nosso Futuro Comum”, o qual contribuiu para a afirmação do desenvolvimento sustentável, onde se pode observar que existe ligação entre o desequilíbrio ambiental e a pobreza, sendo causa desse acontecimento a questão da desordem social naqueles locais onde não se tem a organização da sociedade, a qual é necessária para estabelecer a saúde do meio, onde há além da degradação ambiental a

degradação política, o que torna pior a situação, não havendo a devida atenção ao ambiente nem a aplicação de políticas públicas que possam contribuir para a mudança de hábito da população.

O relatório da comissão explica que as situações de pobreza sempre iram existir, no entanto, é possível a aplicação do desenvolvimento sustentável se o meio social atender as necessidades de todas as pessoas, do mais pobre ao mais rico, sem diferenças de classes, disponibilizando formas de organização social para todos, evitando os desequilíbrios naturais que ocorrem com frequência nos locais de moradias mais humildes.

O desequilíbrio ao meio nas áreas mais humildes, é devido à falta de aplicabilidade das políticas públicas voltadas para a população, que por vezes descartam seus lixos de forma errada, realizam práticas nocivas que poderiam ser evitadas. A exemplo disso, olhemos para a realidade de nossas cidades, os bairros onde se encontram as habitações de pessoas ditas mais abastardas financeiramente são aparentemente mais bem cuidados, mais limpos, como a Ponta Negra na capital manauara, enquanto que de forma contrária, ao olharmos para localidades como a do Bairro Japiim de Manaus, podemos observar a poluição presente, o igarapé conhecido como Igarapé do 40 chega a incomodar os moradores com seu mau cheiro, a quantidade de lixo que ali se encontra torna clara a questão mencionada no relatório.

Além da pobreza existe a questão da política adotada na localidade, em uma cidade onde não existem preocupações com o meio ambiente, o desenvolvimento sustentável também não se faz presente.

A busca do desenvolvimento sustentável requer:

- 1) Um sistema político que assegure a efetiva participação dos cidadãos no processo decisório;
- 2) Um sistema econômico capaz de gerar excedentes e know how técnico em bases confiáveis e constantes;
- 3) Um sistema social que possa resolver as tensões causadas por um desenvolvimento não-equilibrado;
- 4) Um sistema de produção que respeite a obrigação de preservar a base ecológica do desenvolvimento;
- 5) Um sistema tecnológico que busque constantemente novas soluções;
- 6) Um sistema internacional que estimule padrões sustentáveis de comércio e financiamento;
- 7) Um sistema administrativo flexível e capaz de autocorrigir-se. (BUCCI, 2001, p. 61).

Assim, é importante a junção do sistema político, econômico, social, de produção, tecnológico e internacional para que se possibilite o desenvolvimento sustentável, onde a partir da colaboração dos sistemas ocorra a concretização do tipo saudável de crescimento, sem isso se torna difícil sua aplicação.

Menciona-se, que após duas décadas de Estocolmo foi elaborada a Declaração do Rio de Janeiro Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada por meio da Conferência das Nações Unidas Para Meio Ambiente e Desenvolvimento em junho de 1992, com o intuito de fortificar a Declaração da Conferência das Nações Unidas Sobre o Meio Humano.

O ponto crucial era a união global e igualitária dos Estados, para que desta forma fossem viabilizados meios de fazer acontecer o respeito entre os envolvidos, bem como o alcance da proteção ao meio ambiente e do desenvolvimento sustentável, já que seria mais fácil alcançar esse equilíbrio ambiental se todos os Estados se unissem em prol do bem maior, colocando seus interesses egocêntricos de lado.

Tal declaração possui 27 princípios, que funcionam como diretrizes aos debates que envolvem assuntos ambientais abrangendo a cooperação, precaução, prevenção, responsabilidade e subsidiariedade, estando entre alguns de seus princípios os que seguem:+

Princípio 26 – Os Estados deverão resolver todas as suas disputas ambientais pacificamente e através de meios ajustados de acordo com a Carta das Nações Unidas. (DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1992).

Observa-se no texto da ECO 92, que a preocupação com o desenvolvimento insere o homem do presente e do futuro, cabendo a todos o dever de cuidar e o direito de ter para si um ambiente saudável.

Em decorrência da conferência acima descrita se originou a Agenda 21 global, a qual também tem como foco o desenvolvimento sustentável por meio da colaboração dos países, funcionando como mais um mecanismo de direcionamento para as discussões no mundo sobre o meio ambiente, visando aspectos indispensáveis ao alcance do desejado desenvolvimento sustentável.

Buscam os documentos mencionados, a melhora do relacionamento entre as pessoas jurídicas de direito público, para que seja possível a manutenção do meio ambiente através da sustentabilidade, entretanto, para a consolidação desse desejo é

necessário colocar o homem como parte da natureza, aquele que se encontra inserido nesta.

Todos os marcos da história internacional do meio ambiente contribuíram para adoção de normas, leis, princípios, documentos legais que são voltados a manutenção ambiental no mundo e a não aplicação dessas diretrizes por um Estado contribuem para a degradação da natureza, afetando aos demais, momento que os mecanismos internacionais de proteção ao bem natural devem ser acionados para que haja a responsabilização em caso de descumprimento das normas impostas.

3 A AMAZÔNIA LEGAL E OS COMPROMISSOS E TRATADOS FIRMADOS PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL NO ÂMBITO INTERNACIONAL

A Amazônia Legal possui uma grande dimensão territorial, com diversa e rica vegetação, animais das mais variadas espécies, a maior bacia hidrográfica do mundo, conhecida como a Bacia Amazônica, o que traz para essa região o interesse e o reconhecimento em âmbito nacional e internacional.

Seu território foi estabelecido na gestão de Getúlio Vargas e abrange uma área de 5.114.798,30 km², compreendendo a nove estados da República Federativa do Brasil, estando entre estes o Amazonas, o Acre, Mato Grosso, o Pará, Rondônia, Tocantins, Amapá, Roraima, e uma porcentagem do Maranhão.

O objetivo da delimitação da Amazônia Legal é garantir o desenvolvimento e o planejamento da região por ser uma área com grande proporção de recursos vegetais, hídricos e minerais que sofre com problemas de desmatamentos e queimadas, por isso se faz necessária sua proteção, visando a fortificação do ambiente e da sustentabilidade.

O meio ambiente deve ser conservado e utilizado pelos indivíduos, conforme o artigo 225 da Constituição Federal, sendo a proteção ambiental um dever de todos, um direito das gerações atuais e futuras, como também um interesse em comum da sociedade, é um bem de uso coletivo dada sua natureza pública, merecendo um resguardo fortalecido de proteção, tendo status de direito fundamental.

É importante para a qualidade de vida do ser humano, pois a dignidade da pessoa humana está ligada a um conjunto de necessidades, estando dentre estas um meio

ambiente saudável. Por tais motivos, necessitamos de um amparo legal que garanta a preservação e a sustentabilidade.

No âmbito nacional o resguardo aos direitos são feitos por meio de leis, normas, doutrinas, regras, órgãos que estabelecem as diretrizes jurídicas para determinadas situações, mas para além destes existe na esfera internacional os acordos, tratados, convenções, protocolos, agendas e outros documentos que fazem a normatização, podendo estes serem acionados em caso de violação a direitos.

Referente as representações para relações estrangeiras, entre outras pessoas jurídicas de direito público com a República Federativa do Brasil, competem a União e qualquer documento internacional produz efeitos desde que aceitos expressamente por esta.

Como todo tipo de relação jurídica as relações internacionais estão sujeitas a regulamentações, para tanto existe a Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, onde constam 85 artigos que dão o direcionamento jurídico sobre os tratados, objetivando a garantia do relacionamento sadio entre os entes internacionais, para a ocorrência de discussões respeitadas entre estes. Ressalta-se, que esta Convenção foi promulgada pelo Brasil em 23 de maio de 1969 por meio do Decreto nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009.

Apesar de importante, em matéria ambiental o Brasil não tem demonstrado muito interesse em firmar compromissos internacionais, principalmente frente a atual gestão política, o que contribui para a elevação dos índices referentes aos danos ambientais no país. Ao contrário de outros Estados, onde é visível o pensamento ambientalista, como a Suíça, que se preocupa com a inserção do desenvolvimento sustentável havendo harmoniosa convivência entre o homem e natureza, sendo conhecida como um dos países mais verdes do mundo.

Se não fossem as normatizações ambientais, o homem provavelmente devastaria o planeta na busca pela globalização, para tanto cada ente internacional adota sua política interna podendo estar sujeito as normas externas. Desta forma, passa-se ao estudo dos atos internacionais relativos ao meio ambiente que foram recepcionados pela República Federativa do Brasil:

Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, Especialmente para o Habitat de Aves Aquáticas;

Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio;

Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios;

Convenção Interamericana para a Proteção e Conservação das Tartarugas Marinhas;
Convenção de Roterdã sobre o Procedimento de Consentimento Prévio Informado para o Comércio Internacional de Certas Substâncias Químicas e Agrotóxicos Perigosos;
Convenção Internacional para Preparo, Resposta e Cooperação em Caso de Poluição por Óleo (OPCR-90);
Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América;
Convenção Internacional para a Conservação do Atum e Afins do Atlântico;
Acordo Constitutivo do Instituto Interamericano para Pesquisa em Mudanças Globais (Ata de Montevideú);
Convenção sobre Diversidade Biológica;
Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do Mercosul;
Convenção sobre comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção;
Convenção da Basileia sobre o controle de movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos e seu depósito;
Convenção Internacional de Combate à Desertificação nos países afetados por seca grave e/ou desertificação, particularmente na África;
Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial;
Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes;
Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica;
Protocolo de Quioto à Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas.
Convenção sobre as medidas a serem adotadas para proibir e impedir a importação, exportação e transferência de propriedades ilícitas dos bens culturais;
Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL).

Entre os atos internacionais citados, destacam-se cinco por estarem ligados ao tema desenvolvido, são eles:

1. Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América:

“O objetivo é o de proteger e conservar no seu ambiente natural exemplares de todas as espécies e gêneros da flora e fauna indígenas, incluindo aves migratórias, em número suficiente e em locais que sejam bastante extensos para que se evite, por todos os meios humanos, sua extinção. Além disso, os Estados-partes visaram a proteger e conservar as paisagens de grande beleza, as formações geológicas extraordinárias, as regiões e os objetos naturais de interesse estético ou valor histórico ou científico, e os lugares caracterizados por condições primitivas dentro dos casos aos quais esta Convenção se refere” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL).

Promulgação em 23 de março de 1966 por meio do Decreto 58.054, onde os Estados Partes assumiram o compromisso de desenvolverem dentro de seus territórios as reservas nacionais, parques nacionais, reservas de regiões virgens, monumentos naturais, exercer a proteção das aves migratórias, resguardando a flora, a fauna e as belezas cênicas dos países da América.

2. Convenção sobre Diversidade Biológica:

Tem como objetivos principais a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos oriundos desta diversidade biológica. Pregando a soberania das partes em utilizar seus recursos genéticos, a CDB prevê medidas para conservação e utilização sustentável da diversidade biológica, sua identificação e monitoramento, sua conservação in-situ e ex-situ, a utilização sustentável de seus componentes, disposições sobre pesquisa, treinamento, educação e conscientização pública, avaliação de impacto e minimização de impactos negativos, acesso a recursos genéticos, acesso à tecnologia e transferência de tecnologia, cooperação técnica e científica, gestão da biotecnologia e mecanismos financeiros para sua implementação. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL).

Foi promulgada em 16 de março de 1998 através do Decreto nº 2.519, sendo um dos mais importantes instrumentos internacionais que existem em matéria ambiental, normatizando questões voltadas aos ecossistemas, recursos genéticos e espécies, servindo como direcionamento a outros atos internacionais, tornando-se fundamental na aplicação de diretrizes ambientais no território, com destaque a precaução.

Dentre suas motivações, que constam de seu preâmbulo, a importante menção ao princípio da precaução, quando prevê, em caso de ameaça de sensível redução ou perda da diversidade biológica, que a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar

medidas para evitar ou minimizar essa ameaça. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL).

3. Acordo-Quadro Sobre Meio Ambiente do Mercosul

Vigorando desde 17 de setembro de 2004 por meio do Decreto nº 5.208, visa a cooperação dos entes partes para a proteção ambiental e sustentabilidade.

O Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente no Mercosul foi celebrado em 2001, em Assunção, por Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. Trata-se a nosso ver de tentativa inicial de se estabelecer uma agenda comum no bloco econômico no que tange ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável. É um ato internacional que se configura, a nosso ver, como uma declaração de intenções, já que praticamente não existem obrigações concretas estabelecidas em seu texto. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL).

238

4. Convenção sobre comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção:

Teve sua entrada em vigor no dia 17 de novembro de 1975 por meio do decreto nº 76.623 e o objetivo é resguardar as espécies que correm risco de extinção, regulamentando a comercialização destas.

5. Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica:

Por meio do Decreto nº 5.705 o protocolo passou a vigorar em 16 de fevereiro de 2006, servindo como complementação para a Convenção Sobre a Biodiversidade.

Se funda no princípio da precaução, tendo o mesmo por objetivo garantir um nível adequado de precaução na transferência, na manipulação e no uso seguro dos organismos vivos modificados resultantes da biotecnologia moderna, especificamente na relação adversa que seus efeitos podem ter na conservação e uso sustentável da diversidade biológica, através da regulação específica dos movimentos transfronteiriços. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL).

Estes atos internacionais ratificados pelo Brasil se tornam essenciais na proteção ao meio ambiente, visto o valor universal que este possui, não haveria como resguardar esse direito de terceira geração apenas por meio da norma interna dos países.

O Direito Internacional Público vem fortificar a atuação dos operadores do direito que estão na luta para a preservação e desenvolvimento sustentável, a Amazônia Legal tem um conjunto de bens naturais que são diariamente violados por meio da poluição, desmatamento e queimadas, o que tem causado um abalo ao ecossistema e populações locais.

A norma internacional deve ser ativada em caso de crime contra esse bem natural, apontando a responsabilidade do ente por meio da proteção jurídica estabelecida no ato internacional.

3. QUEIMADAS E DESMATAMENTOS: A PROTEÇÃO JURÍDICA AO MEIO AMBIENTE E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO BRASILEIRO

Com a chegada dos colonizadores no Brasil se iniciou a exploração dos recursos naturais, desde então a busca pelo desenvolvimento e expansão da economia levou a perda de grande porcentagem das florestas brasileiras.

A ação do homem contra a natureza vem causando danos naturais que são irrecuperáveis, o desmatamento e as queimadas resultam na ameaça e até na extinção de espécies existentes no bioma.

Na Floresta Amazônica, estudos demonstram que uma imensa área já foi devastada e com o passar dos anos as práticas ilegais aumentam, o ano de 2020 está sendo marcado pela elevação nos índices de incêndio. Um estudo de cientistas de universidades britânicas, denominado “Regime Shifts Occur Disproportionately Faster In Larger Ecosystems”, apontou preocupação ao relatar que é possível que em 05 décadas a Floresta Amazônica venha a desaparecer, tornando-se uma savana.

São inúmeras as pesquisas que podemos encontrar envolvendo os acontecimentos de queimadas e desmatamentos em nossas florestas, o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe), detectou no mês de agosto de 2020 que os Estados do Amazonas, Pará e Mato Grosso estão entre os que apresentaram maior aumento na quantidade de incêndios, totalizando estes em 60% de queimadas ocorridas em apenas um mês.

A devastação na Amazônia deve ser controlada por meio das instituições nacionais do Brasil, em consonância ao princípio da obrigatoriedade da intervenção do Poder: “deve ser confiada às instituições nacionais competentes a tarefa de planificar,

administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente” (DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO, 1972).

A responsabilidade de cada Estado na gestão ambiental está presente em diversos instrumentos internacionais, os quais dão ênfase ao resguardo ao bem natural como sendo responsabilidade da sociedade, bem como dos Estados, observando-se que em matéria ambiental a responsabilidade é objetiva, independe então da existência de culpa.

Princípio 11 – Os Estados deverão promulgar legislação ambiental eficaz. Os padrões ecológicos, os objetivos e as prioridades de gestão do ambiente devem refletir o contexto ambiental e de desenvolvimento a que se aplicam. Os padrões aplicados por alguns Estados podem não ser convenientes e ter um custo econômico e social injustificado para outros países, especialmente para os países em desenvolvimento. (DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1992).

240

O Estado não é dono dos bens naturais, mas um mero administrador destes, tendo assim que prestar contas de sua gestão e da eficácia ou não das normas internas adotadas, tendo por dever intervir em casos que coloquem o meio ambiente em risco.

O direito internacional do meio ambiente pode ser conceituado como o “conjunto de normas jurídicas escritas e consuetudinárias, instituídas por pessoas jurídicas de direito das gentes (Estados soberanos e organizações internacionais), que regulam a intervenção humana sobre o meio ambiente com um foco supranacional, objetivando a cooperação entre os povos para a consecução de um equilíbrio ambiental mundial para as presentes e futuras gerações. (AMADO, 2016, p. 841/842).

Para a normatização, o Estado brasileiro é parte em atos internacionais de direito ambiental, possuindo sua legislação interna por meio da Constituição Federal, Leis, Constituições Estaduais, Ministério do Meio Ambiente e seus órgãos, IBAMA, Serviço Florestal Brasileiro e entre outros.

A responsabilidade do Estado é analisada mediante a ocasião do nexo causal e do dano ambiental, logo, quando for constatado a lesão ao bem natural este está sujeito as normas estabelecidas nos compromissos que foram assumidos internacionalmente, devido à existência de vinculação entre os entes partes do ato.

Dano ambiental é tudo aquilo que traga consequências à natureza, bem como para a sociedade, tratando-se assim de dano social e ambiental, desta forma não encontramos uma definição expressa do que de fato seja o dano ambiental, devendo ser

feita a análise de caso a caso, ora, a descrição de um rol taxativo ao dano limitaria a aplicação das normas jurídicas.

Marcelo Abelha Rodrigues afirma que para concretizar a proteção ao meio ambiente se faz necessária a proteção internacional “por ser o planeta a casa de todos” e como o dano ao bem difuso tutelado acaba atingido áreas que ultrapassam as fronteiras do Estado, o objetivo é demonstrar que existem formas de responsabilidade civil, por ação ou omissão, quando ocorre a não aplicação dos princípios de direito ambiental, quais sejam o da prevenção e da precaução.

O dever jurídico de evitar a consumação de danos ao meio ambiente vem sendo salientado em convenções, declarações e sentenças de tribunais internacionais, como na maioria das legislações internacionais. Prevenir é agir antecipadamente evitando o dano ambiental. Deixa-se de prevenir por comodismo, por ignorância, por hábito da imprevisão, por pressa e pela vontade de lucrar indevidamente. (MACHADO, 2018, p. 123).

Princípio 15 - Para que o ambiente seja protegido, será aplicada pelos Estados, de acordo com as suas capacidades, medidas preventivas. Onde existam ameaças de riscos sérios ou irreversíveis não será utilizada a falta de certeza científica total como razão para o adiamento de medidas eficazes em termos de custo para evitar a degradação ambiental. (DECLARAÇÃO DO RIO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1992).

Logo, estes dois princípios devem ser aplicados pelo Estado na busca pela conservação de seus bens ambientais, a precaução diz respeito a falta de certeza, quando é feita a avaliação do risco, e a prevenção se refere aos estudos que demonstram a certeza dos danos que serão causados.

Infelizmente, apesar dos diversos instrumentos para o combate a danos ambientais existentes, nacional e internacionalmente, a atual gestão brasileira compactua com a desregulação da proteção ambiental, defendendo o enfraquecimento dos meios de proteção.

O atual Presidente da República Federativa do Brasil com frequência demonstra seu descompromisso com o meio ambiente brasileiro, tendo pensamento em retrocesso frente as conquistas históricas mencionadas neste artigo, visando o afrouxamento das leis e o sucateamento dos órgãos de preservação. O mesmo interesse tem seu Ministro de Meio Ambiente, o qual recebeu diversas críticas inclusive com repercussão internacional,

já que utiliza de um momento de pandemia (onde a preocupação está voltada à saúde) “para ir passando a boiada”, como o mesmo argumentou em uma reunião ministerial.

Estamos nesse momento de tranquilidade no aspecto de cobertura de imprensa, porque só fala de covid[-19]”, complementou o ministro durante reunião realizada em 22 de abril, mas cujo vídeo foi tornado público nesta sexta-feira. Salles fala que as atenções estão voltadas para a pandemia, logo abre-se uma “oportunidade que nós temos, que a imprensa (...) está nos dando um pouco de alívio nos outros temas (...) e passar as reformas infralegais de desregulamentação. (ÚLTIMO SEGUNDO, 2020).

O discurso acima é surpreendente, onde analisamos a fala de um Ministro de Meio Ambiente que trabalha em controvérsia com a política de proteção ambiental. A este não interessa a opinião pública, o desrespeito às normas estabelecidas é evidente, os mesmos pisam nos interesses sociais, vejamos a situação dos indígenas que estão tendo suas terras e direitos violadas e dos meios de proteção que estão sendo desvalorizados.

Nesse sentido, podemos concluir que os gestores do Estado brasileiro querem o enfraquecimento dos meios legais de proteção ao ambiente para explorarem os recursos naturais, objetivando a elevação dos lucros, indo em oposição ao princípio da proibição ao retrocesso nos direitos fundamentais.

Essa proibição do retrocesso, diz respeito ao estreitamento da vontade do legislador, para que este não revogue ou altere a lei infraconstitucional, lei esta que resguarda os direitos fundamentais previstos na Carta Magna. Sabe-se, que o direito ao meio ambiente se inclui como sendo um direito fundamental e importante para a dignidade da pessoa humana, por isso podemos falar em princípio da proibição ao retrocesso aplicado ao direito ambiental, fortalecendo a ideia de que os meios legais existentes não podem ser afrouxados, ou seja, não pode ocorrer a retrocessão da proteção já existente, devendo os direitos fundamentais serem resguardados frente a atuação do legislador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca pela globalização levou a deterioração de diversos biomas pelo mundo, o desenvolvimento não sustentado trouxe consequências para a sociedade, sendo necessário para a proteção ambiental a criação de normas que estabelecem deveres aos

indivíduos e aos países sobre o avanço do desenvolvimento, demonstrando a necessidade em se aplicar políticas preservacionistas e sustentáveis ao redor do planeta.

O interesse pela proteção ao meio ambiente cresceu com o prolongar dos tempos, dando início a elaboração de normas para o resguardo dos bens naturais, surgindo as primeiras políticas de proteção ambiental, tendo como foco o desenvolvimento sustentado e a união dos entes para a concretização da proteção, cada um devendo gerir seu território aplicando as normas internas e externas referentes ao sistema jurídico-ambiental.

A importância de se firmar compromissos internacionais, deve-se a necessidade de vigilância aos Estados por uma norma maior, do contrário os entes agiriam visando apenas os interesses de seu território o que desencadearia descontentamentos e conflitos entre as nações, pois, a conduta gerada no país A consequentemente atingiria as fronteiras do país B, C.

De fato, a melhor maneira em solucionar as discussões internacionais é por meio do modo pacífico, sendo esta também a função dos tratados e convenções, o relacionamento amistoso entre os Estados, cabendo a todos a responsabilidade pela qualidade ambiental.

Por fim, não podemos permitir que ocorra o retrocesso e enfraquecimento das normas já existentes relativas à proteção ao meio natural, do contrário, devemos continuar lutando pela fortificação das normas ambientais.

REFERÊNCIAS

AGENDA 21 GLOBAL. **Declaração do Rio de Janeiro**. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, 1992.

AMADO, Frederico. Direito Ambiental Esquematizado. 7ª Ed. Método. 2016.

ANDRADE, M. M. de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 12 de junho de 2020.

BLOG DIREITO AMBIENTAL EM QUESTÃO, Disponível em: <<https://www.direitoambientalemquestao.com.br/2017/06/convencao-para-protecao-da-flora-fauna-e-das-belezas-cencas-dos-paises-da-america-decreto-58054-66.html>>. Acesso em 13 de junho de 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **A Comissão Bruntland e o conceito de desenvolvimento sustentável no processo histórico de afirmação dos direitos humanos**. In: DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura (Org). Direito ambiental internacional. Santos, SP: Leopoldianum, 2001, p. 50-63.

CAVALCANTI, Clóvis. **Meio Ambiente, Desenvolvimento Sustentável e Políticas Públicas**. São Paulo, Cortez Editora, 1999.

COSTA, José Augusto Fontoura. **Aspectos fundantes da Conferência de Estocolmo**. In: DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura (Org). Direito ambiental internacional. Santos, SP: Leopoldianum, 2001, p. 11-26.

DERANI, Cristiane. **Aspectos jurídicos da Agenda 21**. In: DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura (Org). Direito ambiental internacional. Santos, SP: Leopoldianum, 2001, p. 64-82.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo, SP: Max Limonad, 1997.

DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura (Org). **Direito ambiental internacional**. Santos, SP: Leopoldianum, 2001.

FERREIRA, Diego Vikboldt; BAUMGARTEN, Marcelo Zepka. **Controvérsias Internacionais: Soluções Pacíficas e Coercitivas**. Disponível em: Acesso em: 14 out. 2015.

G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2020/08/19/para-amazonas-e-mato-grosso-somam-60percent-das-queimadas-de-agosto-pantanal-e-bioma-mais-afetado.ghtml?fbclid=IwAR1U_RvtX_DHSddW-UeyD6HDr_4IQ8RIZyBJPKcXo4K0WEKV2IGw0ebl9Mg>. Acesso em: 02 de setembro de 2020.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/documentos/tratados-internacionais>>. Acesso em: 13 de junho de 2020.

NATURE COMMUNICATIONS. Disponível em:
<file:///C:/Users/Luana/Downloads/Regime_shifts_occur_disproportionately_faster_in_
l.pdf >. Acesso em: 14 de junho de 2020.

NASCIMENTO, Blenda Lara Fonseca do. **Solução de Controvérsias Internacionais**. Curitiba: Juruá, 2007.

RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. **De Estocolmo a Montago Bay 82: o ingresso do meio ambiente na agenda global**. In: DERANI, Cristiane; COSTA, José Augusto Fontoura (Org). Direito ambiental internacional. Santos, SP: Leopoldianum, 2001, p. 199-215.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente – Paralelos dos Sistemas de Proteção Internacional**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e à Cultura. 29ª Conferência Geral da Unesco. **Declaração sobre Responsabilidades das Gerações Presentes para as Gerações Futuras**. Washington, 12.11.1997.

A EFICIÊNCIA CONSTITUCIONAL DA LEGISLAÇÃO QUE TRADA DO PACOTE ANTICRIME APLICÁVEL À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

THE CONSTITUTIONAL EFFICIENCY OF THE LEGISLATION THAT MAKES THE ANTICRIME PACKAGE APPLICABLE TO THE CUSTODY HEARING

Jarbas Rodrigues de Souza

Adriana almeida Lima

246

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo compreender e analisar os efeitos constitucionais do Pacote Anticrime, na aplicação eficiente da audiência de custódia. O advento desta Lei modificou e aperfeiçoou outras normas penais já existentes, como por exemplo a Legislação Penal e Processual Penal e trouxe também a normatização das audiências de custódia que necessitava de regulamentação, proporcionando uma maior tutela jurisdicional à pessoa presa, tendo em vista que existia apenas um mandamento do Conselho Nacional de Justiça, que tardiamente atentou para este mandamento Constitucional, o qual já existia através da legislação supralegal onde o Pacto de São José da Costa Rica, cujo o Brasil é signatário, já previa a Audiência de Custódia. Porém este mandamento do CNJ não era cumprido de forma uníssona pelos Tribunais do Brasil, então houve a necessidade de um alinhamento dos atos processuais que só foi possível através de uma legislação regulamentadora aliada aos mandamentos de otimização da Constituição Federal de 1988 que tem como um de seus princípios a presunção de não culpabilidade que influencia de forma positiva a audiência de custódia.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Pacote Anticrime. Audiência de Custódia.

ABSTRACT

The present work aims to understand and analyze the constitutional effects of Law No. 13.964 / 2019, better known as the Anti-Crime Package, in the efficient application of the custody hearing. The advent of this Law modified and perfected other existing criminal rules, such as the Criminal Law and Penal Procedural Law, and also brought the standardization of custody hearings that needed regulation, providing greater jurisdictional protection to the prisoner, given that there was only a commandment of the National Council of Justice, which belatedly paid attention to this Constitutional commandment, which already existed through supralegal legislation where the San José Pact of Costa Rica, to which Brazil is a signatory, already provided the Custody Hearing. However, this CNJ commandment was not unanimously fulfilled by the Brazilian Courts, so there was a need for an alignment of procedural acts that was only possible through regulatory legislation combined with the 1988 Federal Constitution's optimization commandments, which has as one of its principles the presumption of non-culpability that positively influences the custody hearing.

KEYWORDS: Constitutional Law. Criminal Procedure Law. Anticrime Package. Custody Hearing.

INTRODUÇÃO

A Liberdade, depois da Vida, ganha destaque entre os Direitos Fundamentais, através dela o homem produz, reproduz, exprime seus desejos, seus anseios, suas angústias e principalmente exercem direitos e cumprem seus deveres. Contudo, quando o homem não vive em consonância com a legislação, esta liberdade pode ser cerceada, devendo é claro, obedecer a mandamentos normativos e um rito processual para que esse cerceamento não seja eivado de vícios e arbítrios.

A Legislação Penal atua de forma para prevenir ou reprimir indivíduos que prejudiquem a segurança e a paz social. A prevenção é resultado do caráter pedagógico e a repressão é resultado do caráter punitivo desta legislação. Além de trazer a definição de crime, que é considerado um desvalor social, é a conduta ação ou omissão que visa ofender um bem jurídico tutelado.

Não é questionável que a não efetivação da audiência de custódia no Brasil, trouxe grandes prejuízos para a sociedade como um todo, a principal evidência do descaso no não cumprimento da legislação, é visível claramente quando se observa a superpopulação carcerária, onde uma parcela significativa de apenados se passassem pelo devido processo legal, ou seja, passado pelo crivo da audiência de custódia não estariam presos, fazendo com que os depósitos de pessoas chamadas Unidades Prisionais, não fossem tão lotadas.

Tudo isso resultado do olhar tardio do legislador brasileiro, uma vez que o lapso temporal entre a assinatura dos Tratados Internacionais e sua real efetivação teve uma demora significativa, trazendo consigo consequências irreparáveis.

O tema é relevante por ter pontos fundamentais e relevantes que podem esclarecer a aplicação da Constituição Federal de 1988 e os Direitos Humanos nas questões interpretativas que levam a exploração efetiva do tema Audiência de Custódia, com objetivo de fazer um paralelo sobre a estrutura prática dessa ordem normativa.

A observação dos Princípios Constitucionais que estão em perfeita relação com a audiência de custódia, bem como os demais mandamentos constitucionais que podem ser observados claramente em sua aplicação.

A importância desse estudo é para atentar que o não cumprimento efetivo das Audiências de Custódia, implica diretamente no aumento significativo de pessoas encarceradas indevidamente, pois sua não aplicação desde sua gênese causou problemas quase que irreparáveis ao longo do tempo, sem falar da grave supressão de direitos fundamentais e humanos.

Dessa forma, buscou-se trazer um breve histórico sobre a Audiência de Custódia, a primeira vez que ela foi positivada, onde e como surgiu e o contexto de sua criação, passando pela sua definição normativa, sua natureza jurídica e fazer um paralelo entre antes e depois do Pacote Anticrime apontando os benefícios e malefícios que essa norma trouxe de inovador para o ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, fazer uma reflexão sobre o preconceito que ainda paira entre os leigos sobre a audiência de custódia onde muitos afirmam ser um mecanismo de impunidade perante os crimes, forma totalmente errônea, uma vez que o real sentido de sua aplicação é o resguardo de Direitos Fundamentais.

1. UMA ANÁLISE HISTÓRICA SOBRE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, o então chamado Conselho da Europa criou uma Convenção com finalidade a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (CEDH), com sua data de fundação em 4 de novembro de 1950, na cidade de Roma, neste documento internacional, ouviu-se falar pela primeira vez sobre o que conhecemos hoje como “audiência de custódia”, nela continha o mandamento da apresentação sem demora de toda pessoa que se encontrasse detida ou presa, onde a mesma deveria ser levada perante a presença de um juiz ou outra autoridade habilitada por lei para o exercício de funções jurisdicionais. Como leciona o art. 5º, § 3º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais:

Direito à liberdade e à segurança

1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal:

- a) Se for preso em consequência de condenação por tribunal competente;
- b) Se for preso ou detido legalmente, por desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por um tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita pela lei;
- c) Se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infração, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é

necessário impedi-lo de cometer uma infração ou de se pôr em fuga depois de a ter cometido;

d) Se se tratar da detenção legal de um menor, feita com o propósito de o educar sob vigilância, ou da sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente;

e) Se se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicómano ou de um vagabundo;

f) Se se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição.

2. Qualquer pessoa presa deve ser informada, no mais breve prazo e em língua que compreenda, das razões da sua prisão e de qualquer acusação formulada contra ela.

3. Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo. (CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS, 1950)

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), trouxe um rol de direitos fundamentais, que naquele momentos pós-guerra, necessitava de uma tutela jurisdicional contundente e com o maior número de Estados participantes, para reafirmar o compromisso da Europa em combater o terror da guerra, que pairava nas relações internacionais.

Este então foi o embrião da “Audiência de Custódia”, quando o mundo ouviu falar pela primeira vez neste direito, que parece ser tão basilar, mas necessitava de normatização. E, automaticamente seus Estados-Membros assumiram a responsabilidade de aplicação imediata deste direito em suas respectivas soberanias, infelizmente na prática não foi bem assim que aconteceu, como veremos mais adiante no caso do Brasil.

2. CONCEITO, PROCEDIMENTO E FINALIDADES DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.

A audiência de custódia, para alcançar sua total efetivação em nosso ordenamento, sofreu várias tentativas de ser barrada o andamento de sua implementação como no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5240/SP), onde a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil) questionava a realização das

chamadas “Audiências de Custódia” tentativa esta que foi julgada improcedente pelo Plenário do STF:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO RITO DO ART. 12, DA LEI Nº 9.868/1999. MANIFESTAÇÃO DA AGU E DA PGR.

DESPACHO: Cuida-se de Ação Direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL – Brasil, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da íntegra do Provimento Conjunto nº 03, de 22 de janeiro de 2015, da Presidência e da Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que estabeleceu regras de apresentação de pessoa detida em flagrante delito, até 24 horas após a sua prisão, para participar de audiência de custódia. Sustenta a requerente que “existe o nexo de pertinência temática e cabimento da ação, pois a norma impugnada – não detém caráter regulamentar – e dispõe sobre a audiência de custódia, determinando que o Delegado de Polícia providencie a apresentação da pessoa detida, até 24hrs após a sua prisão, ao juiz competente”.

A hipótese reveste-se de indiscutível relevância, pelo que entendo dever ser aplicado ao caso o rito veiculado pelo art. 12 da Lei 9.868/1999.

Colham-se informações das autoridades requeridas, no prazo, dê-se vista ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da União sucessivamente, no prazo de 5 (cinco) dias cada, para que se manifestem na forma da legislação vigente

Publique-se.

Brasília, 25 de março de 2015. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL)

Nesta ocasião o Ministro Luiz Fux sugeriu uma nova nomenclatura para a audiência de custódia, conforme mostra seu voto na ADI 5240/SP:

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) – Senhor presidente, aqui como foi destacado, tem-se revelado extremamente eficiente a audiência de custódia, a respeito da qual, depois de uma longa conversa com nosso Decano, o Ministro Celso de Mello, entendi de sugerir que deva ser audiência de apresentação, porque audiência de custódia dá a ideia de que uma audiência é para custodiar e, ao contrário, não liberar eventualmente, diante das circunstâncias do caso concreto.

Essa audiência de custódia tem interferido diretamente na obstrução de prisões ilegais e, a fortiori, nesse abarrotamento do sistema prisional brasileiro. Por isso é que eu disse que havia uma certa imbricação entre esse tema e o tema do Ministro Gilmar Mendes, porque, na dúvida, numa apresentação imediata ao juiz, ele pode valorar a conduta do imputado.

Eu vou fazer a juntada do voto, e nele há apenas algumas passagens que entendo importantes em razão da natureza técnica. Evidentemente, não vamos aqui apenas nos limitar a evidenciar a eficiência da audiência de custódia. Há uma reclamação constitucional sobre uma invasão dos poderes da polícia ou, sobe outro enfoque, de que o Tribunal teria legislado processualmente, violando a competência privativa da União. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL)

Esta afirmação faz muito sentido quando se observa que quando o juiz recebe o auto de prisão em flagrante, também recebe a pessoa detida, onde o resultado dessa audiência pode não ser uma custódia.

Porém, mesmo com a sugestão do Ministro, a nomenclatura considerada mais adequada não foi a que ficou usualmente conhecida, e sim a audiência de custódia, que é usada atualmente na legislação vigente em nosso país.

Superada a questão da nomenclatura, passemos ao conceito propriamente dito da audiência de custódia. Podemos afirmar que é um ato público, também considerado um direito que o preso tem de ser levado até a presença de uma autoridade judicial logo após de ser efetuada sua prisão.

É considerado um instrumento pré-processual, pois nesta audiência não será analisado o crime, mas sim o momento pós-crime qual seja o momento de sua prisão, devendo sua apresentação ser feita sem demora.

O responsável pelo recebimento do auto de prisão em flagrante feito pela autoridade policial competente ou pelo mandado de prisão, num primeiro momento analisará a legalidade, num segundo momento a necessidade da prisão, nesta mesma ordem e num terceiro momento analisará a possível violação dos Direitos Fundamentais do preso, observando sempre o lapso temporal entre a detenção até a realização da audiência de custódia, pois neste período de tempo pode ocorrer uma violência policial, um linchamento pela população, o preso pode ter sofrido violência de outros presos enquanto permanecia na carceragem da delegacia ou outro lugar onde o preso se encontrava depois da prisão, pois é dever do Estado o resguardo da tutela física do preso e não ser responsável pela agressão.

Vale ressaltar mais uma vez que não será levado em consideração o mérito do crime, daí se justifica ser um ato pré-processual, e como já citado, também justifica o nome ser “audiência de apresentação”.

Em consonância com o que já foi apresentado, assevera Badaró que é imprescindível que as partes estejam presentes na audiência e se manifestem, bem como o Ministério Público, titular da ação penal, bem como o responsável pela defesa técnica do preso, só então o magistrado terá os elementos básicos para a tomada de decisão em relação ao destino da pessoa detida, se manterá ou não a prisão:

Na audiência de custódia serão ouvidas as manifestações do Ministério Público, do preso e de seu advogado ou da Defensoria Pública. Caberá ao juiz, então decidir sobre a legalidade ou ilegalidade da prisão. Se ilegal, será relaxada. Se legal, o juiz deverá analisar a necessidade e adequação de manter na prisão quem foi colhido em flagrante. A prisão, como medida cautelar, é a medida mais drástica e só deve ser mantida caso nenhuma medida cautelar alternativa à prisão seja suficiente. Portanto, o juiz poderá converter a prisão em medidas como recolhimento domiciliar noturno, proibição de contato com determinadas pessoas, proibição de frequentar determinados locais, monitoramento eletrônico, proibição de ausentar-se da comarca ou do país, entre outras. (BADARÓ, 2014, p. 115).

Vejamos agora o rito procedimental da audiência de custódia, que se divide em dois, o primeiro é o rito da prisão em flagrante delito. Após feito o auto de prisão em flagrante, o preso é encaminhado para fazer o exame de corpo de delito, em seguida o auto é remetido à autoridade judicial competente.

A contagem para a realização da audiência de custódia será a partir da entrega do auto de prisão em flagrante, que no caso se conta as 24 horas. Pode ocorrer do juiz não designar a audiência de custódia, neste caso deverá conceder a liberdade provisória ou relaxar a prisão do autuado. Em casos excepcionais o juiz irá até a presença do preso para a realização da audiência de custódia, casos em que o motivo se justifique, como por exemplo uma grave enfermidade do preso.

Antes da solenidade da audiência de custódia, será dada a oportunidade do preso ser entrevistado por seu advogado ou Defensor Público. Na audiência propriamente dita, o juiz deverá qualificar o preso ao passo que também dá ciência de seus direitos, como por exemplo o direito constitucional do silêncio, que não deverá implicar em prejuízo da defesa. Dada a palavra ao Ministério Público, este observará os antecedentes do preso e as circunstâncias da prisão, o promotor de justiça pode requerer a homologação do flagrante e sua conversão em preventiva ou uma aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

O seu defensor também terá a oportunidade de se manifestar, fazendo os questionamentos sobre a situação da prisão, vale lembrar que é vedada as perguntas referentes ao suposto crime, devendo o juiz indeferir todos os questionamentos dessa natureza.

Ao decidir, o juiz poderá homologar o flagrante e converter a prisão em preventiva, bem como não homologar e converter a prisão em preventiva a pedido do

Ministério Público. Se for constatado qualquer violação de direitos fundamentais, o juiz deverá encaminhar cópias de expediente para o órgão competente para apurar o fato.

O segundo rito procedimental da audiência de custódia trata da prisão decorrente de mandado. Ela ocorrerá nos mesmos moldes da prisão em flagrante, a diferença é que já existe uma prisão decretada e esta não poderá ser revogada pelo juiz que preside a audiência de custódia.

Ressalta-se que ambos os ritos procedimentais da audiência de custódia, encontram-se em perfeita consonância com a Resolução 215/2015 do Conselho Nacional de Justiça.

Em relação às finalidades da audiência de custódia, podemos elucidar algumas que claramente fazem parte deste mandamento normativo, como:

1. A unificação e ajuste do processo penal brasileiro, aos tratados, convenções e pactos internacionais de direitos humanos, em consonância com o processo penal democrático visando a convencionalidade. Vale lembrar que até o advento da Lei nº 13.964/2019 não havia previsão legal em nosso ordenamento jurídico.
2. Houve a superação da barreira do papel, trazendo a pessoa ao encontro da autoridade judicial, deixando de lado a frieza do envio do auto de prisão em flagrante conforme o art. 306 do CPP:
3. Assegurou a rápida análise da situação jurídica da prisão, para evitar o ingresso prematuro de pessoas no sistema prisional, tendo em vista que muitas vezes não há a necessidade da prisão, pois existe a possibilidade de a pessoa responder em liberdade.
4. Prevenir e combater a prática de tortura. Coibir atos de tortura, maus tratos, tratamento cruel e degradante que tenham como destinatário o preso no momento de sua detenção até a chegada na audiência de custódia, pois é um direito do preso que tenha resguardada sua integridade física, tendo apenas o direito à liberdade cerceado pelos agentes do Estado, pois a pena não é uma vingança do Estado contra o indivíduo. Nesse sentido, alerta Guilherme Nucci:

O cerceamento da liberdade de um indivíduo, seja ele quem for, independentemente de seu poder aquisitivo, é uma violência. O Estado, ao utilizar a prisão cautelar (antes da condenação) ou a prisão-pena (depois da condenação) não tem por finalidade vingar-se do autor de

um crime. Pensar assim seria diminuir o caráter do Direito Penal a um mero desejo vulgar, que se poderia encontrar num cidadão comum. Os operadores do direito, que devem manter-se firmes no propósito de sustentar um Estado Democrático de Direito, precisam abster-se do sentimento de vingança, adotando, com efetividade, o sentimento de justiça. A diferença básica entre vingança e justiça é o grau de sofrimento ao acusado desejado pelo órgão que impõe a pena. Quem deseja vingança não se importa se o indiciado ou réu sofrer tortura para confessar, por exemplo... afinal, ele mereceu. Quem deseja justiça, acima de tudo, pretende aplicar a pena sem mais sofrimento do que ela representa. (NUCCI, 2016)

Vale lembrar que é vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia, conforme ensina o art. 4º, parágrafo único da Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça:

Art. 4º A audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante.
Parágrafo único. É vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia. (RESOLUÇÃO 213/2015 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA)

5. Ela permite que a autoridade judicial conheça as características pessoais do preso, grosso modo, ela permite que a autoridade veja a pessoa presa, com isso ela ganha características perante a autoridade, um rosto, uma voz, ou seja, torna um contexto real e palpável.

O indivíduo também terá a oportunidade de ter a ciência, bem como a compreensão de suas obrigações, que no caso seriam as medidas cautelares diversas da prisão, que a pessoa terá de cumprir caso a autoridade judicial decida pela sua soltura, sendo orientado que o não cumprimento dessas medidas implicará em sanções, conforme aduz o art. 312, parágrafo primeiro do CPP:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.
§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.
§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

(CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – DECRETO-LEI Nº 3.689/1941)

Então, podemos observar os benefícios trazidos pelas finalidades da audiência de custódia, que resguardaram direitos fundamentais do preso, bem como atendem aos mandamentos constitucionais como veremos a seguir.

3. PAPEL DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL NA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.

255

Podemos afirmar a importância da Constituição está na base que orienta (nordeste) o instituto audiência de custódia, esse sustento jurídico é dado através de Princípios Constitucionais dos quais sem eles tornaria impossível o alinhamento da implementação dessas audiências no nosso ordenamento jurídico pátrio, dentre os quais podemos citar: Princípio do Devido Processo Legal, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Princípio da Presunção de Inocência e Não Culpabilidade, Princípio da Celeridade e Duração Razoável do Processual e por fim o Princípio do Contraditório e Ampla Defesa.

Para um entendimento mais completo e amplo sobre a questão dos princípios, José Afonso da Silva aduz sobre sua definição:

Princípio, etimologicamente, significa causa primária, momento em que algo tem origem, elemento predominante na constituição de um corpo orgânico, preceito, regra, fonte de uma ação. Em Direito, princípio jurídico quer dizer uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas. (SILVA, 2009, p. 85)

Os direitos e garantias fundamentais emanados da nossa Carta Magna, não são absolutos, no sentido de que muitos cometem as transgressões dessas normas, ou seja, eles não impedem que crimes aconteçam, por exemplo quando uma pessoa subtrai coisa alheia móvel de outra pessoa, mediante o emprego de força, esta cometeu o crime roubo (art. 157 do CPB), essa mesma pessoa responderá pelo crime cometido, podendo sofrer cerceamento de sua liberdade, para isso será necessário, para que ela não sofra os arbítrios do estado, ser submetida à um Devido Processo Legal, que encontra-se positivado no art. 5º, LIV, da CF/88, que diz: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Percebe-se que a intenção do legislador foi colocar mais um

limitador ao Estado, no que se refere ao poder punitivo na esfera individual. Esse Princípio é o mandamento de apresentação do preso perante ao juízo competente para avaliar a necessidade da prisão, isso ocorre na audiência de Custódia.

Considerado a base dos Direitos Humanos, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana encontra-se no art. 1º, III da CF/88, onde afirma que um de seus fundamentos é a dignidade da pessoa humana. Vislumbra-se a importância deste Princípio quando notamos a presença do mesmo em vários Tratados de Direitos Humanos do qual o Brasil é signatário. Trazendo para o cenário penal, este Princípio é o mandamento de que todos os direitos fundamentais devem ser respeitados antes, durante e depois da audiência de custódia, pois o preso em hipótese alguma deverá passar por uma situação vexatória como alguma humilhação ou situação degradante, sem falar da tortura.

Capitulado no art. 5º, LVII, da CF/88 que diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O Princípio da Presunção de Inocência e Não Culpabilidade até pouco tempo foi alvo de grande discussão no cenário nacional, sobre a questão da prisão em segunda instância, que atualmente está pacificada pelo Supremo Tribunal Federal que por 6 (seis) votos a 5 (cinco), os Ministros decidiram que a execução provisória da pena após a segunda instância, fere o Princípio da Presunção de Inocência e Não Culpabilidade. Este princípio também encontra amparo nos Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos, vedando o cerceamento do acusado sem antes comprovada a sua culpa.

O dispositivo do art. 5º LXXXVIII, da CF/88 que diz: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. O Princípio da Celeridade e Duração Razoável do Processo está ligada intrinsecamente com o lapso temporal do começo ao fim do processo, devendo sempre buscar o equilíbrio, pois sua rapidez em demasia pode suprimir diretos e garantias.

Este mandamento constitucional tem como destinatário tanto o juiz como o legislador e o principal beneficiado é o jurisdicionado, principalmente aquele que em detrimento de uma prisão em flagrante, terá o direito de passar pelo crivo de uma audiência de custódia, uma vez que um de seus ritos é a apresentação do preso sem demora perante uma autoridade judicial.

O Princípio do Contraditório e Ampla Defesa, está previsto no art. 5º, LV da CF/88 que ensina: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados

em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. O contraditório deve ser entendido como garantia do exercício da ampla defesa no processo. A fase persecutória extrajudicial, também conhecida como inquérito policial não é permitido ao acusado se defender, é justamente nessa seara que a audiência de custódia entra. É o momento único e oportuno nessa fase em que o acusado pode se defender, pois ele será em outras palavras, entrevistado pelo juiz competente sobre a situação da prisão, podendo assim, exercer esse importante princípio que compõe o devido processo legal.

Percebe-se que os princípios supracitados, caminham em consonância com o instituto audiência de Custódia, uma vez que esses mandamentos constitucionais dão amparo para a correta aplicação da mesma, garantindo sua completa efetividade em nosso ordenamento jurídico.

4. PREVISÃO NORMATIVA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA: TRATADOS INTERNACIONAIS QUE VERSAM SOBRE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA, RESOLUÇÃO Nº 213 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E PACOTE ANTICRIME.

Supracitada a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), onde trouxe o primeiro esboço do que se tem hoje como audiência de custódia, passemos agora ao estudo da natureza jurídica desse instituto segundo os Tratados Internacionais que versam sobre audiência de custódia, que foram ratificados pelo Brasil, bem como a importante Resolução Nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e por fim, a Lei. Nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) que trouxe mudanças na legislação extravagante como também no Código Penal Brasileiro e Código de Processo Penal Brasileiro.

Somente nos tempos atuais que se vem ouvindo falar de audiência de custódia, essa terminologia ganhou força ultimamente como veremos mais a frente, mas a exigência da apresentação sem demora do prezo perante uma autoridade competente não é de agora, esse mandamento já é incorporado pelo Brasil através do Decreto Nº 678, de 6 de novembro de 1992, quando o Brasil se tornou signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que ficou conhecida pelo nome da cidade em que foi assinada, Pacto de São José da Costa Rica, onde aduz o artigo 7.5:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer

funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA, 1992)

É nítido neste artigo do CADH, que estão presentes vários princípios constitucionais, mostrando mais uma vez a consonância dos Tratados Internacionais com nosso ordenamento jurídico, por sua vez aplicáveis à audiência de custódia.

Com o intuito de assegurar direitos e garantias fundamentais, os Estados, como o Brasil, que ratificaram o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, através do Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992, firmaram compromisso da proteção de seus jurisdicionados sem distinção de qualquer natureza, protegendo-os dos arbítrios do Estado, bem como de outros cidadãos. Nesse sentido dispõe o item 3 do artigo 9º da Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos (CIDCP):

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz, ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou ser posta em liberdade. (CONVENÇÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1992)

Mesmo o Brasil sendo signatário dos supracitados Tratados Internacionais, não houve interesse por parte do legislador de tornar providências para efetivar a apresentação do indivíduo preso ao juiz. Essa inobservância de normas internacionais acarretou prejuízos incalculáveis ao sistema prisional brasileiro, dando causa à enorme comunidade carcerária percebida atualmente.

Ainda paira uma corrente que a culpa desse encarceramento em massa, seja do aplicador da Lei, e não do legislador, conforme ensina Nucci:

Insiste-se, no Brasil, na ideia de que há superlotação dos estabelecimentos penais, tanto para presos provisórios quanto para condenados em regime fechado. Diante disso, os mesmos que assim sustentam tendem a responsabilizar o Poder Judiciário pela situação, afirmando que os magistrados em geral prendem demais e soltam de menos. Porém, não nos parece seja culpa da Justiça o estado calamitoso de presídios no país. (NUCCI, 2018)

Dados do Conselho Nacional de Justiça, informam que no Brasil, encontram-se mais de 800 mil presos em unidades prisionais e em delegacias espalhadas em todo o país, colocando o Brasil na indesejada terceira colocação dos países que mais encarceram pessoas, ficando atrás apenas dos Estados Unidos (com 2 milhões e 100 mil pessoas encarceradas) e China (com 1 milhão e 600 mil pessoas encarceradas). Infelizmente esses dados só aumentaram com o passar dos anos, essa colocação se deve em parte da cultura de encarceramento que imperou no Brasil por muito tempo e que só agora o legislador voltou os olhos para essa situação prisional caótica em que nosso país vive.

Perante a inércia do Legislador em dar regulamentação ao procedimento que visa a efetivação da audiência de custódia, o Conselho Nacional de Justiça, durante sua 223ª Sessão Ordinária, aprovou, por unanimidade, a Resolução nº 213, de 15/12/2015, que norteia procedimentos acerca da audiência de custódia. Essa regulamentação vem para alinhar os procedimentos em todos os Tribunais do Brasil, visto que havia uma celeuma jurídica sobre assunto, pois expressamente ainda não havia em nosso ordenamento jurídico o instituto audiência de custódia.

Em janeiro de 2016, essa resolução foi alvo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, promovida pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES), sob o argumento da incompetência do CNJ para editar normas, felizmente nem chegou a ser apreciado por falta de legitimidade da associação, conforme a ementa da ADI 5448:

EMENTA: Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Norma que repercute sobre toda a magistratura nacional. Associação Nacional de Magistrados Estaduais (ANAMAGES). Entidade representativa dos interesses dos magistrados que integram a Justiça dos estados da Federação e do Distrito Federal e Territórios. Parcela da categoria profissional. Ilegitimidade ativa. Agravo que se nega provimento.

1 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal orientou-se no sentido de que não detém legitimidade ativa ad causam para o controle

concentrado de constitucionalidade a associação profissional sobre a qual repercute o ato normativo impugnado. Precedentes.

2 A Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (ANAMAGES), entidade representativa dos interesses dos magistrados que integram a Justiça dos Estados da Federação e do Distrito Federal e Territórios (art. 2º, a, do Estatuto), não tem legitimidade para impugnar Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, a qual contém dispositivos que repercutem sobre toda magistratura nacional.

3 Agravo regimental a que se nega provimento. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL)

O rito da audiência de custódia encontra-se positivado no art. 8º da Resolução 213/2015 do CNJ, nele contém basicamente a entrevista que é feita pela autoridade judicial com destinatário o preso, será feita sua devida qualificação, como também a verificação de alguns direitos, como o do silêncio, conforme ensina nossa Carta Magna.

O uso da algema atenderá ao mandamento da SÚMULA VINCULANTE 11 DO STF, que versa sobre o correto emprego da algema, ou seja, usada somente em casos excepcionais, a regra é não estar algemado durante a entrevista. É direito do preso ter a oportunidade de comunicar seus familiares sobre sua situação, bem como ser disponibilizado atendimento médico para ele.

É importante observar que a autoridade judicial irá indaga-lo sobre o tratamento que recebeu entre o momento da prisão até a audiência de custódia, fazendo a pergunta direta se o mesmo sofreu tortura ou maus tratos, daí a importância de não estarem presentes na audiência os policiais que efetuaram sua detenção, pois isso implicaria de forma nítida de intimidação, comprometendo a resposta do preso. Colhida as respostas, a autoridade judicial terá os elementos básicos para decidir acerca da permanência ou não da prisão, bem como a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Passemos agora ao estudo da Lei. Nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, que veio para tornar expressa em nosso ordenamento jurídico a audiência de custódia, vale lembrar que o advento dessa Lei, não tornou inócua a Resolução 213/2015 do CNJ, muito pelo contrário, a Resolução ainda vigora e complementa o novo

mandamento Processual Penal. O caminho percorrido de vários anos até a sua normatização expressa no Código de Processo Penal Brasileiro foi longo, e junto com eles vieram os prejuízos já mencionados. Atualmente a audiência de custódia ganhou força e um alinhamento definitivo.

De acordo com o art. 310 do CPP, o juiz deve promover audiência de custódia no prazo de 24 horas da prisão, obrigatoriamente com a presença do advogado do réu, o próprio réu, bem como do membro do Ministério Público, analisando tão somente o momento da prisão, ficando de fora a motivação (suposto crime), que ampare a prisão do indivíduo:

Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz **deverá promover audiência de custódia** com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o **membro do Ministério Público**, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (...)” (art. 310, caput CPP, grifamos). A continuidade permaneceu inalterada: relaxar a prisão ilegal; converter o flagrante em preventiva se presentes os requisitos do art. 312 do CPP e não for adequada outra medida cautelar; conceder liberdade provisória. (NUCCI, 2020)

Outra inovação trazida pelo supracitado artigo, é: “editou-se a lei 13.964/19, com algumas alterações no Código de Processo Penal, dentre as quais a vedação de o juiz decretar a prisão preventiva, de ofício, também durante a fase de instrução criminal” (NUCCI, 2020).

Essa foi a odisseia percorrida pela audiência de custódia, até sua positivação em nosso ordenamento jurídico, agora resta o esforço dos Tribunais para seguir corretamente na aplicação deste mandamento normativo tão importante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é salutar a importância da efetivação da Audiência de Custódia em nosso ordenamento jurídico. Desde o pós-guerra (Segunda Guerra Mundial), até os dias atuais, ela passou por várias modificações e até sua consolidação como medida de assegurar Direitos Fundamentais, sofreu tentativas de sua não aplicação, tentativas frustradas, graças a tendência das Nações na busca da consolidação dos Direitos Humanos.

A cultura do encarceramento está ligada diretamente à efetivação tardia da audiência de custódia, o legislador pecou em seu silêncio de morte por um lapso temporal considerável entre os Pactos Internacionais firmados pelo Brasil, até sua primeira positivação expressa no Código de Processo Penal Brasileiro, pois havia apenas uma Resolução do Conselho Nacional de Justiça, onde trazia o mandamento da apresentação do preso sem demora perante a presença de uma autoridade judicial competente para avaliar a condição em que o mesmo foi preso.

A consequência tardia da implementação da audiência de custódia foi o encarceramento em massa de pessoas, que em tese, se passassem pela referida audiência, estariam respondendo ao processo em liberdade e/ou cumprindo sua pena com medidas cautelares diversas da prisão.

Outra consequência negativa foi o estigma trazido com a Audiência de Custódia, ela ainda é vista por muitos como uma “audiência para soltar bandido” e não como um mecanismo processual para resguardar Direitos Fundamentais. Por outro lado, temos as consequências positivas da mesma, podemos falar da redução significativa de presos provisórios nas cadeias públicas do país, contribuindo para a diminuição da superpopulação carcerária existente no Brasil, porém, isso ainda não afasta o destaque que o Brasil tem no âmbito internacional como um dos países que mais encarceram pessoas no mundo.

Portanto, fazendo a ponderação entre antes e depois da audiência de custódia, nota-se que a efetiva aplicação dos Princípios Constitucionais, bem como o resguardo dos direitos fundamentais aplicáveis aos Direitos Humanos, teve como consequência a otimização do processo penal.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Brasil tem mais de 773 mil encarcerados a maioria no regime fechado.** Disponível em: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/brasil-tem-mais-de-773-mil-encarcerados-maioria-no-regime-fechado>. >. Acesso em: 07 de out de 2020.

ANDRADE, M. M. de. **Introdução à metodologia do trabalho científico.** 5.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 16 de out 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Poder Judiciário. Audiência de Custódia. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-eexecucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em: 20 de outubro 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Poder Judiciário. BNMP 2.0 revela o perfil da população carcerária brasileira. 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacaocarceraria-brasileira>>. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Poder Judiciário. Audiência de Custódia. 2015. Disponível em: Acesso em: 20 de outubro de 2020.

_____. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

_____. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

_____. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

_____. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Brasília, DF, Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015presidencia.pdf>. Acesso em: 31 de outubro de 2020.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 554, de 2011. Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Brasília, DF, Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>>. Acesso em: 31 de outubro de 2020.

_____. Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso: 16 de outubro 2020.

_____, **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 16 de outubro de 2020.

CONJUR. A lei 'anticrime' e a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva ex officio. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-15/sidney-duran-lei-anticrime-prisao-preventiva>> Acesso em: 31 de outubro de 2020.

264

CONVENÇÃO CONTRA TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES. Adotada em Assembléia Geral das Nações Unidas. 1984, Nova York. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politicaexterna/ConvTortTratPenCruDesDegr.html>>. Acesso em: 07 de novembro de 2020.

COSTA. Cesar Ramos da; TURIEL. Plinio de Freitas. A Audiência de Custódia como medida de proteção de direitos humanos. Disponível em: <http://www.ipdd.org.br/conteudo_284_a-audiencia-de-custodia-como-medida-deprotecao-de-direitos-humanos.html>. Acesso em 07 de outubro de 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> Acesso em: 07 de outubro de 2020.

JUSBRASIL. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863991068/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5240-sp-sao-paulo-8621360-8620151000000/inteiro-teor-863991085?ref=serp>> Acesso em: 31 de outubro de 2020.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim. A audiência de custódia não pode servir de indução de respostas por conduzidos e nem subverter a presunção de veracidade e legitimidade dos atos policiais. 2018. Disponível em: <<https://joaquimleitaojunior.jusbrasil.com.br/artigos/643641198/a-audiencia-decustodia-nao-pode-servir-de-inducao-de-respostas-por-conduzidos-e-nem-subvertera-presuncao-de-veracidade-e-legitimidade-dos-atos-policiais>>. Acesso em: 07 de novembro de 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. 4. ed. Salvador: Ed.JusPodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>>. Acesso em: 07 de novembro de 2020.

MASI, Carlo Velho. Audiência de custódia e a cultura do encarceramento no Brasil. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Os mitos da audiência de custódia. 2015. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-decustodia-2>>. Acesso em: 31 de outubro de 2020.

_____, Guilherme de Souza. Prisão não é vingança, prisão é necessidade. 2016 Disponível em: <<https://guilhermenucci.com.br/prisao-nao-e-vinganca-prisao-e-necessidade-ou-pena/>>. Acesso em: 01 de novembro de 2020

_____, Guilherme de Souza. Conversão de flagrante em preventiva novas reflexos. 2020 Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/conversao-de-flagrante-em-preventiva-novas-reflexoes/>. > Acesso em: 01 de novembro de 2020

_____, Guilherme de Souza. Superlotação de presídios, responsabilidade de quem? 2018. <https://guilhermenucci.com.br/superlotacao-de-presidios-responsabilidade-de-quem/> Acesso em: 01 de novembro de 2020

OLIVEIRA, Gisele Souza de et al. Audiência de Custódia: Dignidade Humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Lei 12.403/2011)). 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PAIVA, Caio. (2018). Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro. [versão Kindle]. Disponível em: <<http://www.amazon.com/>>. Acesso em: 07 de novembro de 2020.

STF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 16 de outubro de 2020.

STF. Plenário confirma validade de normas do TJ-SP sobre audiências de custódia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298112&caixaBusca=N>. Acesso em: 16 de outubro de 2020.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA ÀS MULHERES: UMA ANÁLISE SOBRE A BUSCA AO ACESSO À JUSTIÇA NO MUNICÍPIO DE ITACOATIARA-AM.

DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN: AN ANALYSIS ON THE SEARCH FOR ACCESS TO JUSTICE IN THE MUNICIPALITY OF ITACOATIARA-AM.

266

Jhenny Fernanda dos Santos Higino

Jane Silva da Silveira

RESUMO

A violência doméstica é uma questão de interesse de toda sociedade contemporânea e objeto de estudo de várias áreas do conhecimento, dentre elas a psicologia, o serviço social, as ciências sociais e as ciências jurídicas. O presente trabalho tem uma importância contextual extremada, pois discorre sobre a violência doméstica, tomando como recorte de pesquisa a população do Município de Itacoatiara, situada na região metropolitana de Manaus. Inicialmente discorreremos sobre a violência doméstica contra a mulher analisando a busca de acesso fomentada pelo poder público. Tomando como base o fato de que o objetivo geral tem seus desdobramentos através dos objetivos específicos, são estes, portanto :1. Analisar a trajetória histórico-político do enfrentamento à violência doméstica e familiar; 2. Investigar os efeitos do Projeto Casa de Maria como instrumento pedagógico no combate à violência doméstica no Município de Itacoatiara. Utilizou-se uma pesquisa teórica com abordagem qualitativa e quantitativa.

PALAVRAS-CHAVE: Violência doméstica; Projeto Casa de Maria; Justiça; Lei Maria da Penha; Itacoatiara.

ABSTRACT

Domestic violence is a matter of interest to all contemporary society and the object of study in several areas of knowledge, including psychology, social work, social sciences and also legal sciences. The present work has an extreme contextual importance, as it discusses domestic violence, taking as a research clipping the population of the Municipality of Itacoatiara, located in the metropolitan region of Manaus. Initially, we discussed domestic violence against women, analyzing the search for access fostered by the public authorities. Based on the fact that the general objective has its consequences through specific objectives, these are, therefore: 1. Analyze the historical-political trajectory of facing domestic and family violence; 2. Investigate the effects of the Casa de Maria Project as a pedagogical tool in combating domestic violence in the municipality of Itacoatiara. A theoretical research with a qualitative and quantitative approach was used.

KEYWORDS: Domestic violence; Casa de Maria Project; Justice; Maria da Penha Law; Itacoatiara.

INTRODUÇÃO

Qualquer pesquisa que verse sobre um tema inerente à Violência Doméstica e Familiar, que não pretenda ser superficial, precisa ser radical, rigorosa e sistemática, além disso, faz-se necessário um diálogo holístico com as diversas áreas de conhecimento. Com efeito, é nesta senda que este artigo trilha, tendo em vista que se toma a Violência Doméstica e Familiar como tema interdisciplinar, embora enfoquemos a questão do acesso na dimensão jurídico-legal.

O acesso à justiça, é importante destacar, não se trata apenas de atendimento das vítimas em delegacias especializadas, trata-se de acesso à justiça que é abarcada pela legislação pertinente que se funda no direito fundamental da dignidade da pessoa humana.

Dados oficiais do Estado do Amazonas, apontados por Lemes (2020) aduzem que “12.984 mulheres foram vítimas de violência doméstica de janeiro a julho deste ano. Já o número de casos de mulheres que sofreram lesão corporal no mesmo período, chegou a 1.697”. Destarte, trata-se de um número exacerbado tendo em vista ser dados referentes ao primeiro semestre e que nos colocam diante de uma realidade que precisa de inferência zelosa por parte do Poder Público.

Tendo os dados alarmantes citados acima, se faz necessário compreender o acesso à justiça por parte das vítimas que sofrem o tipo de violência em discussão, é ele que serve de termômetro para se visualizar os reais efeitos das políticas públicas de enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar, que tem sido uma bandeira internacional dos Direitos Humanos e uma necessidade moral da sociedade contemporânea.

O acesso à justiça ao que se refere este trabalho pode ser compreendido como “o exercício de um conjunto de direitos fundamentais formados sobre uma base de igualdade, com a finalidade de garantir a solução de conflitos mediante os procedimentos estabelecidos pelas leis de um país”.(COPELLO,2017,p2)

Embora parta-se um contexto de política nacional, busca-se compreender como se dá o acesso à política de combate à violência a mulher, tomando como recorte de

pesquisa, os atendimentos da “Casa de Maria”, no Município de Itacoatiara, no Estado do Amazonas.

O objetivo geral desta pesquisa é discorrer analiticamente sobre a Violência Doméstica contra às mulheres no município de Itacoatiara à medida que se investiga a busca de acesso à justiça fomentada pelo poder público.

Os objetivos específicos por sua vez são: 1. Analisar a importância do Projeto Casa de Maria na assistência das vítimas de violência doméstica e familiar; 2 Investigar os efeitos do Projeto Casa de Maria como instrumento pedagógico no combate à violência doméstica no Município de Itacoatiara.

Estruturalmente o trabalho segue a seguinte sequência didática na qual inicialmente, busca-se compreender a Violência Doméstica e Familiar, no plano conceitual e de definições e em seguida, investiga-se a trajetória histórica, bem como a Política de Enfrentamento no cenário nacional. Por fim, investiga-se, o acesso tomando como base as ações do Poder Público no Estado do Amazonas, tomando como recorte populacional as mulheres itacoatiarenses que procuram acesso à justiça especializada em combate à Violência Doméstica e Familiar.

Adotou-se uma pesquisa teórica com abordagem qualitativa, tendo em vista que a mesma “não implica imediata intervenção na realidade, mas nem por isso deixa de ser importante, pois seu papel é decisivo na criação de condições para a intervenção” (BAFFI, 2016). Assim, fez-se necessário buscar aporte teóricos em obras específicas sobre o tema, enfocando a legislação pertinente, além de buscar dados e informações nas instituições que envolvem a problemática no campo prático.

1.VIOLÊNCIA: ETIMOLOGIA, DEFINIÇÕES E TIPOS DE VIOLÊNCIA.

A violência contra as mulheres é um dos maiores desafios impostos ao Estado brasileiro, aponta o relatório da comissão parlamentar de inquérito do Senado Federal (Brasil, 2013) apresentada pela então senadora Ana Rita. Com efeito, a Violência Doméstica, constitui violação aos direitos humanos e que são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Ampliando a discussão, buscamos compreender os conceitos, as definições e os tipos de Violência Doméstica.

Tem-se discutido sobre a Violência Doméstica contra a mulher em antes de aprofundarmos mais o tema, é mister entender o a definição de violência e neste sentido, leciona a Equipe editorial (2020):

Remonta ao latim como violentia, associada ao adjetivo violentus, distinguindo o comportamento violento de um indivíduo, sobre vis, por força ou vigor, com raiz no indo-europeu *weie-, em alusão a querer pegar algo com tenacidade. É a imposição forçada de uma pessoa a outra, independentemente da forma, contexto e nível de relacionamento ou parentesco, sobre o qual os organismos estatais e a justiça têm a obrigação de velar. Pode surgir na privacidade da família, bem como no local de trabalho. Destacam figuras legais como violência institucional ou violência de gênero, bem como a distinção de pessoas que agem violentamente, cientes de suas ações apesar de não poderem controlar seus impulsos.

O sentido da palavra violência que é oriunda do etmo latim violentia já aponta a essência semântica da palavra em questão que é definida de forma objetiva e simples, por Michaelis como “Qualidade ou característica de violento; Ato de crueldade; Emprego de meios violentos; Fúria repentina; Coação que leva uma pessoa à sujeição de alguém”. Percebe-se que a palavra violência implica em vários sentidos e estes levam a existência de vários tipos.

Assim, de acordo com a Organização Mundial da Saúde (2020) existem três grupos de quem comete atos de violência que são: a violência autoprovocada, a violência interpessoal e violência coletiva. Destaca-se que a Violência Doméstica se enquadra na violência interpessoal.

Tendo em vista posto os tipos e conceitos sobre violência e para fins de conclusão sobre o conceito de Violência contra a mulher, diz respeito, segundo a ONU(1993) à todo ato de violência que tenha e que possa ter como resultado um dano como o sofrimento físico, sexual ou psicológico para a mulher, inclusive as ameaças e seus atos de coação, ou a privação arbitrária de sua liberdade, tanto que se procedam em sua vida pública ou privada.

a. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E SEUS TIPOS

A Violência contra a mulher não é algo natural, pelo contrário está atrelada a uma construção histórica e social, que tem sua gênese no patriarcalismo das sociedades

antigas (Leite e Noronha, 2015). Assim, para compreender este fenômeno violento, é importante compreender as raízes dele.

Inicialmente, faz-se necessário compreender o que vem a ser a Violência Doméstica, e neste sentido leciona Pinafi (2007):

A violência contra a mulher é produto de uma construção histórica — portanto, passível de desconstrução — que traz em seu seio estreita relação com as categorias de gênero, classe e raça/etnia e suas relações de poder. **Por definição, pode ser considerada como toda e qualquer conduta baseada no gênero, que cause ou passível de causar morte, dano ou sofrimento nos âmbitos: físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na privada.** (grifo nosso)

270

Assim a violência contra a mulher, na qual se inclui a Violência Doméstica refere-se às condutas que causam danos físicos, sexual ou psicológico e também além da morte, considera-se violência doméstica, os danos morais e patrimoniais, como corrobora a Lei 11.340/2006

Art. 5º: Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – No âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. (BRASIL, 2006)

De forma lacônica e objetiva a violência doméstica e familiar se caracteriza por atos de agressão ou omissão que se dão nas seguintes formas: física, psicológica, moral, sexual e patrimonial.

Quando tratamos sobre Violência Doméstica, é mister atentar que se trata de uma luta contínua e dinâmica, no que tange ao direito internacional, e neste sentido tomar como base os conceitos e definições, também de forma mundialmente aceito, assim, por derradeiro a Organização Mundial da saúde aduz que:

Todo ato de violência baseado em gênero, que tem como resultado, possível ou real, um dano físico, sexual ou psicológico, incluídas as ameaças, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, seja a que

aconteça na vida pública ou privada. Abrange, sem caráter limitativo, a violência física, sexual e psicológica na família, incluídos os golpes, o abuso sexual às meninas, a violação relacionada à herança, o estupro pelo marido, a mutilação genital e outras práticas tradicionais que atentem contra mulher, a violência exercida por outras pessoas – que não o marido - e a violência relacionada com a exploração física, sexual e psicológica e ao trabalho, em instituições educacionais e em outros âmbitos, o tráfico de mulheres e a prostituição forçada e a violência física, sexual e psicológica perpetrada ou tolerada pelo Estado, onde quer que ocorra”.(OMS, 1998, p.7).

A definição acima é mais ampla e foi elaborada e publicada na Eliminação da Violência Contra a Mulher, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1993 e nos parece a mais completa e concatenada com a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Sabendo-se as definições e conceitos sobre a Violência Doméstica, é mister compreender os tipos de Violência Doméstica, e estes estão tipificados no corpo da Lei Maria da Penha, especificamente no Capítulo II, no Artigo 7º e incisos I, II, III, IV e V, conseqüentemente e são : Violência física; Violência psicológica; Violência moral; Violência sexual e Patrimonial.

1.2 TIPOS DE VIOLÊNCIA

Os tipos de Violência Doméstica aqui tratados, são os postos na Lei 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, conforme citados anteriormente.

A Violência Física é “Entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher.” (IMP,2020) e neste tipo de violência, se encontram: Espancamento; Os atos de arremessar objetos; Sacudir a vítima; Apertar seus braços; Estrangulamento ou Sufocamento; Lesões das mais diversas formas e; Tortura.

A Violência Psicológica é “considerada qualquer conduta que: cause dano emocional e diminuição da autoestima; prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento da mulher; ou vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões” (IMP,2020.).

São casos de Violência Psicológica: Ameaça; Constrangimento; Humilhação; Manipulação; Isolamento (proibição de contato com amigos e parentes); Vigilância

constante; Chantagem; Tirar a liberdade de crença e; Distorcer e omitir fatos para deixar a mulher em dúvida sobre a sua memória e sanidade (gaslighting); entre outros.

De acordo com o IMP (2020) a Violência Sexual “Trata-se de qualquer conduta que constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força”. Neste caso se encontram: O estupro; o ato de obrigar a mulher a fazer atos sexuais que causam desconforto ou repulsa; Impedir o uso de métodos contraceptivos ou forçar a mulher a abortar; Limitar ou anular o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher; entre outros.

Violência Patrimonial é “Entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades”. (IMP, 2020).

São exemplos de Violência patrimonial: Controlar o dinheiro; Destruição de documentos pessoais; Furto, extorsão ou dano; Estelionato; Privar de bens, valores ou recursos econômicos; causar danos propositais a objetos pertencentes a vítima; entre outros.

Violência Moral “É considerada qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria” de acordo com o IMP (2020).

É Violência Moral: Acusar a mulher de traição; Emitir juízos morais sobre a conduta da vítima; Expor a vida íntima; Rebaixar a mulher por meio de xingamentos que digam respeito a sua índole; Desvalorizar a vítima pelo seu modo de se vestir; entre outros.

2. TRATADOS INTERNACIONAIS, CONVENÇÕES E CONFERÊNCIAS.

A fim de compreender o processo histórico mundial que envolve a questão dos direitos das mulheres, bem como toda discriminação de gênero e combate à Violência Doméstica e Familiar, compilamos os principais documentos pertinentes às conquistas, em se tratando de Tratados Internacionais, Convenções e Conferências. Percebe-se conforme o quadro abaixo, que a questão dos Direitos Internacionais da Mulher sempre foram pautas dos Direitos Humanos, uma vez, estar atrelado à dignidade da pessoa humana.

Quadro 1: Tratados Internacionais, Convenções e Conferências

Principais Documentos Internacionais para a Promoção dos Direitos das Mulheres e da Igualdade de Gênero
Carta das Nações Unidas (1945)
Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).
Convenção Interamericana Sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher (1948)
Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1953).
Convenção da OIT no. 100 (1951).
Convenção da OIT no. 103 (1952).
Convenção da OIT no. 111 (1958).
Convenção da OIT no. 156 (1981).
Convenção da OIT no. 171 (1990).
Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial - CERD (1966).
Convenção Americana de Direitos Humanos, São José (1969).
I Conferência Mundial sobre a Mulher (Cidade do México, 1975).
Convenção Para Eliminar Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher - CEDAW (1979).
II Conferência Mundial sobre a Mulher (Copenhague, 1980).
III Conferência Mundial Sobre a Mulher (Nairóbi, 1985).
Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio, 92).
II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993).

III Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Cairo, 94).
Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará (1994).
IV Conferência Mundial sobre a Mulher (Beijing, 95).
II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos- Habitat II'96 (Istambul, 96).
Declaração do Milênio (2000).
III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e formas Conexas de Intolerância (Durban, 2001).
Convenção e Recomendação da OIT sobre Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos (Genebra, 2011).

Fonte: Observatório de Gênero(adaptado)

3. LEIS NACIONAIS INERENTES AO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Sabe-se que houve no mundo toda uma discussão no plano dos direitos internacionais no sentido de fazer existir direitos às mulheres, colocando-as no mesmo patamar dos homens, assim não havendo discriminação, e relações de superioridade de um gênero em relação a outro.

Há uma contínua e dinâmica por parte da sociedade mundial que sempre esteve nas trincheiras buscando garantir a Dignidade da Pessoa Humana para todos, inclusive às mulheres, que socialmente sempre foi parte vulnerável em cenários de sociedades patriarcais, que produziam uma cultura machista.

A luta pelos direitos das Mulheres, no que concerne ao combate à Violência Doméstica, é uma discussão que está dimensionada na garantia da Dignidade da Pessoa Humana, e para buscar garantir essa Dignidade, foi necessário, no Brasil, existir uma Lei específica, que não foi aprovada com tanta brevidade, no sentido de um tema urgente. É importante frisar que antes de entrar no ordenamento jurídico nacional, e em relação a isso aduz Martins (2020) “Antes desta data, os homens, histórica e culturalmente

tenham liberdade para agredir indiscriminadamente suas companheiras sem receber as merecidas punições. Uma questão de gênero enraizada desde muitos séculos”.

O Brasil já era signatário da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres desde o ano de 1984, porém desde então não houve nenhuma movimentação política no sentido de fomentar uma lei concernente à proteção das mulheres, fato este que mostra que havia uma predominância masculina conservadora no parlamento que não tinha interesse em criar uma lei específica relativa à Convenção mencionada acima.

Reprisa-se que o Estado foi inerte em relação aos direitos e garantias das mulheres, inclusive no combate à Violência Doméstica, até ocorrer o escândalo judiciário percebido no famigerado caso de “ Maria da Penha” que forçou no plano internacional que o Brasil se enquadrasse, numa realidade contextual contemporânea mais racional como leciona Almeida, Nascimento, Costa e Outros (2005,p5) que, diante da omissão e negligência do poder judiciário, a CEJIL-Brasil

Assim, em virtude da pressão internacional, no ano de 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu Informe nº 54, responsabilizou e condenou o Estado brasileiro por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres. Fato este que acarretou constrangimento ao Estado brasileiro, fazendo com que cumprisse os tratados internacionais dos quais é signatário.

Percebe-se que o caso Maria da Penha, apontou que o Brasil, assinava tratados, participava de Convenções e Conferências, dando uma ideia de uma nação preocupado com a os direitos e garantias das mulheres, mas no plano prático, havia uma política e uma legislação indiferente à realidade posta. O caso de Maria da Penha mostrou a realidade da mulher brasileira às veias abertas para a sociedade internacional.

Destacando esse contexto vergonhoso:

O Brasil ignorou os pedidos de esclarecimento enviados de Washington. Ante o silêncio, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos decidiu em 2001 fazer uma condenação pública, para que o mundo ouvisse. Acusou o país de covardemente fechar os olhos à violência contra suas cidadãs. **Foi uma humilhação internacional.** Só então o governo começou a se mexer por uma lei contra a violência doméstica. Organizações feministas ajudaram na redação do projeto. A pressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos também foi decisiva para que o marido de Maria da Penha fosse posto atrás grades, em 2002 — 19 anos e meio após os atentados. Os crimes caducariam aos 20 anos.

Em 2006, o projeto foi aprovado pela Câmara e pelo Senado e sancionado por Luiz Inácio Lula da Silva, o presidente na época. A Lei 11.340 ganhou o apelido de Lei Maria da Penha — justa homenagem à mulher que se recusou a aceitar a inércia das instituições e mudou o destino das brasileiras para sempre. (Jornal do Senado)

Como se percebe somente no ano de 2006 é que o Brasil passou a ter uma lei específica que introduz no plano positivado do ordenamento jurídico um instrumento concreto que combate a Violência contra as mulheres, cinco anos após ser condenado publicamente pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Mesmo sendo o Brasil signatário, ser integrante e participar de Conferências, Convenções e Tratados, só podemos considerar a realidade concreta como corte epistemológico e histórico, a entrada da Lei 11.340 no ordenamento jurídico. Com efeito é esse acontecimento que coloca o Brasil no caminho da decência humana no que se refere a Dignidade da pessoa Humana.

A Lei Maria da Penha, tenta romper com uma tradição patriarcal legalmente criminoso que remonta ao período de Brasil Colônia, como se constata:

A vida do Brasil colonial era regida pelas Ordenações Filipinas, um código legal que se aplicava a Portugal e seus territórios ultramarinos. Com todas as letras, as Ordenações Filipinas asseguravam ao marido o direito de matar a mulher caso a apanhasse em adultério. Também podia matá-la por meramente suspeitar de traição — bastava um boato. Previa-se um único caso de punição. Sendo o marido traído um “peão” e o amante de sua mulher uma “pessoa de maior qualidade”, o assassino poderia ser condenado a três anos de desterro na África. No Brasil República, as leis continuaram reproduzindo a ideia de que o homem era superior à mulher. O Código Civil de 1916 dava às mulheres casadas o status de “incapazes”. Elas só podiam assinar contratos ou trabalhar fora de casa se tivessem a autorização expressa do marido. (Jornal do Senado)

A partir da existência deste instrumento legal que fomenta um combate à Violência Doméstica, urge também que haja políticas afirmativas por parte do Estado, neste sentido, inclusive ensejando uma nova cultura pautada na consciência de uma sociedade que não se cale diante das atrocidades causados pela Violência Doméstica.

Tendo em vista uma nova realidade contextual, este ano de 2020, o Congresso Nacional corroborou a lei Maria da Penha, através da Lei 14.022/2020, de autoria da Deputada ativista Maria do Rosário e mais 22 congressistas da bancada feminina, “a Lei para tentar conter o aumento de casos de violência doméstica no país. (...)ampliou o

alcance das medidas também para pessoas com deficiência que sofram violência doméstica e familiar.” (Agência Senado, 2020).

Tendo em vista a importância da Lei Maria da Penha na história do Brasil, no que tange à proteção à Dignidade da Pessoa Humana tendo como foco as mulheres, assim, cabe-nos analisar os efeitos da Lei ao que concerne às políticas públicas por parte do Estado.

Assim, é importante atentar e investigar como se dá o atendimento, o acesso à justiça por parte das vítimas de Violência Doméstica, tendo em vista que há uma lei específica para estes casos.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS: DO PLANO POSITIVADO AO PLANO CONCRETO.

De acordo com a Carta Magna de 1988, no Artigo “Todos são iguais perante a lei” e ainda acrescenta no Inciso I, do artigo mencionado que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. O Direito Fundamental à igualdade entre homens e mulheres pressupõe, inicialmente, que a Dignidade da Pessoa Humana é indistinta em relação ao gênero. Assim, é mister destacar que a letra da Lei Maior do Estado trata todos no mesmo nível, e este nível é o da dignidade, da equidade e igualdade, na contramão Oliveira e Cavalcante(2007) afirma “que na prática os direitos fundamentais não são acessíveis a todo e qualquer cidadão, em virtude principalmente da não observância da igualdade e da dignidade da pessoa humana”.

Neste cenário dicotômico entre lei e fomento de políticas públicas há fissuras que não concatenam a teoria (Lei) e ações governamentais (Políticas públicas), e sem essa práxis político-legal é impossível combater a Violência Doméstica que está dimensionada na violência de gênero.

No que tange as primeiras iniciativas concretas corrobora Oliveira e Cavalcante (2017, p11):

A primeira experiência de implantação de uma política pública de combate à violência contra as mulheres no Brasil ocorreu em 1985 com a criação da Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher-DEAM. No mesmo ano foi constituído o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. Em 1986, foi criada a primeira Casa-Abrigo para mulheres em situação de risco de morte do país. Essas três importantes conquistas da luta do movimento feminista no Brasil foram, durante

muito tempo, as principais ações do Estado voltadas para a promoção dos direitos das mulheres no enfrentamento à violência.

Vem-se reprisando ao longo deste trabalho que o combate à Violência Doméstica é fruto de manifestações e reivindicações aguerridas e organizadas e ainda nos idos dos anos da década de 1980 houve a criação da Delegacia especializada de atendimento à Mulher, também foi criado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher e a primeira Casa-Abrigo.

A atenção à Mulher passa a ser enfocada de forma mais prioritárias a partir do ano 2003, como aduz Oliveira e Cavalcante (2017) apud Pasinato e Santos (2008), inaugurou-se uma nova fase nas políticas públicas de âmbito nacional relacionadas às mulheres, com a criação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, a qual recebeu o status de ministério, com orçamento próprio, poderes e autonomia administrativa para criar e executar políticas públicas voltadas para a ampliação e a garantia dos direitos das mulheres.

Assim, a política de enfrentamento à violência contra as mulheres foi ampliada no sentido de promover a implantação de novos serviços e de propor a construção de Redes de Atendimento às mulheres em situação de violência. (grifo nosso)

Percebe-se que a política de enfrentamento à violência contra as mulheres ganha uma dimensão mais concreta, institucional e objetiva a partir de 2003, quando passa haver um direcionamento a partir de diretrizes do Governo Federal com a criação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres que assim implementa a criação das redes de Atendimento às mulheres em situação de violência.

No sentido de políticas públicas podemos aduzir que a Política Nacional estabelecida a partir do ano de 2003, colocaram o Brasil numa direção político-legal das Nações que respeitavam os Tratados, Convenções e Conferências, como sintetiza BRASIL (2011):

A Política Nacional encontra-se, também, em consonância com a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e com convenções e tratados internacionais ratificados pelo Brasil, tais como: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1981) e a Convenção Internacional contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas (Convenção de Palermo, 2000). Desse modo, a

elaboração da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres pela Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM) tem como objetivo explicitar os fundamentos conceituais e políticos do enfrentamento à questão, que têm orientado a formulação e execução das políticas públicas formuladas e executadas - desde a criação da SPM em janeiro de 2003 - para a prevenção, combate e enfrentamento à violência contra as mulheres, assim como para a assistência às mulheres em situação de violência.

No contexto desse novo olhar de uma política pública voltada para às mulheres é que se estabelecem diretrizes amplas para o enfrentamento à violência doméstica como se percebe:

A partir de 2003, as políticas públicas para o enfrentamento à violência contra as mulheres são ampliadas e passam a incluir ações integradas, como: criação de normas e padrões de atendimento, aperfeiçoamento da legislação, incentivo à constituição de redes de serviços, o apoio a projetos educativos e culturais de prevenção à violência e ampliação do acesso das mulheres à justiça e aos serviços de segurança pública.(BRASIL, 2011).

Embora em 1986, já existisse um Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, uma verdadeira política pública de enfrentamento à violência contra as mulheres passa a existir somente a partir do ano de 2003 e assim busca-se entre as metas estabelecidas incentivar a constituição de redes de serviços, projetos educativos e culturais, além de buscar a ampliação do acesso das mulheres à justiça e aos serviços de segurança pública.

5. O ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES: DO ACESSO À JUSTIÇA E OS SERVIÇOS DE SEGURANÇA PÚBLICA NO ESTADO DO AMAZONAS.

Vimos que a trajetória histórico-legal dos direitos inerentes às mulheres, principalmente no que se refere a dignidade da pessoa humana e à da igualdade de direitos e deveres caminha no Brasil em marcha lenta, mas tem alcançado os estados e inclusive tem alcançado cidades interioranas, que é o caso do Município de Itacoatiara, que desde o ano de 2019, tem tentado viabilizar acesso à justiça e a segurança pública para as mulheres vítimas de Violência Doméstica.

De acordo com o Senado Federal (2011) em relatório tratando sobre as políticas de enfrentamento do plano nacional, o Estado do Amazonas assinou o Pacto com a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM) em 2009, tendo como municípios polos dez municípios, inclusive o Município de Itacoatiara. De acordo com o Mapa da Violência (2003), o Amazonas tinha uma taxa de 3.8 homicídios femininos para cada cem mulheres. Com efeito, o Governo do Estado do Amazonas passou a fomentar ações práticas o que tange ao enfrentamento ao combate à violência a mulher como se percebe:

Quadro 2: Ações Previstas para implementação do Pacto entre os anos de 2011 e 2014.

Quadro 74: Ações Previstas para implementação do Pacto entre os anos de 2011 e 2014

Ação	Órgão Estadual e/ou Municipal Responsável
Implantação do Núcleo de Atendimento às Vítimas de Violência Sexual, Doméstica e familiar e outras violências no IML.	Secretaria de Estado de Segurança Pública – SSP.
Criação da Central de Notificações e Central de Transportes	Secretaria de Estado de Segurança Pública – SSP.
Implantação e estruturação de um Banco de Dados sobre a situação da violência contra a Mulher no Estado do Amazonas.	Secretaria de Estado de Assistência Social e Cidadania – SEAS.
Estruturação da Coordenação dos Serviços de Atenção em Defesa dos Direitos da Mulher*	Secretaria de Estado de Assistência Social e Cidadania – SEAS.
Campanha dos 16 dias de Ativismo/Semana da Mulher	Secretaria de Estado de Assistência Social e Cidadania – SEAS.
Apoio aos Municípios para Criação e Instalação dos Conselhos Municipais dos Direitos da Mulher	Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos – SEJUS.
Perfil de mulheres em situação de violência no Estado do Amazonas – Brasil	Universidade Estadual do Amazonas – UEA
Programa de Capacitação em artes manuais para mulheres em situação de prisão na cidade de Manaus	Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos – SEJUS.
Pesquisa sobre a Violência que sofrem mulheres em situação de prisão no Estado do Amazonas	Universidade Estadual do Amazonas – UEA
Realização de 31 (trinta e uma) oficinas de capacitação em artesanato destinadas à formação de artesãs, com foco para as mulheres em situação de prisão da Cadeia Pública Feminina Des. Raimundo Vidal Pessoa, na cidade de Manaus	Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos – SEJUS.
Formação de 80 (oitenta) especialistas na prevenção e intervenção em Violência Doméstica, envolvendo	Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos – SEJUS.

Fonte: Comissão Parlamentar Mista de Inquérito.

Neste contexto de implementações de uma política nacional, o Estado do Amazonas, fez o Acordo de Cooperação com a União e assinado um Termo de adesão que visa consolidar o Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência Contra às Mulheres, como se fez saber Amazonas (2019, p2):

Acordo de Cooperação Federativa, de 31 de janeiro de 2012, celebrado entre a União, por intermédio da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República e o Estado do Amazonas, o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, o Ministério Público do Estado do Amazonas, a Defensoria Pública do Estado do Amazonas e a Associação Amazonense de Municípios do Estado do Amazonas, **para a execução de ações cooperadas e solidárias para a implantação do Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres.**

Termo de Adesão n.º 012/2013/SPM/PR, de 30 de outubro de 2013, celebrado entre a União, por intermédio da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República e o Estado do Amazonas, o Município de Manaus, o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, o Ministério Público do Estado do Amazonas e a Defensoria Pública do Estado do Amazonas, **para a consolidação da Política e do Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres, mediante adesão dos partícipes ao "Programa Mulher: Viver sem Violência"**

De fato o Estado do Amazonas, incorporou a política de enfrentamento, e vem se estruturando nessa dimensão, criando pastas em sua estrutura governamental, e se adequando à uma concepção mais contemporânea de gestão, na qual se dá ênfase a políticas afirmativas e se atenta aos princípios dos Direitos Humanos.

No ano de 2019, a Secretaria de Estado de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania (SEJUSC) e o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM), assinaram um Termo de cooperação técnica que “tem por objetivo a cooperação técnica entre os partícipes, mediante a conjugação de esforços com vistas à continuidade das ações voltadas a gestão das políticas públicas para atendimento e apoio das Mulheres do Campo e da Floresta” (Amazonas, 2011). Assim, é fato que as políticas públicas em relação ao Enfrentamento ao Combate à Violência contra a Mulher, é uma realidade, no Estado do Amazonas.

É importante frisar que as ações da SEJUSC geram efeitos positivos no que concerne ao enfrentamento posto, como se observa:

Compete, especificamente, a SEJUSC: Apoiar tecnicamente as ações em prol das mulheres e divulgar amplamente as atividades que serão executadas através do presente acordo; Disponibilizar equipe técnica

para desenvolvimento das ações e atividades previstas neste instrumento; Prestar atendimentos psicossociais às mulheres, com encaminhamentos à rede de atendimento de combate à violência contra a mulher; Promover abordagens informativas às mulheres; Promover rodas de conversas sobre a prevenção de violência contra a mulher; Realizar o cadastramento das mulheres usuárias da rede de atendimento; Realizar atendimento das demandas emergenciais, responsabilizando-se pelo encaminhamento para a rede de atendimento de violência contra a mulher; Realizar a emissão de documentos básicos para mulheres (1.ª e 2.ª vias de RG e Certidão de Nascimento), em parceria com a Secretaria Executiva de Cidadania da SEJUSC; Disponibilizar, a título gratuito, para o TJAM a cessão da Unidade Móvel de Atendimento, para a implementação conjunta das ações e atividades descritas neste instrumento.

É inexorável afirmar que o Estado do Amazonas através da SEJUSC, traça no plano real e concreto uma gestão concatenada à política nacional de enfrentamento ao Combate à Violência as Mulheres, inclusive fomentando atendimentos que garantem acesso à justiça, no que concerne à uma mobilidade no caminho da cidadania e na construção da Dignidade da Pessoa Humana, das mulheres vítimas. Nesta esteira o acesso à justiça é visto como direito fundamental, que por conseguinte um direito previsto na Constituição Federal de 1988.

5.1 O ACESSO À JUSTIÇA: A IMPORTÂNCIA DA CASA DE MARIA NO MUNICÍPIO DE ITACOATIARA

Discorrer sobre as leis, refletir sobre as políticas de enfrentamento ao combate às formas de violência contra às mulheres, nada disso importa, se no plano prático, não houver acesso à justiça, que é a pedra de toque de fomentos das ações concretas das políticas públicas. Como já dito o “acesso” não é sinônimo de mero atendimento para registro de boletins de ocorrência, e sim, ter acesso à estrutura holística do Poder Público para o enfrentamento da Violência. Neste diapasão, o acesso à justiça, se dá dentro de uma política de enfrentamento posta em lei, e que implica na criação de uma estrutura como nos mostra o Pacto Nacional:

(...)ao definir um dos seus eixos como Fortalecimento da Rede de Atendimento e Implementação da Lei Maria da Penha, garante um maior aporte de recursos por parte da Secretaria de Políticas para as Mulheres e demais Ministérios para o apoio (criação/reaparelhamento/reforma) de serviços especializados de atendimento à mulher (em especial, Centros de Referência de Atendimento à Mulher, Casas Abrigo, Casas de Acolhimento Provisório, Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher,

Núcleos da Mulher nas Defensorias Públicas, Promotorias Especializadas, Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher(Presidência da República, p.20, 2011)

O acesso à justiça, por conseguinte, não é apenas, o atendimento na delegacia, envolve atendido por uma rede composta de uma estrutura robusta, concreta, objetiva, que fomente verdadeiramente o direito fundamental da dignidade da pessoa humana às mulheres, pois o acesso aqui desejável é à estrutura que conta com criação de delegacias especializadas ao atendimento específico de mulheres agredidas, a criação de abrigos para que a mulher agredida não fique exposta ao relento habitacional, a criação de núcleos específicos voltados para atendimento às mulheres agredidas, tanto na defensoria quanto na promotoria, além da existência de juizados especializados em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

Em Itacoatiara, cidade localizada na Região Metropolitana de Manaus, nos traz uma demonstração de ação prática no combate à Violência Doméstica contra às Mulheres, fomentando assim acesso à justiça para as vítimas da violência em questão. Com efeito, em Itacoatiara a “Casa de Maria” desenvolve atendimento às mulheres vítimas dos crimes tipificados na Lei nº 11340.

A respeito da Casa de Maria, que é um projeto de iniciativa do Governo do Amazonas, por meio de sua Secretaria de Estado de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania (Sejusc), e atua oferecendo diariamente orientação, acolhimento e apoio a vítimas e seus familiares. Em relação à atendimento, parcerias e apoios, a Casa de Maria é:

um espaço anexo a Delegacia Especializada com atendimento social e psicólogo, faz parte de uma parceria entre Sejusc, Prefeitura de Itacoatiara, Movimento de Mulheres Camponesas de Itacoatiara e Delegacia Especializada no município, com apoio do Fundo de Promoção Social e Erradicação da Pobreza (FPS) e Agência de Fomento do Estado do Amazonas (Afeam).(Amazonas, Sejusc, 2019).

Tratando sobre o acesso à justiça fomentado na Casa de Maria, esclarece a Defensoria Pública do Amazonas “O atendimento será possível a partir da assinatura de um termo de cooperação entre a Defensoria e a Secretaria de Estado de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania (SEJUSC), que administra a Casa (Amazonas, 2019), logo as vítimas de violência acolhidas pela Casa de Maria passaram a receber assistência jurídica gratuita da Defensoria Pública do Estado (DPE-AM) na sede

do projeto, em Itacoatiara, colocando em pratica o que a lei e a política de enfrentamento tem orientado.

Assim, a Casa de Maria , que é uma unidade da rede de Enfretamento à Violência Contra a Mulher no Amazonas que atua nesta frente a partir de uma cooperação entre dois órgãos do Estado que são a Defensoria Pública do Amazonas e da Secretaria de Justiça de Cidadania e Justiça, que se deu através do Acordo de Cooperação Técnica nº002/2019, o qual garante atendimento jurídico e também faz os encaminhamentos aos órgãos de proteção e serviços psicológicos às vítimas.

Compondo parte da estrutura de acesso ao Enfrentamento, a Delegacia Especializada em Crimes Contra a Mulher, tem permitido em ação conjunta com a Casa de Maria, substituir a cultura do silêncio pela cultura da denúncia, como se percebe : “Quando chega a quinta-feira, eu posso ficar sossegada, porque eu sei que não vou mais apanhar”. Esse é o relato de Silene Matos, de 45 anos, que sofreu violência doméstica durante 23 anos no município de Itacoatiara (AMAZONAS, SEJUSC, 2020).

Outros depoimentos corroboram uma mudança comportamental nas mulheres vítimas de Violência Doméstica, graças a existência real e concreta de uma estrutura que permite o verdadeiro acesso à justiça, no sentido amplo, como se percebe, no depoimento de Silene que conta que por diversas vezes o marido chegava alcoolizado em casa nos fins de semana e a violentava, tanto fisicamente quanto psicologicamente e após ser atendida no Serviço de Apoio a Mulheres, Idosos e Crianças (SAMIC/ Casa de Maria) ela mudou a forma como se enxergava e conseguiu quebrar o ciclo de violência.

De acordo com a Delegacia Especializada em Crimes Contra a Mulher, nos anos de 2019 e 2020, tem os dados abaixo postos na tabela abaixo:

Tabela: índices de Ocorrências e Inquéritos instaurados

Violência doméstica		Violência doméstica
2019		2020
Ocorrências registradas	933	477
Inquéritos Instaurados	251	127

Fonte: Delegacia Especializada em Crimes Contra a Mulher (DECCM)

Os dados relativos aos atendimentos especializados em relação à Violência Doméstica e Familiar no Município de Itacoatiara nos mostram que a cultura do silêncio é rompida e dá lugar para a cultura da denúncia, pois há uma estrutura que corrobora para a dignidade da pessoa humana, no que tange à igualdade de gênero, no que tange a não-violência, no que tange à uma sociedade humana e justa.

A existência de uma estrutura de apoio que conta com a existência de um núcleo de atendimento, como a Casa de Maria, permite-nos visualizar através de dados e depoimentos como a realidade pode ser mudada, quando as políticas públicas são conduzidas de maneira responsável e preocupada com o bem estar social, com a vida, com a cultura da paz.

A Casa de Maria, é fruto do envolvimento do governo do estado com o governo municipal, que juntos buscam consolidar o que já está posto em plano nacional a mais de uma década. É sempre importante destacar que quando há vontade política, e se coloca a questão como prioridade, a teoria vira leitura da prática. Abaixo segue quadro, no qual se percebe a atuação da Casa de Maria.

Quadro 3: Serviços da Casa de Maria

Quantidade de Atendimentos Procedimentos do Serviço Social Metodologia Por que se criou a “Casa de Maria”?	1- Mulheres atendidas desde junho de 2019 - 203 mulheres, 76- Pessoa idosa, 37-Crianeas e Adolescentes, 19- pessoa portadora de deficiência.
	2- O profissional de Serviço Social, utiliza alguns instrumentos técnicos operativos, para uma melhor avaliação tais como: entrevista, processo de escuta inicial, e observações técnicas, outro instrumento comum, é a visita domiciliar, para recolher a realidade do qual, o sujeito vive. No que se refere ao encaminhamento, isso acontece após o processo de acolhida e orientações a mulher, assim como a passível encaminhamento para o órgão competente se for o caso.
	3— A metodologia adotada é a oferta do atenção especializadas, deve ter como foco a família e a situação vivenciada, muito das mulheres ainda nos levam enfrente suas denúncias, ainda por medo e vergonha, cabe a nós profissionais oferecer as vítimas, aos agressores e as famílias o atendimento necessário para ajudar a superar as condições geradoras de violência e as sequelas resultantes dos maus tratos.
	4 - para coibir os diversos tipos de violência; por conta do grande índice do violência doméstica, foi criado para o município de Itacoatiara, o SAMIC/ Casa de Maria vinculado a SEJUSC, com a parceria da Prefeitura Municipal de Itacoatiara, onde houve no primeiro semestre de 2019, atendimentos relevantes de violência doméstica.
	5-Equipe procura introduzir abordagem temáticas e rodas de conversas vistas a contribuir para retirá-las do processo de angústia, oficinas para terem seu próprio recurso financeiro, pois percebe-se a baixa autoestima por conta da condição de violência que estar inserida. Após todo processo de trabalho, se houver necessidade de abrigá-la, SAMIC/Casa de Maria. um espaço, onde essa vítima pode ficar sobre nossos cuidados por três dias após o primeiro momento da violência sofrida. Quando há necessidade de medida protetiva a

	autoridade policial da delegacia especializada solicita e encaminha para equipe da Defensoria identificar se a vítima necessita de outros atendimentos como: partilha de bens, guarda compartilhada, pensão alimentícia, dentre outras, se houver.

Fonte: SAMIC/Casa de Maria.

A Casa de Maria faz parte de uma estrutura, que conta com a existência de Delegacia especializada, núcleos específicos na Defensoria Pública e Promotoria, e tem em suas ações atendimentos voltados à integração social e à reestruturação psicológica, sendo, portanto, fundamental para a concretização do acesso às vítimas de Violência Doméstica e Familiar ao patamar positivado da Dignidade da Pessoa Humana, no município de Itacoatiara.

287

CONCLUSÃO

No decorrer deste artigo, pode-se investigar e analisar a trincheira histórica que tem sido a busca pelo acesso à justiça, por parte das mulheres vítimas de Violência Doméstica e Familiar. Pois este acesso tem um sentido amplo, não se referindo simplesmente à atendimento em delegacias, à defensoria ou algo similar, trata-se, de acesso à uma política justa que além de poder acessar à justiça também lhe forneça suportes estruturais para uma reestruturação psicossocial com amparo legal.

Outra conclusão que podemos tecer é a de que não se pode ver o acesso às vítimas de Violência Doméstica e Familiar à justiça sem a lente dos Direitos Humanos, pois este acesso está intimamente vinculado aos direitos fundamentais que tem como aza a Dignidade da Pessoa Humana.

É ponto de conclusão, aduzir que as políticas públicas podem alcançar seus objetivos se houver empenho do Poder Público, em suas instâncias. Se o Estado tornar prático o que está positivado, a realidade que se prega na não discriminação de gênero, será construída progressivamente, tendo em vista que o acesso à justiça permite uma mudança de comportamento, principalmente os que são imbricados de uma cultura extemporânea patriarcal e por conseguinte, machista.

No Estado do Amazonas, tomando o exemplo prático das ações do Governo estadual em cooperação federativa permitiu o município de Itacoatiara, conseguisse

consolidar uma política prática de acesso à justiça para as mulheres vítimas de Violência Doméstica e Familiar, pois houve o fomento de estrutura de enfrentamento, do qual nota-se a função precípua e profícua das atividades realizadas pela “ Casa de Maria”.

A “Casa de Maria” conseguiu criar expectativas para quem já não as tinha e perspectivas positivas para quem já não tinha esperança numa vida digna, postulada como princípio fundamental.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS, Defensoria do Estado do. **Em Itacoatiara, mulheres vítimas de violência serão atendidas pela DPE-AM na Casa de Maria.** Defensoria do Estado do Amazonas. Disponível em: <https://www.defensoria.am.def.br/post/2019/08/19/em-itacoatiara-mulheres-v%C3%ADtimas-de-viol%C3%A2ncia-ser%C3%A3o-atendidas-pela-dpe-am-na-casa-de-maria>. Acesso em 12.09.2020.

AMAZONAS, Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado do. **Em Itacoatiara, Casa de Maria atende mulheres vítimas de violência no interior.** Disponível em: <http://www.sejusc.am.gov.br/em-itacoatiara-casa-de-maria-atende-mulheres-vitimas-de-violencia-no-interior/>. Acesso em: 25.09.2020.

BAFFI, M. A. T. Modalidades de pesquisa: um estudo introdutório. 2016. Disponível em: <http://usuarios.upf.br/~clovia/pesq_bI/textos/texto02.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2016.

BRASIL, Senado Federal do. Relatório Final. COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO. Com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”. Brasília, 2013.

BRASIL, Presidência da República do. **POLÍTICA NACIONAL DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES.** POLÍTICA NACIONAL DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES SECRETARIA nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres. Brasília, 2011.

LEITE, Renata Macedo Leite. **NORONHA**, Rosangela Moraes Leite. **A violência contra a mulher: herança histórica e reflexo das influências culturais e religiosas.** Revista Direito & Dialogicidade -Crato, CE, vol.6, n.1, jan./jun. 2015

LEMES, Vanessa. **Violência contra mulheres**. Portal em Tempo. 2020. Disponível em: <https://d.emtempo.com.br/amazonas/218251/neste-ano-mais-de-12-mil-mulheres-sofreram-violencia-no-amem>.

MARTINS, Isabela Magno. **Violência Doméstica Contra a Mulher: Antes e Depois de 2006**. Portal Educação. 2020. Disponível em: <https://siteantigo.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/psicologia/violencia-domestica-contra-a-mulher-antes-e-depois-de-2006/57033>. Acesso em: 11.09.2020.

NASCIMENTO, Alexandre de Mendonça. ALMEIDA, Aline Gandra, COSTA, Aline Paes. e OUTROS. **Do histórico de legislação de proteção à mulher e do panorama atual da violência em Londrina. Análise da lei maria da penha e suas implicações práticas, na disciplina de direito civil iv..** Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2015.

OLIVEIRA, Rosane Cristina de. Cavalcanti, Elaine Cristina Tenório **políticas públicas de combate e enfrentamento à violência de gênero**. Universidade do Grande Rio – Unigranrio. Periferia. Educação, cultura e Comunicação. 2017

PEREIRA, Mariana Alvarenga. **Acesso das Mulheres Vítimas da Violência Doméstica à Justiça**. Revista Direitos Humanos e Democracia. Editora Unijuí • ano 3 • n. 5 • jan./jun. • 2015 de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Unijuí. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocraciap>. Acesso em 27.09.2020

PENAIF, Tânia. **Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade**. Revista eletrônica Histórica. Disponível em : <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/texto03.pdf>. Acesso em 08.09.2020

PENHA, Instituto Maria da. **Enfrentar, por meio de mecanismos de conscientização e empoderamento, a violência doméstica e familiar contra a mulher. Essa é a nossa missão**. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/>. Acesso em: 19.09.2020.

SENADO, Agência do. Lei torna essenciais serviços de combate à violência doméstica. Senado Notícias. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/08/lei-torna-essenciais-servicos-de-combate-a-violencia-domestica>. Acesso em 11.09.2020

SENADO, JORNAL DO. Brasil só criou Lei Maria da Penha após sofrer constrangimento internacional. Portal Geledes. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/brasil-criou-lei-maria-da-penha-apos-sofrer-constrangimento-internacional/>, Acesso em 11.09.2020.

NARRATIVAS SOBRE A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA PRESTADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAZONAS NO POLO DE TEFÉ EM TEMPOS DE PANDEMIA

NARRATIVES ON JUDICIAL ASSISTANCE PROVIDED BY THE PUBLIC DEFENSE OF THE STATE OF AMAZONAS AT THE TEFÉ HUB IN PANDEMIC TIMES

Kalitha Basto dos Santos

Thiago Braga Dantas

291

RESUMO

Trata-se de estudo sobre o acesso à Justiça Digital no interior do Amazonas durante a pandemia de COVID-19, a partir de análise da atuação da Defensoria Pública em Tefé, estado do Amazonas, por meio do relato de profissionais envolvidos. Foram realizadas entrevistas com defensores públicos do município, que mostram o quanto a assistência judiciária gratuita é importante para a população local e em como ela pode gerar um globo de oportunidades para aqueles que compõem o grupo de vulnerabilidade. Os principais problemas apresentados são variáveis da assistência remota à população, pois grande parte dela não possui acesso à internet de qualidade, não possui aparelho celular ou mora em comunidades rurais, distantes do polo da Defensoria Pública em Tefé. O acesso à justiça digital deve ser promovido a título da quarta onda renovatória do processo.

Palavras-chave: Justiça Digital. Pandemia em Tefé. Precariedade de acesso à internet.

ABSTRACT

This is a study on access to Digital Justice in the interior of Amazonas during the COVID-19 pandemic, based on an analysis of the work of the Public Defender's Office in Tefé, state of Amazonas, through the report of the professionals involved. Interviews were conducted with public defenders in the municipality, showing how important free legal aid is to the local population and how it can generate a globe of opportunities for those who make up the vulnerability group. The main problems presented are variables of remote assistance to the population, since a large part of them do not have quality internet access, do not have a cell phone, or live in rural communities, far from the Public Defender's Office in Tefé. Access to digital justice must be promoted under the fourth wave of renewal of the process.

Keywords: Digital Justice. Pandemic in Tefé. Precarious internet access.

INTRODUÇÃO

A reestruturação da Defensoria Pública adveio da modificação ocorrida em sua Lei Orgânica, por meio da Lei Complementar nº 132/2009. Assim sendo, as novas atribuições

ao referido órgão vêm provocando a necessidade de nova interpretação acerca de suas necessidades e de veículo de informação à população. Tais inovações legislativas aplicam melhorias no fortalecimento do órgão, aprimorando as garantias e direitos da referida instituição.

Nota-se que as novas atribuições direcionadas à Defensoria Pública enfatizam o princípio da assistência jurídica integral, que está ligado ao direito fundamental do acesso à justiça. Pelo princípio da assistência jurídica integral, havendo a necessidade, a Defensoria Pública poderá utilizar qualquer ferramenta para garantir e fazer valer os direitos de quem compõe o grupo dos vulneráveis.

Ressalta-se que a forma de atuação da Defensoria encontra-se com previsão no art. 4º, X e XI, da LC nº 80/1994, com as devidas alterações ocorridas pela LC nº 132/2009, bem como, no art. 5º, LXXIV e 134. Entretanto, tais atuações são destinadas, no geral, a pessoas sem capacidade civil e sem representação, estando totalmente em vulnerabilidade.

No ano de 2019 surgiu na China a corona vírus (2019-nCoV), causando grandes debilitações e mortes em todo o mundo, no Brasil, inclusive. Esta pandemia acabou gerando vários transtornos na vida particular e profissional das pessoas, não apenas pela afetação na saúde, mas também pelas medidas de prevenção ao contágio, fazendo com que o acesso a diversas atividades em seus trabalhos seja dificultado, assim como na Defensoria Pública.

Este artigo visa apresentar os encaminhamentos e a atuação da Defensoria Pública no Município de Tefé - AM, a partir do relato de profissionais atuantes no referido polo durante a pandemia do COVID-19. Foram realizadas entrevistas com 2 dos 5 defensores públicos do município, com perguntas que contemplam a assistência judiciária gratuita durante a pandemia e como o acesso à Defensoria Pública pode gerar um globo de oportunidades para aqueles que compõem o grupo de vulnerabilidade, oportunidades que começam desde a informação dos direitos à assistência jurídica gratuita, bem como os fechamentos de processos, antes e durante o isolamento social parcial.

1. DESENVOLVIMENTO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL E EM TEFÉ

No Brasil, a justiça gratuita teve início nas Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603. Como exemplo do resultado destes primeiros passos, essas Ordenações isentavam os presos pobres do pagamento, bem como previam o direito de isenção das custas para o ajuizamento de agravo. Na época dessa promulgação, as Ordenações auxiliavam no que diz respeito ao tempo máximo para que o preso pudesse quitar suas dívidas ou isentá-lo deste pagamento. Ainda, vale ressaltar, que essa regra não era reconhecida como a gratuidade sistemática.

Devido à luta do Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil, surgiu o Decreto n. 2.457, de 8 de fevereiro de 1897, de acordo com a proclamação da República e com a adoção, pela Constituição Federal de 1891, do sistema federativo, no Distrito Federal. Este decreto surgiu com o intuito de prestar assistência jurídica gratuita aos mais necessitados, incluindo a definição em que consistiria tal assistência, assim como a de seu destinatário.

Logo mais, o Decreto 2.457 foi editado em 8 de fevereiro de 1897, regulamentando o Decreto 1.030 de 1890, instituindo a Assistência Judiciária para o patrocínio gratuito dos pobres que fossem litigantes no cível ou no crime, como autores ou réus, ou em qualquer outra qualidade. Isto resultou no primeiro modelo legalmente organizado de prestação de assistência judiciária aos pobres, bem como dispôs, em linhas gerais, sobre a gratuidade de justiça, definindo a forma de postulação e as isenções abrangidas pelo benefício.

O referido Decreto de 1890 serviu de estímulo legislativo no sentido de concretizar a assistência jurídica de forma sistematizada e ampla. Nesse sentido, de acordo com o decreto nº 1.030, art. 175, ficou autorizado que o Ministro da Justiça tivesse autorização para organizar comissão de patrocínio gratuito dos pobres no crime e no cível.

Passados 07 anos, foi editado o decreto nº 2.457/1897, que regularizou a assistência jurídica do Distrito Federal. Pelo art. 2º do referido decreto, considerava-se pessoa pobre e beneficiária da justiça gratuita:

[...] toda pessoa que, tendo direitos a fazer valer em juízo, estiver impossibilitada de pagar ou adiantar as custas e despesas do processo sem privar-se de recursos pecuniários indispensáveis para as necessidades ordinárias da própria manutenção ou da família. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto Federal nº 2.457, de 08/02/1897. Organiza a Assistência Judiciária no Distrito Federal. Texto legal publicado na Coleção de Leis do Brasil de 1897. Brasília: Centro de Documentação e Informação. 2020.

Desde a Constituição Federal de 1934, a assistência judiciária aos pobres é garantida no Brasil, prevendo em seu artigo 113 que cabia ao Estado prestar assistência judiciária aos necessitados. No entanto, apenas no art. 134 da Carta Magna de 1988, foi criada, nos âmbitos estadual e federal, a Defensoria Pública como instituição, com o intuito de garantir a assistência jurídica integral e gratuita a todos os necessitados.

Entretanto, o Brasil adota sistema de acesso à justiça misto, com a Defensoria Pública exercendo o papel de principal meio de acesso, utilizando-se, subsidiariamente, do sistema judicare, denominado advocacia dativa em nosso país. Ainda, somente com a promulgação da Constituição Federal de 1934, que existiu a previsão da criação de órgãos especializados na assistência jurídica gratuita, bem como a regularização do serviço.

Um marco revolucionário e muito importante no desenvolvimento da gratuidade de justiça, aconteceu em 1986 e 1989, com as alterações na Lei nº 1.060/1950. No art. 4.º da referida lei, era mencionado acerca do “rendimento ou vencimento que percebe e os encargos próprios e os da família”, além de citar a obrigatoriedade de atestado de pobreza. Foi o art. 1.º, § 2.º, da Lei nº 5.478/1968, que criou a simples afirmação (da pobreza), ratificado pela Lei nº 7.510/1986, reescrevendo a redação de dispositivos da Lei nº 1.060/1950.

Em outro momento, o defensor foi ganhando reconhecimento para atuar em favor dos necessitados, começou a ser intimado acerca dos movimentos processuais, bem como recebeu o benefício da contagem de prazo em dobro, facilitando muito a sua atuação no processo. A importante participação dos integrantes da assistência judiciária do Brasil, garantido o reconhecimento da Defensoria Pública, ocorreu somente com a redemocratização do país, nos trabalhos da Constituinte de 1987/1988, como explica Marcacini:

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, inclui entre os direitos e garantias individuais a assistência jurídica integral e gratuita. Utiliza a Lei Maior um terceiro conceito, que também não deve ser confundido como sinônimo de assistência judiciária ou justiça gratuita.

Por justiça gratuita, deve ser entendida a gratuidade de todas as causas e despesas, judiciais ou não, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo. O benefício da justiça gratuita compreende a isenção de toda e qualquer despesa necessária ao pleno exercício dos direitos e das faculdades processuais, sejam tais despesas judiciais ou não. Abrange, assim, não somente as custas relativas aos atos processuais a serem

praticados como também todas as despesas decorrentes de efetiva participação na relação processual.

A Lei complementar nº 80/1994 tornou a Defensoria Pública regulamentada nacionalmente, ganhando reconhecimento, direitos e garantias, fazendo valer todos os direitos dos vulneráveis de forma mais completa e simples. Com todas as alterações e aperfeiçoamento, resta evidente que a cada dia a Defensoria Pública está sendo fortalecida e valorizada como Instituição necessária para a efetivação do Acesso à Justiça para todos, de forma livre e igualitária, sem nenhum obstáculo.

Vale ressaltar que, antes disto, a assistência jurídica integral e gratuita tornou-se direito fundamental com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ampliando o serviço, passando a ser, não apenas assistência processual, mas auxiliando em elaborações de contratos, orientação jurídica, dentre outras atividades.

A Defensoria possui bases atuantes por diversos municípios do Estado do Amazonas, sendo seu primeiro polo do interior inaugurado no município de Parintins (a 369 quilômetros de Manaus). Em 2018 houve o anúncio da instalação da Defensoria no município de Tefé, além de Humaitá e Tabatinga.

Como um grande exemplo de ausência e atraso em termos de assistência judiciária, podemos citar o Amazonas, especificamente na cidade de Tefé, onde, no ano de 2012, a Defensoria funcionava no fórum da cidade, mas, por um algum motivo que não foi muito esclarecido, precisou cancelar os atendimentos e funcionamento na cidade.

Após a retirada da Defensoria, foram nomeados advogados dativos para atuar nos processos, e muitos deles não realizavam as movimentações necessárias, não apresentaram interesse em atuar e defender os direitos dos necessitados, muitos por serem possuidores de várias demandas e não procuraram o assistido para colher informações, para explicar a demanda.

Assim sendo, gerou-se dificuldade e extração dos direitos dos necessitados de forma injustificável, acarretando na perda das causas e o direito da ampla defesa. Em 2017, a Defensoria voltou a ser atuante na cidade, mas não se estendeu por muito tempo, produzindo várias dificuldades novamente para o grupo dos vulneráveis. Na condição de “abandonados”, os assistidos desistiram de fazer valer seus direitos, já que não possuíam condições de pagar advogado particular ou desconheciam o nível da realidade.

Essa descontinuidade é comum a institutos jurídicos que são recentes. Geralmente, no início de sua instalação passa por grande resistência em sua aplicação;

posteriormente, é aplicado de maneira indiscriminada; e, num último momento, há a fixação de um ponto intermediário entre os dois extremos. Ainda, atenção acerca da concessão desmesurada do instituto jurídico é necessária para o bom andamento do trabalho, necessitando urgentemente de maiores critérios em sua análise e deferimento.

Posteriormente, em 2019, a Defensoria retornou para a cidade, onde atua como polo para as cidades próximas a Tefé, como: Jutai, Marañ, Japurá, Juruá, Uarini, dentre outras. Atualmente com 05 defensores no polo, a Defensoria, com grande afinco, luta para fazer valer os direitos e representar de forma igualitária todos os assistidos, sejam da cidade ou do interior.

Atualmente, o polo da Defensoria Pública em Tefé possui 5 defensores públicos. Dentre eles, dois participaram desta pesquisa, todas do gênero feminino entre 27 e 29 anos. Todos eles estão envolvidos em atendimento para sanar dúvidas, instruir o assistido, seja na demanda judicial ou psicológica, abrindo um leque de oportunidades, auxiliando no desenvolvimento e lutando pelos direitos de cada grupo de vulnerabilidade.

No período de ausência da Defensoria em Tefé, conforme citado, uma enorme ausência de direitos e garantias surgiu. Portanto, restou evidente a importância da Defensoria como órgão que garante os direitos humanos de quem integra o grupo de vulnerabilidade, não somente para Tefé, quanto para as demais cidades, seja no Estado do Amazonas ou em outro Estado. Tal órgão não merece ser parado e sim readequado para melhor abranger a todos do grupo, impactando ainda mais os necessitados, que nunca ouviram falar sobre a Defensoria e que desconhecem o direito de exercer seus direitos e deveres.

2. GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19 PELA JUSTIÇA DIGITAL

O sistema jurídico brasileiro vem passando por intensas transformações nos últimos anos, incluindo reformas marcantes em termos processuais, além de importantes Emendas Constitucionais. Em vigência a partir da primeira metade do ano de 2016, o Novo Código de Processo Civil apresentou modificações esparsas, gradualmente agregadas ao modelo brasileiro, interferindo diretamente na construção de nova forma de agir perante o Direito.

No ano de 1992, com o surgimento da internet a partir da criação do world wide web (www) pelo cientista Tim Berners-Lee, os costumes humanos foram modificados de forma significativa. Entretanto, essas modificações no cotidiano da sociedade passaram a substancialmente impactar modelos econômicos mais tradicionais com o aumento de acesso à internet e o desenvolvimento de determinados aparatos tecnológicos, como a popularização de smartphones.

O desenvolvimento tecnológico e a inovação têm o intuito de modificar o meio social, seja na divisão do trabalho, seja nas percepções do indivíduo sobre o mundo, transformando também os meios de produção econômica. Esses meios incluem o trabalho e sua forma de funcionar, tendo em vista que hoje muito se depende da internet e de seu acesso para agilizar ou resolver diversas demandas, o que inclui o trabalho em casa e o atendimento presencial em várias instituições.

Em Tefé, enquanto uma das defensoras do polo trabalha na defensoria há menos de 1 ano, a outra trabalha há menos de 5 anos. Antes da pandemia do COVID-19, para realizar o atendimento nos municípios abrangentes do polo Médio Solimões, é feita uma escala entre os defensores, e um defensor vai até o local. Durante os atendimentos, é notório o fluxo da necessidade de cada um, dentre elas, a ausência de documentos, especificamente de certidão de nascimentos de adultos que em nenhum momento foram reconhecidos perante a sociedade, restando excluídos.

Se já não bastassem essas diversas complicações no acesso à Defensoria Pública, em 2019 surgiu o vírus 2019-nCoV, responsável por inúmeras enfermidades na China e responsável por um grande surto de Coronavírus em todo o mundo. No Brasil, o surto teve início em fevereiro de 2020, fazendo com que o país declarasse esse vírus como assunto de Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional. Desta forma, surgiu a Lei nº 13.979/2020, dispondo acerca das medidas de enfrentamento a serem tomadas.

Com a chegada da pandemia, o atendimento passou a ser 100% digital, como relatado pelos participantes desta pesquisa. Com isto, um dos entrevistados relatou que trabalha 5 dias da semana, enquanto outro afirma trabalhar 6 dias. Quando perguntado sobre a quantidade de horas diárias eles trabalhavam em média, durante a pandemia, 50% afirma trabalhar de 11 a 12 horas diárias e 50% afirmou trabalhar entre 9 e 10 horas diárias.

Todos os entrevistados concordam que os maiores problemas enfrentados atualmente incluem a má qualidade ao acesso à internet pelo assistido ou a falta de

telefone celular. Ainda relatam que há carência de diálogo claro e constante com os assistidos, bem como a falta de contato mais próximo com assistidos que não residem em Tefé.

A partir do momento em que a assistência judiciária ajuda a promoção gratuita de demanda judicial de indivíduos que não podem arcar com custas, despesas processuais e honorários advocatícios, sem inviabilizar o sustento próprio e da família, vem à tona a função do defensor público, que, com absoluta capacidade, atua como defensor dos interesses do cidadão. Seria uma grande tragédia se o grupo dos vulneráveis perdessem essa assistência, tal como, não haveria o acesso igualitário à justiça.

Entre uma escala de péssimo a ótimo, ambos os entrevistados concordam que é bom o serviço de ferramentas utilizadas pela Justiça Digital durante a pandemia e que pode melhorar. Caso precisem trabalhar por mais tempo remotamente, eles sugerem que as possíveis soluções ou melhores formas para isto inclua a melhoria no sistema de telefonia e de conexão à internet.

As defensoras sugerem que poderia ser disponibilizado pelo menos um local onde o assistido tenha acesso a computador/telefone e orientação sobre a documentação. Semelhante a essa situação, grande parte da população que, na maioria das vezes não tem acesso ou direitos reconhecidos, é a população indígena. Como boa parte dos indígenas vive distante das cidades ou nunca adentraram em uma escola, acabam sendo dependentes da sociedade e perdendo o direito de exercer aquilo que é previsto em lei.

Dependentes da sociedade, dado que aceitam o que lhes é entregue de qualquer maneira. Resta evidente a importância da Defensoria Pública em cada estado, especificamente na assistência jurídica integral e gratuita, possibilitando a igualdade de acesso à justiça. Todavia, é preciso afirmar que a finalidade é servir a todos que se enquadram no grupo de vulnerabilidade, assim sendo, Galliez expõe:

A Defensoria Pública é, sem dúvida alguma, o grande baluarte do Estado de Direito, pois sua função precípua é a de neutralizar o abuso e a arbitrariedade emergentes da luta de classes. Para tanto torna-se imprescindível combater tamanha intolerância, verdadeiro simulacro de poder político, incompatível com o regime democrático contemporâneo, considerando que, do ponto de vista histórico, é comum a esse mesmo poder procurar desestabilizar a ordem pública e fazer surgir os regimes de força. No sentido de manter o equilíbrio, pelo menos em relação ao aspecto jurídico, entre os ‘donos do poder’ e os oprimidos, é que a Defensoria Pública se impõe como instituição essencial do Estado de Direito, a fim de enfrentar o desenvolvimento desigual entre as classes sociais, valendo a advertência de Octavo Ianni de que o desenvolvimento desigual e combinado não é uma teoria do

acaso, mas um modo particular de funcionamento das leis do capitalismo nas sociedades atrasadas e dependentes.

O que seria necessário para certificar a justiça igualitária para todos os níveis sociais, uma vez que milhões não podem arcar com custas processuais? É possível concluir que os países ao longo do tempo adotaram a assistência gratuita custeada pelo governo, beneficiando quem não pode pagar com recursos próprios sem prejuízo do próprio sustento. Ressalta-se que quando se fala em acesso igualitário, um leque se abre, pois, a intenção também é garantir a ampla defesa, a sustentabilidade das alegações, a efetivação das provas, ou seja, assegurar que o cidadão tenha sua alegação dos fatos validada, de modo que não haja nenhum bloqueio.

Mesmo com os diversos problemas que as Defensoras encontraram, ambas concordam que o polo da Defensoria Pública em Tefé possui estrutura profissional para executar funções operacionais para atender à população neste momento de pandemia.

Quando perguntado se elas acham que o desempenho dos serviços da Defensoria Pública está sendo afetado pelo surto de corona vírus, elas afirmam que os assistidos que fazem contato com a Defensoria continuam tendo atendimento mesmo que com algumas dificuldades de acesso. Entretanto, o maior problema está relacionado com os assistidos que não conseguem ter acesso a redes móveis.

Uma das entrevistadas explica que é de grande importância que haja comunicação entre o Defensor Público e o assistido, para que o profissional possa entender as demandas, conseguindo orientação jurídica de forma integral e humanizada. Entretanto, ressalta que as dificuldades de comunicação via telefone e internet prejudicam a comunicação com os assistidos, fazendo com que a prestação da assistência jurídica se torne mais demorada e menos humanizada. Infelizmente, muitos assistidos não possuem acesso aos serviços de telefonia e internet e, conseqüentemente, o assistido fica completamente privado da assistência da Defensoria Pública, esta que é um direito fundamental de todas as pessoas consagrado na Constituição da República de 1988.

Na situação da pandemia, a principal função exercida é sobre controle extrajudicial do Poder Público acerca da observância dos direitos fundamentais dos indivíduos, especialmente saúde e que ela foi realizada majoritariamente de forma digital, obtendo bons resultados. Mas ainda assim algumas inspeções podem se fazer necessárias.

Outro grande problema quanto ao acesso à justiça é a falta de informação, ocasionada pela ausência do plano educacional, pois, o cidadão, desprovido de educação, não reconhece os direitos que possui, advindo a violação dele.

A Agenda 2030, na proposição do ODS número 16, prevê a garantia da proteção do acesso à justiça a todos, assegurando o acesso público à informação e proteção às liberdades fundamentais. No entanto, existem casos que, mesmo com o amplo conhecimento dos direitos, as pessoas por interpretar difícil ou não ter a condição de pagar um advogado, preferem esquecer o direito violado. São em situações como essas que a Defensoria, como órgão incentivador da justiça, presta auxílio, protegendo a sociedade e fazendo valer o direito adquirido ao longo do tempo.

O serviço considerado mais útil é o atendimento via telefone ou pelo aplicativo WhatsApp. Uma das entrevistadas ainda relatou que o serviço feito apenas digitalmente não possui o mesmo nível de qualidade e tempo quando comparado ao atendimento presencial, pois é mais demorado e menos humanizado. Esses talvez sejam os maiores problemas enfrentados pela população local, tendo em vista que a “efetividade” dos direitos sociais, que ao invés de apresentar declarações meramente teóricas, devem, detidamente, atuar sobre a situação econômico social dos indivíduos.

CONCLUSÃO

Procurou-se abordar e apresentar o grau da necessidade da presença da Defensoria Pública no município de Tefé e sua efetividade durante a pandemia do COVID-19. Também se buscou entender o reconhecimento dos assistidos pela Defensoria Pública, perante a sociedade tefeense, resguardando todos os direitos e garantido tratamento igualitário a estes vulneráveis mesmo durante o isolamento social e a ausência de atendimento presencial no município neste momento.

É obrigatória a atuação da Defensoria Pública, seja por meio do órgão ou por seus representantes na esfera individual ou coletiva, presencial ou não, para as pessoas pertencentes ao grupo dos vulneráveis, conforme dispõe o texto constitucional nos art. 5º, LXXIV, e 134, além da Lei Complementar nº 132 de 2009.

Apresentaram-se, ainda, alterações que aperfeiçoaram e ampliaram o reconhecimento da Defensoria como órgão incentivador do acesso à justiça digital para aqueles que se encontram desamparados, seja enfrentando dificuldades para conseguir o

acesso à justiça ou fazer valer para todos os direitos garantidos na Constituição Federal Brasileira de 1988. Observou-se que o acesso à assistência gratuita ultrapassa o Judiciário, uma vez que quando se fala em assistência gratuita aos vulneráveis, um leque de oportunidades é aberto, seja para um aconselhamento, seja para sanar dúvidas e até mesmo para apoio emocional de algum assistido com problemas sociais.

Destaca-se que as alterações normativas promotoras da assistência jurídica realizadas ao longo do tempo foram de grande valia para a sociedade, principalmente para os que se achavam desamparados de alguma maneira.

Enquanto órgão garantidor do acesso à justiça em Tefé, o papel da Defensoria Pública está sendo realizado remotamente e dentro do que cabe aos profissionais durante a pandemia. Infelizmente, a dificuldade de acesso à internet por muitos dos assistidos dificulta o atendimento e, conseqüentemente, impossibilita a valorização de maneira completa os direitos humanos.

O devido processo legal, nesse momento de pandemia, enseja nova onda renovatória, para que os novos obstáculos do acesso à justiça sejam superados, que, em conjunto, estão contidos na vulnerabilidade digital dos cidadãos, o que desafia que novas ferramentas e instrumentos sejam criados, para que todos tenham acesso à justiça digital, mesmo nos lugares mais distantes deste país, como se explicitou concretamente a partir da apuração de como se deu a assistência judiciária prestada pela Defensoria Pública do Estado do Amazonas no polo de Tefé.

REFERÊNCIAS

A CRÍTICA. **Tefé recebe novo polo da Defensoria Pública**. Disponível em: <https://www.acritica.com/channels/cotidiano/news/tefe-recebe-novo-polo-da-defensoria-publica-150-mil-pessoas-serao-atendidas>. Acesso em: 27 maio. 2020.

ALVAREZ, A. P. Uma moderna concepção de assistência jurídica gratuita. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, p. 151, 2000.

BOSON, E. P. A Defensoria Pública como instituição articuladora do direito como padrão de reconhecimento. **Revista da Defensoria Pública da União**, n. 06, 2013.

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

BRASIL. Decreto n. 2.457, de 8 de fev. de 1897. **Organização da Assistência Judiciária no Distrito Federal**, Brasília, DF, fev 1897.

CALDAS, A. M.; PERDIGÃO, V. F. **Defensoria pública e o desafio da implementação da assistência jurídica no Brasil pós-constituição de 1988**. IX Jornada Internacional de Políticas Públicas. Universidade Federal do Maranhão. São Luís, MA. 2019.

CAPPELLETTI, M. O acesso à Justiça como programa de reformas e método de pensamento. Tradução Hermes Zaneti Júnior. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 16, n. 61, p. 161-172, jan./mar. 2008.

CARVALHO, A. G. P. Juristas e ludistas no século XXI: a realidade e a ficção científica do discurso sobre o futuro da advocacia na era da informação. In: FERNANDES, R. V. C.; COSTA, H. A.; CARVALHO, A. G. P. (Coord.). Tecnologia jurídica e direito digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia - 2017. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 185-197. ISBN 978-85-450-0453-0.

COGOY, D. M. Assistência jurídica e judiciária no Brasil: legitimação, eficácia e desafios do modelo brasileiro. **Revista da Defensoria Pública da União**, n. 05, 2012.

COUTO, M. B.; DEZEM, R. M. M. Des-judicialização, judiciário e acesso à justiça: dilemas, crise e perspectivas atuais. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 25, n. 99, p. 293-310, jul./set. 2017.

CONFERÊNCIA JUDICIAL IBERO-AMERICANA, XIV, 2008, Brasília. Regras de Brasília sobre acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Brasília: Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos, 2008. Disponível em:

<<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>.

Acesso em: 27 jun 2020.

DE ALMEIDA, M. P.; PINTO, A. M. F. Os impactos da pandemia de COVID 19 no Sistema de Justiça—algumas reflexões e hipóteses. **Juris Poiesis-Qualis B1**, v. 23, n. 31, p. 01-15, 2020.

FERNANDES, D. A.; DUARTE, M. M. G. Desjudicialização: hipóteses possíveis e a busca por fundamentos para sua ampliação. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 26, n. 101, p. 29-47, jan./mar. 2018.

FEIGELSON, B. Direito da inovação: a relação entre as novas tecnologias e as ciências jurídicas. In: FERNANDES, R. V. C.; COSTA, H. A.; CARVALHO, A. G. P. (Coord.). Tecnologia jurídica e direito digital: I Congresso Internacional de Direito e Tecnologia - 2017. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 159-183. ISBN 978-85-450-0453-0

FONSECA, C. F. S. A Defensoria Pública e o município na concreção do direito à assistência jurídica integral e gratuita. **Revista TCEMG**. 2014.

GALLIEZ, P. A Defensoria Pública, o Estado e a Cidadania. Rio de Janeiro: **Ed. Lumen Júris**. 1999.

GARCIA, B. P.; SILVA, N. F. Informatização do Poder Judiciário e acesso à justiça: perspectivas atuais. **Revista Brasileira de Direito Processual-RBDPro**, Belo Horizonte, v. 21, n. 82, p. 181-202, abr./jun. 2013.

MARCACINI, A. T. R. Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita. Rio de Janeiro: **Forense**, 1996.

MESSITTE, P. Assistência Judiciária no Brasil uma Pequena História. **Rev. Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais**, v. 7, p. 126, 1967.

MONTEIRO, F. P. LEI Nº 1.060/1950–USOS E ABUSOS. **DIREITO PÚBLICO**, p. 9, 2015.

ONU. NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2020.

PLANALTO. **LEI COMPLEMENTAR Nº 80, DE 12 DE JANEIRO DE 1994**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm. Acesso em: 30 mai. 2020.

SANTOS, A. M.; ARRUDA, M. S. PERFIL GERAL DE ACESSO À JUSTIÇA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO AMAPÁ. **Equidade: Revista Eletrônica de Direito da UEA**, v. 1, n. 2, p. 1-25, 2020.

SILVA, F. T. **Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil**. 2011. Tese de Doutorado. Tese (Doutorado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo.

TEIXEIRA, W. B. L. Repensando a assistência jurídica gratuita no processo civil: o excesso no acesso à justiça. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 18, n. 70, p. 165-177, abr./jun., 2010.

TORRES, R. L. O direito à saúde, o mínimo existencial e a Defensoria Pública. **Revista da Defensoria Pública**, p. 265-277, 2008.

A POLITIZAÇÃO DO DIREITO OU A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O USO ESTRATÉGICO DO LAWFARE E SUA CORRELAÇÃO COM O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

THE POLITIZATION OF LAW OR JUDICIALIZATION OF POLICY: THE STRATEGIC USE OF LAWFARE AND ITS CORRELATION WITH JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL

Kelem Cristina Lopes de Castro

Juan Pablo Ferreira Gomes

305

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto do Lawfare como forma alternativa de guerra e sua utilização estratégica para fins político-partidários. Apesar de consolidado originariamente nos EUA, o Lawfare tem sido empregado em escala global, principalmente nos governos neoliberais. No Brasil, o tema ganhou destaque a partir do “caso Lula”, enquanto exemplo de possível uso da lei como instrumento de perseguição política por meio de atos de autoridades do Poder Judiciário brasileiro, consistentes em investigações duvidosas e condenações sem a observância do devido processo legal. Esse instituto põe em risco a democracia e o Estado de Direito, sendo, em certa medida, reflexo de outro fenômeno recente conhecido como Ativismo Judicial. A partir do método dedutivo buscou-se uma reflexão mais aprofundada sobre o assunto e dos possíveis mecanismos de prevenção e repressão a esse instituto no ordenamento jurídico internacional e interno.

Palavras-chave: Politização do Direito; Lawfare; Ativismo Judicial; Judicialização da Política.

ABSTRACT

The present paper aims to analyze the lawfare institute, as an alternative form of war and its strategic use for partisan political purposes. Despite being consolidated in the USA, lawfare has been used on a global scale, mainly in essentially neoliberal governments. In Brazil, the theme gained prominence from the “Lula case”, such as the use of the law as an instrument of political persecution through acts of authorities of the Brazilian Judiciary, in dubious investigations and convictions without observance of due legal process. Lawfare jeopardizes democracy and the rule of law, and is, to some extent, a reflection of another recent phenomenon known as Judicial Activism. Based on the deductive method, a more in-depth reflection on the subject and the possible mechanisms of prevention and repression against this institute were sought in the international and domestic legal system.

Keywords: Politicization of Law; Lawfare; Judicial Activism; Judicialization of Policy.

INTRODUÇÃO

Com o avanço das ideias neoliberais no Brasil, a linha tênue da repartição dos três poderes ficou estremecida. Observou-se que, em defesa de interesses individuais, houve o abandono da legalidade para a adoção do critério da conveniência. A consagração do Direito na função de regulador social e político, atribuição que muitas vezes ultrapassa a sua esfera de competência, chama a atenção nas diversas decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, inclusive pela Suprema Corte, ao destacar o esvaziamento das leis em detrimento de interesses político-partidários.

A polarização das eleições presidenciais de 2014, por exemplo, tornou o ambiente político e social extremamente vulnerável. O próprio Legislativo já não conseguia regular os conflitos que surgiram entre seus agentes, sendo necessária a interferência do Judiciário como uma espécie de mediador.

O empoderamento do Poder Judiciário em detrimento dos dois outros poderes acaba soterrando o sistema de freios e contrapesos, abrindo espaço para briga de egos, manipulação da opinião popular, partidarismo desenfreado e o ativismo judicial. O alto escalão do Sistema de Justiça Brasileiro, e aqui não há que se generalizar, começa a encontrar amparo nos instrumentos jurídicos, a fim de justificar seus ideais partidários, combinando um ato jurídico de aparente legalidade com a manipulação da opinião popular através da grande mídia.

Conforme Feres Junior e Sassara (2016, p. 221) “O histórico dos grandes meios de comunicação brasileiros, como já mostramos no início deste artigo, recomenda que esperemos politização e viés internacional, e não busca de imparcialidade e equilíbrio”.

A partir disso, se direciona a análise para a figura do Lawfare no ambiente internacional e interno, ao passo que, no Brasil, este instituto ganha maior destaque no caso do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, como tentativa de defesa em processos envolvendo acusações de corrupção e lavagem de dinheiro.

O Lawfare pode ser definido como “o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 26).

A instrumentalização do Direito como arma de guerra para atingir o seu inimigo da vez, no caso de Lula, a figura política mais popular do país, acabaram neutralizando a propensa ascensão política do Partido dos Trabalhadores (PT) em ter novamente no cargo máximo da nação um de seus representantes.

Ademais, a opinião popular em sua grande maioria é formada pelas informações trazidas pelos meios de comunicação, que utilizam toda a sua influência em defesa de seus interesses. Tal cobertura midiática, outrora pretensamente imparcial, exerce pressão em cima da figura política que se quer atingir através do Lawfare, fixando no subconsciente do seu leitor, ouvinte, telespectador e, consequentemente, eleitor em potencial, a vulnerabilidade política daquele que vai de encontro aos seus interesses predefinidos.

Neste momento, abre-se margem a outro tipo de fenômeno paralelo, o chamado Ativismo Judicial. Para Barroso (2009, p. 6), quando as demandas sociais não são atendidas pelos legisladores, cabe ao Judiciário regular as questões mais relevantes.

De acordo com o pensamento de Kahn (2003, p. 2705 apud BARROSO 2009, p. 14) “Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas”. Assim, não há que se confundir o instituto do Lawfare com o fenômeno do Ativismo Judicial.

Diante da insegurança que a utilização do método Lawfare pode causar nas instituições que permeiam as três esferas de poder, e ainda mediante o quadro político que se instaurou no país, a presente pesquisa torna-se de extrema relevância, com reflexo no cenário social brasileiro em análise aprofundada sobre a estrategização do Direito como arma de guerra, em flagrante ataque à nossa democracia e ao Estado de Direito.

Por fim, demonstra os possíveis métodos de repressão e prevenção a esta prática, levando-se em consideração o princípio do juiz natural, a independência dos poderes, o respeito ao devido processo legal, e o levantamento de causas de suspeição e impedimento de juízes em casos que possam manifestar flagrante pessoalidade.

1. LAWFARE: CONCEITO E HISTÓRIA

A utilização da lei para alcançar um objetivo político não é novidade nos governos atuais, principalmente quando há interesses de destituir ou inabilitar um adversário político eleito democraticamente. A tal prática, damos o nome de Lawfare que

pode ser definido como “o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 26).

Precipuamente, o Lawfare não deve ser entendido apenas como um instrumento teórico. A origem do termo está na contração das palavras inglesas “Law” (lei) e “Warfare” (guerra), sendo uma forma de guerra silenciosa que se utiliza de instrumentos jurídicos convencionais e não convencionais, a fim de desacreditar a imagem de determinado adversário, não raramente valendo-se do manejo de informações para privilegiar certos interesses.

As primeiras menções ao termo remontam ao ano de 1975, em artigo publicado por Carlson e Yeomans (1975 apud GLOPPEN, 2017, p. 4) que entenderam ser a lei uma substituta da guerra convencional, onde não se buscava saber a verdade ou quem sairia vencedor no final; a guerra se daria “com palavras em vez de espadas”. Isso significava que, em termos de material humano, a guerra jurídica era mais benéfica, tendo em vista a quantidade de vidas perdidas e o derramamento de sangue que uma guerra convencional manifestava.

No entanto, foi somente em artigo publicado em 2001, pelo coronel aposentado da Força Aérea Americana Charles Dunlap Jr, que o termo Lawfare foi difundido completamente. Como se tratava de uma época após o atentado de 11 de setembro, os Estados Unidos buscavam se recuperar do ataque sem precedentes.

A ideia inicial de Dunlap era utilizar o termo para criticar o Direito Internacional dos Direitos Humanos que, através de suas normas, estava interferindo nas estratégias militares dos Estados Unidos no Oriente Médio, “com referência particular ao uso do direito internacional pelas organizações não-governamentais para deslegitimar Israel” (GLOPPEN, 2017, p. 4).

Para o ex-coronel, “existem evidências perturbadoras de que o estado de direito está sendo sequestrado em apenas outra maneira de lutar” (DUNLAP, 2001, p. 2), fazendo alusão ao uso do Lawfare internacional. Neste caso, a lei se igualaria a uma ferramenta de guerra, podendo estar a serviço do Estado de Direito ou não, dependendo de quem e por qual motivo se quer atingir determinado alvo.

Paralelamente à publicação de Dunlap, mais precisamente no mesmo ano, o antropólogo americano John Comaroff propôs uma nova definição para Lawfare, indicando que a utilização do termo é muito mais antiga do que se pensa, fazendo

referência ao processo de colonialismo da África do Sul no século XVIII. Para ele, o conceito circularia em torno do “[...] esforço para conquistar e controlar os povos indígenas pelo uso coercitivo de meios legais” COMAROFF (2001, apud GLOPPEN, 2017, p. 5). Independente das revoluções sociais que aconteceram durante os séculos, a “[...] governança moderna se apoia no Estado de Direito e usa a demarcação de ‘ilegalidade’ para propósitos de domínio, disciplina e expropriação” (COMAROFF, Jean; COMAROFF, John, 2007 apud GLOPPEN, 2017, p. 5).

Outro ponto de vista a ser debatido, é o defendido por Kittrie (2016 apud ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 19, 20) para quem o conceito de Lawfare não se voltaria apenas ao sentido de estratégia de guerra militar em sua conotação convencional, mas “a ação deve ser motivada pelo desejo de enfraquecer ou destruir um adversário”. Por essa razão, o Lawfare, isto é, o uso da lei como arma de guerra, é o mais novo recurso de combate do século XXI” (DUNLAP, 2001, p. 2).

Em 2007, Comaroff retorna à discussão que gira em torno do conceito de Lawfare e, em uma análise crítica à política neoliberal, passa a observá-lo sob outra perspectiva. Em sua nova concepção, o termo seria utilizado como “o recurso a instrumentos legais, à violência inerente à lei, para cometer atos de coerção política” (COMAROFF, Jean; COMAROFF, John, 2007 apud ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 19). Dessa maneira, não se falaria tão somente em usar o referido instituto como forma de controle sobre determinado povo, mas como estratégia de interesses políticos e sociais, incitando a sublevação de grupos mais vulneráveis através da manipulação da opinião popular, em uma verdadeira contraversão do papel da lei.

Esse tipo de recurso pode ser tido como uma espécie de “estratégia liliputiana” em “[...] uma forma de captura neoliberal da política, colocando em risco a própria afirmação dos direitos em questão” (COMAROFF, Jean; COMAROFF, John, 2007 apud ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 19).

Outro conceito a ser explanado e que retorna ao pensamento de Comaroff e sua ideia de Lawfare insurgente, é a defendida por Gloppen (2017, p. 14) que define como as “estratégias de mobilização jurídica que incluem alguma forma de litígio e que são motivadas por um objetivo de transformação social que vai além da vitória em um processo judicial individual”. As mobilizações jurídicas, aliadas às mobilizações sociais,

tornam-se uma força poderosa, e o processo de litígio seria a maneira encontrada para legalizar as ações de ataque.

Imaginemos a existência de um caso notório de grande visibilidade e que envolva uma causa de relevante impacto social. A sociedade, enquanto maior interessada, motivada pela sede de realizar justiça e transformação social, acaba por endossar a tomada de decisão de juízes ou agentes do sistema de justiça, transferindo a responsabilidade para o Judiciário. Ademais, aqui ressaltamos que, embora semelhantes, não podemos confundir o conceito de Lawfare trazido por Gloppen, com o fenômeno do ativismo judicial, que será objeto de futura explicação.

Neste diapasão, pode-se observar que os atores sociais são usados como parte da estratégia de Lawfare dos verdadeiros interessados no litígio. A predisposição dos juízes em julgar casos semelhantes, a jurisdição em que o mesmo será proposto, e a facilidade dos agentes do sistema de justiça em transitar entre eles, são critérios que somente aqueles que estão inseridos no jogo político podem ter acesso.

Com o propósito de entender melhor o uso das normas jurídicas como armas de guerra, convém explorar de forma pormenorizada a definição de Lawfare e sua utilização estratégica, ao passo que “[...] ao enunciar-se que do Direito se faz um uso estratégico, imediatamente se infere que as normas jurídicas se convertem em armas para atingir determinados inimigos” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 26).

Segundo Rabkin (2004 apud GLOPPEN, 2017, p. 5) o termo Lawfare está intrinsecamente ligado à elaboração de estratégias “usando ou abusando da lei como um substituto para meios militares para atingir objetivos militares”. No entanto, utilizar-se do direito como instrumento de guerra ou de forma estratégica, é solapar toda a construção do próprio Direito.

Nesse sentido salutar é a reflexão de Lenio Luiz Streck (2017, p. 33):

“Veja-se: o Direito se constrói, democraticamente, a partir da moral, da ética, da política, da economia. Direito tem com a moral uma cooriginariedade, como diz Habermas. Isto quer dizer que, construído na esfera pública, comunicado em uma linguagem pública, o Direito, para a segurança da democracia, não mais pode ser corrigido pela moral. Simples assim. (...) A Constituição virou norma. E a democracia passou a ser feita no Direito e a partir do Direito, a política passou a depender do Direito”.

O uso estratégico do Direito para fins de “prejudicar, deslegitimar ou destruir um inimigo” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 28) busca a um só tempo “promover a denúncia da estrategização do Direito e permite revelar, a partir da ciência da estratégia, como funciona a instrumentalização das normas jurídicas para fins de guerra” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 29). Assim, o Lawfare possui diversos conceitos e uma variedade multifacetada de formas de aplicação. Frente a isto, podemos analisá-lo através de dimensões estratégicas, a fim de compreender este fenômeno de forma mais completa.

A primeira dimensão estratégica é a geografia. Para Galula (2006 apud ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 36) “a geografia pode enfraquecer o mais forte regime político ou fortalecer o mais fraco deles”.

Quando se está na guerra, a escolha do campo de batalha poderá revelar vantagens e desvantagens ao seu favor, por isso, conhecer a geografia do lugar de batalha poderá inibir uma ação inimiga ou facilitar a frustração de um possível ataque de seu adversário. No âmbito do Lawfare o campo de batalha “[...] é representado pelos órgãos públicos encarregados de aplicar o Direito, em função de cujas inclinações interpretativas as armas a serem utilizadas terão mais ou menos força” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 36).

As escolhas da competência e da jurisdição influenciam efetivamente nos objetivos do praticante do Lawfare, pois a designação de processos, aliados a interesses comuns de juízes e autoridades do sistema de persecução penal, aumentam as possibilidades das estratégias surtirem os efeitos desejados, em flagrante desrespeito à primeira dimensão do Lawfare.

A segunda dimensão, diz respeito ao armamento, ou seja, quais armas serão utilizadas no enfrentamento de determinado adversário. No que diz respeito ao uso das leis como instrumento de guerra, “o armamento é representado pelo ato normativo escolhido para vulnerar o inimigo eleito – ou, ainda, pela norma jurídica indevidamente extraída pelo intérprete do texto legal” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 38).

Fundamentalmente, a escolha dos atos normativos é mascarada pela busca do interesse coletivo, sendo os mais utilizados pelos adeptos da prática do Lawfare “[...] os anticorrupção, antiterrorismo e os relativos à segurança nacional” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 38). A título de complementação,

poderíamos citar ainda “[...] o uso estratégico das leis e dos procedimentos jurídicos relativos ao impeachment” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 50) e, no caso do Brasil, a utilização da Lei da Ficha Limpa.

Visto que as leis mencionadas “veiculam conceitos vagos – manipuláveis facilmente –, ostentam violentas medidas cautelares e investigatórias e vulneram gravemente a imagem do inimigo” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 38), utilizá-las como arcabouço jurídico para sustentar uma estratégia de Lawfare não provoca surpresa.

A terceira dimensão estratégica diz respeito às externalidades no Lawfare, que “consistem nas técnicas de manipulação de informação para gerar um ambiente favorável ou aceitável para o uso das armas jurídicas contra o inimigo” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 51).

Utilizar tais técnicas de manipulação de informação, combinadas a ações de aparente legalidade, na maioria das vezes com a cobertura midiática massacrando seu adversário, acaba por exercer a pressão necessária para desestabilizá-lo e torná-lo vulnerável às acusações. O punitivismo midiático, neste caso, é necessário para o sucesso da estratégia, pois “transmite-se a presunção de culpa e demoniza-se o oponente para a sociedade e para a opinião pública” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 52).

O trial by media, ou seja, o julgamento pela mídia, é próprio do Lawfare e “[...] compreende a cobertura jornalística de certas suspeitas ou processos criminais em que indivíduos são acusados de terem cometido crimes e irregularidades [...]” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 62).

As informações transmitidas pela grande mídia também podem criar um ambiente oportuno para a guerra. Como demonstrado alhures, o campo de batalha pode ser tratado como uma “via de mão dupla”, pois, ao mesmo tempo, pode deflagrar vantagens e desvantagens para os envolvidos. Isto ocorre porque, uma vez lançada a informação ao público, perde-se o controle sobre a mesma, podendo voltar-se contra os próprios propagandistas.

As determinações de penas antecipadas na mídia sem sentença judicial destroem não só a imagem pública daquele que é alvo, mas trazem consequências pessoais e profissionais para este, em verdadeira violação aos direitos de defesa e ao princípio da

presunção de inocência. O ambiente acaba se tornando uma verdadeira guerra de informação, fenômeno de extrema relevância ao Lawfare.

Nestas condições,

“A mídia cria um ambiente de suposta legitimidade para essa perseguição, gerada pela presunção de culpabilidade do inimigo escolhido (em detrimento da presunção de inocência), a fim de: (i) viabilizar uma condenação sem provas ou, ainda, (ii) estimular a opinião pública a exigir essa condenação” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 53).

No contexto atual, em que as mídias sociais ganharam grande espaço na vida das pessoas, a globalização e a expansão do acesso à informação reforçam o papel da mídia como uma espécie de quarto poder. A promoção de informações falsas, as chamadas fakes news, carregadas de conteúdo caluniador e difamatório, reforçam a sanha punitivista da sociedade.

2. O CASO LULA E O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

Os recentes acontecimentos políticos no Brasil somente evidenciam a realidade precária da democracia brasileira. Não só a instabilidade política, mas o ambiente de insegurança jurídica, instaurado nas decisões proferidas nos julgamentos das cortes do país acaba reforçando o papel da lei como solução para todos os males da sociedade.

A ponderação de ideias e o respeito aos princípios legais reproduzidos na Carta Magna, são soterrados pela animosidade daqueles que veem no uso estratégico da lei uma forma de imposição ideológica na defesa de interesses políticos próprios.

Indubitavelmente, o maior exemplo de Lawfare no Brasil para fins políticos, geopolíticos e comerciais, é o caso do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, no contexto da chamada “Operação Lava Jato”. A sentença que o condenou a 12 anos e 01 mês de prisão por crimes de Corrupção Passiva e Lavagem de Dinheiro, serviu para demonstrar a fragilidade do sistema de justiça do nosso país e do processo penal como um todo.

Ao correlacionar os acontecimentos do processo com os meios de execução do Lawfare, a escolha da jurisdição pode ser tratada como ponto de partida para o sucesso da estratégia lançada contra Lula, pois “nessa prática, o objetivo é escolher o Direito

(armamento) e o órgão julgador (geografia) mais favorável às teses do autor” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 116).

O famigerado “Caso Triplex do Guarujá”, como ficou conhecido o processo do ex-Presidente, tramitou na 13ª Vara da Justiça Federal de Curitiba, que tinha como juiz titular à época, Sergio Fernando Moro, figura que ganharia grande visibilidade midiática com o desenrolar do caso.

Neste ponto, chamamos atenção “[...] a fim de esclarecer que a legislação brasileira prevê critérios para a fixação e modificação de competência [...]” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 118) e que, no processo penal brasileiro, “[...] é competente o juiz ou o órgão jurisdicional onde teria ocorrido o suposto crime (art.69 do Código de Processo Penal)” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 118).

O comprometimento da jurisdição no caso de Lula influenciou fortemente em seu julgamento. O fato de seu julgador tratá-lo como inimigo público declarado, acabou transformando-o em culpado antes mesmo da sentença em 1ª instância. Um processo eivado de ilegalidades desde a sua origem e aliado às normas jurídicas escolhidas no âmbito da “Lava Jato” para incriminá-lo, acabaram por estigmatizar o ex-Presidente “[...] com base em alegações de condutas de reprovabilidade social [...]” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 120).

A aplicação da tática de tribunal de exceção, terminantemente proibida pela Constituição Federal, quando “no âmbito da Operação Lava Jato, por meio de julgado proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região [...]” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 92), demonstrou a possibilidade de um tratamento excepcional ao caso Lula.

No entanto, mais do que a escolha intencional de determinada jurisdição e competência, o caso Lula é marcado pelo uso das táticas do Lawfare a partir da propositura de denúncias sem materialidade, ou sem justa causa, até o abuso de prisões preventivas como forma de pressão para a obtenção de delações premiadas.

Neste ponto,

“Deve-se analisar o instituto da delação premiada com muita cautela. Primeiro, a prática de “caguetagem” mediante benefícios é uma “prova” muito frágil no processo penal, pois incentiva o delator a falar qualquer coisa em troca de vantagens. Segundo, a partir da perspectiva de carrots and sticks, o instituto da delação premiada é facilmente deturpado na

busca da condenação do inimigo”. (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 83)

O carrots and stickes trata-se de um método que utiliza a recompensa ou a punição como táticas para se alcançar determinados objetivos. Se o acusado colabora espontaneamente por meio da delação premiada, ele será recompensado, talvez com o abrandamento de pena, por exemplo. Por outro lado, se não colabora, sofre as severas punições, que na maioria das vezes ultrapassam a figura do condenado, em flagrante desrespeito ao Princípio Constitucional da Intranscendência da Pena, se estendendo os efeitos da sentença não só aos seus bens, mas aos seus familiares.

Ademais, pode-se considerar que “[...] um dos pilares da Operação Lava Jato foi o uso de delações premiadas como forma de ampliação do escopo das investigações [...]” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 80). Isso significa que, com intuito de atingir determinado inimigo, o praticante do Lawfare faz do “[...] uso de prisões preventivas ilegais, mantidas por meses ou anos a fio sem que haja elementos concretos para sua justificação [...]” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 81), uma forma de tortura psicológica, com fins nítidos de desestabilizar o colaborador para que ele revele exatamente aquilo que os seus acusadores estão investigando.

No Lawfare todas as táticas aplicadas fazem alusão à guerra na sua modalidade convencional, com a substituição das armas pelo uso da lei, do campo de batalha pelos tribunais, e da figura do inimigo pelo alvo político que se quer atingir.

A título de complementação, abre-se um parêntese sobre quem pode ser considerado inimigo nessas circunstâncias. Na visão de Zaffaroni (2007 apud ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 28) “[...] em uma verdadeira democracia constitucional não se admite, de modo algum, a figura do inimigo”, pois isto significaria reascender os ideários de uma autocracia, visto que em um regime democrático, em tese, todas as pessoas possuem direitos iguais. Não obstante, a ideia de “inimigo” não é recente, sendo estudada e aplicada há muito tempo, no chamado Direito Penal do Inimigo.

A figura política de Lula poderia ser tratada pelas autoridades dos órgãos responsáveis em aplicar o Direito ao seu caso concreto, como a de um “inimigo”. Mas, o que levaria a recente Força Tarefa formada ainda sobre os desígnios de Rodrigo Janot, na

época Procurador Geral da República, ao ímpeto de usar as estratégias do Lawfare para deslegitimar a figura política mais popular do país?

Na verdade o caminho já tinha sido trilhado desde o julgamento do caso Mensalão em meados de 2012, que fora transmitido pela televisão e que expôs todas as maledicências do jogo político e dos desvios de dinheiro público por parte dos principais atores políticos da época, principalmente os do Partido dos Trabalhadores (PT), em verdadeiro espetáculo midiático.

A presença marcante da imprensa no caso do ex-Presidente Lula contribuiu assustadoramente para a consistência de sua campanha de deslegitimação política iniciada pelos próprios membros da Lava Jato, que passaram “[...] a publicar diversas hipóteses acusatórias contra Lula, buscando associá-lo, sobretudo, aos ilícitos praticados no âmbito da Petrobras” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 120).

O ex-Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, em seu livro Nada Menos que Tudo, afirma que não conhecia todos os passos da Lava Jato e que “[...] só sabia dos episódios mais relevantes, como abertura de novos inquéritos, delações e prisões, por intermédio da imprensa [...]” (JANOT, 2019, p. 39,40). Ademais, a pressão midiática escancarada no caso Lula, evidenciou a prática de outro fenômeno jurídico: o chamado ativismo judicial.

Para Barroso (2009, p. 6) “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Por outro lado, em uma análise crítica deste instituto, Abboud e Mendes (2019, p. 3) entendem que o ativismo judicial pode ser considerado “[...] a troca do direito institucionalizado nas leis e na jurisprudência pela ideologia ou pela política [...]”.

Isto é, apesar da grande maioria doutrinária entender que o ativismo judicial não passa de uma visão subjetiva de quem está julgando, que fere não somente a Constituição Federal, mas as leis que fazem parte do ordenamento jurídico como um todo; a problemática se dá na verdade em torno de “[...] negar o direito enquanto paradigma autônomo de normatividade e submetê-lo aos ditames da política, independentemente do colorido ideológico para tanto” (ABBOUD; MENDES, 2019, p. 3).

Por exemplo, quando um juiz está diante de um caso de relevante interesse social e toma conhecimento de condenações anteriores do réu que vão de encontro às suas convicções e ideologias, haverá um pré-julgamento daquele acusado que acabará sendo

prejudicado. Nesse ínterim, as mídias têm trabalhado de forma eficaz, lançando campanhas de fake news, espalhando informações, sejam elas propagadas de forma excessiva ou distorcida, em uma verdadeira “Information Warfare”.

Pelo ponto de vista de Abboud e Mendes (2019, p. 4) “não há – e nem poderá haver – bom ou mau ativismo”, levando-se em consideração que “[...] toda decisão judicial que se fundamente em convicções pessoais ou no senso de justiça do intérprete, à revelia da legalidade vigente [...]”, dentro da interpretação apresentada pode ser considerado “[...] pernicioso para o Estado Democrático de Direito”.

No entanto, sob outra perspectiva, o ativismo judicial tem sua face positiva e negativa, podendo ser tratado como algo bom quando “o Judiciário está atendendo às demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento [...] e o aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica” (BARROSO, 2009, p. 9).

O termo ativismo judicial não pode ser confundido com a “Judicialização da Política”. Ambos, apesar de dialogarem, são termos diferentes (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019).

Segundo Barroso (2009, p. 3), a “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais [...]”; o que, na visão do autor, dá margem a “uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”.

Por outro viés, a Judicialização pode ser entendida como “[...] um dado sociológico, uma decorrência do perfil das Constituições contemporâneas cujas normas avançam sobre as ordens política, econômica e social” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 32).

Desta maneira, apesar de os juízes serem considerados agentes políticos que devem estar atentos a realidade da sociedade, a aplicação de suas decisões deve conter a imparcialidade ligada à sua função, pois na medida em que um juiz deixa de lado os Princípios Democráticos de Direito, as normas estabelecidas da Constituição Federal, em função de privilegiar a aplicação de decisões carregadas de subjetividade e não técnica, parcialidade, ideologias e convicções próprias, coloca-se em xeque a democracia conquistada.

3. MECANISMOS DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO LAWFARE NO ORDENAMENTO INTERNACIONAL E INTERNO

É inegável o espaço que o Lawfare vem alcançando nas chamadas democracias contemporâneas. Muito disso se atribui à hegemonia neoliberal que domina as governanças mundiais. Primordialmente, tem uma parte de sua origem também no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Assim, não há como compreendê-lo “[...] sem o contexto internacional e neoliberal das relações internacionais [...]” (RICOBOM; PETRI, 2018, p. 220).

O termo Lawfare se projetou “rapidamente na América Latina e é assimilado com grande força nos léxicos jurídico e político, em um contexto de proliferação de grandes operações de ‘combate’ à corrupção” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 21). E apesar de ter sua origem no Direito Internacional, “[...] ganhou contornos próprios nos sistemas jurídicos nacionais [...]” (RICOBOM; PETRI, 2018, p. 220), constatando-se que as práticas independem de partidos políticos ou grupos de esquerda e direita.

No Brasil, por exemplo, nas seis últimas eleições presidenciais “[...] a disputa política esteve polarizada entre PT e PSDB” (RICOBOM; PETRI, 2018, p. 222). O Lawfare quando usado para fins políticos, geopolíticos e econômicos, fere a pluralidade política e a alternância de poder, o que pode fragilizar de forma duradoura uma democracia.

No que concerne ao sistema jurídico nacional, como mecanismo de prevenção ao Lawfare, o rol taxativo dos arts. 252 e 254 do Código de Processo Penal são claros ao determinar as causas de suspeição e impedimento de magistrados em processos de flagrante parcialidade e que não estejam de acordo com o devido processo legal (BRASIL, 1941). Assim, se um juiz tiver sua imparcialidade questionada frente a decisões tomadas no decorrer de determinado processo, por questões de amizade ou inimizade com as partes, pode considerar-se suspeito.

Na visão de Alarcón e Godoy Drigo (2018, p. 231) “[...] a imparcialidade do juízo e a neutralidade política do Poder Judiciário constituem balizas do sistema jurídico de qualquer Estado democrático”. Desta forma, com vistas a reforçar a imparcialidade dos magistrados em julgamentos que envolvam atores políticos de grande destaque social, ou que estejam envolvidos em escândalos de corrupção espetacularizada pela mídia na

aplicação mais tendenciosa do Trial by Media, a Carta Magna ao tratar do Poder Judiciário, prevê expressamente que fica vedado aos juízes “dedicar-se à atividade político-partidária” (BRASIL, 1988, art. 95, § único, III).

Ora, as aplicações de tais normas de certo não podem ficar à margem da independência do judiciário ou da possibilidade de constrangimento à liberdade de expressão dos membros do Poder Judiciário, uma vez que “[...] de pronto, a independência judicial deve ser entendida como a garantia de não interferência de outros poderes, instituições ou interesses políticos nas decisões judiciais [...]” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 60), muito menos abrir margem para um ativismo judicial descomedido.

Ademais, “não se deve jamais confundir independência do judiciário com falta de accountability da magistratura [...]” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 61). A representação que o magistrado carrega como agente de transformação social não se assemelha à independência judicial, pois o peso das decisões julgadas “[...] por ímpetos e paixões ideológicas, ao largo dos parâmetros legais [...]” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 61) devem ser sustentadas pelo próprio agente público.

No entanto, o referido questionamento não é objeto desta pesquisa, podendo ser tratado de forma mais abrangente em outro momento, afinal, “o bem maior a ser protegido, mais uma vez, é o Sistema de Justiça, sua credibilidade e sua independência” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 60).

Ademais, outro mecanismo de prevenção a ser explorado diz respeito à observância ao processamento constitucionalmente adequado. Neste ponto, ressalta-se a aplicação das normas constitucionais não só como mecanismo de prevenção, mas de repressão a depender da ilegalidade a ser combatida. Fala-se em mecanismos de repressão ao Lawfare quando em flagrantes casos de ilegalidades jurídicas reconhecidas a posteriori, autoridades do sistema de justiça cometem abusos e arbitrariedades no Direito.

Normas que asseguram o devido processo legal (BRASIL, 1988, art. 5º, LIV), o processamento e julgamento por autoridade competente (BRASIL, 1988, art. 5º, LIII) e a proibição de juízo de exceção (BRASIL, 1988, art. 5º, XXXVII) são basilares para o alcance de um processamento constitucionalmente adequado e livre de subjetividade ideológica. Afinal, “nunca é demais lembrar que uma das principais garantias processuais

é o princípio do juiz natural, em seu duplo aspecto, de proibição de tribunais de exceção, [...] e de garantia do juiz competente [...]” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 37).

O Direito Internacional Público, por sua vez, sustenta o entendimento que “[...] os pré-julgamentos de culpa do réu por parte de funcionários públicos, podem causar violações à presunção de inocência” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 63). O princípio da Presunção de Inocência também está previsto no Estatuto de Roma em seu artigo 66.1, ressaltando que: “Toda pessoa se presume inocente até prova de sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável” (BRASIL, 2002).

Ainda, a garantia ao direito de plenitude de defesa e presunção de inocência podem ser encontrados nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Estado Brasileiro, que “também veiculam a previsão explícita da garantia do juiz natural [...]” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 37).

Outrossim, “o artigo X da Declaração Universal de Direitos Humanos e o artigo 14 do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas estabelecem que todo indivíduo tem direito a um julgamento justo, independente e imparcial” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 60), e que “[...] qualquer ameaça a esse conceito é uma ameaça ao Sistema de Justiça e ao Estado de Direito” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 60). As realizações de “manobras” jurídicas camufladas em processos penais extremamente inquisitoriais, carregam sobre si as irregularidades encontradas nas decisões judiciais arbitrárias de juízes que se comportam como verdadeiros justiceiros togados.

Uma forma de repressão encontrada a fim de combater o uso desenfreado da mídia e das fake news como armas para a prática de Lawfare, no cenário internacional e no contexto interno, foi a criação ao redor do mundo de Conselhos de Imprensa “para receberem e apurarem denúncias de práticas contrárias ao bom jornalismo” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 59).

No Brasil, até o momento desta pesquisa, não há Conselho de Imprensa ou qualquer órgão semelhante específico para receber denúncias referentes às práticas abusivas da imprensa ou mídias sociais que se utilizam exclusivamente do Lawfare para a disseminação de acusações difamatórias e caluniosas a fim de deslegitimar adversário político. No entanto, insta ressaltar que tramita no Senado Federal um Projeto de Lei (PL

2.630/2020) proposto pelo Senador Alessandro Vieira (Cidadania - SE) junto aos Deputados Tábata Amaral (PDT - SP) e Felipe Rigoni (PSB - ES), que trata da criação da Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, conhecida também como “Lei das Fake News”. O texto do projeto de lei prevê uma série de sanções àqueles que não cumprirem com as determinações legais, numa tentativa de criminalizar as ações de grupos que fazem da propagação de fake news uma verdadeira arma de guerra no cenário político brasileiro.

De certo, a postura da mídia em propagar campanhas em desfavor daqueles que se opõem a seus interesses políticos “[...] por óbvio, exercem forte influência na sociedade que, por sua vez, acaba ‘pressionando’ os julgadores em suas decisões, os quais passaram a decidir de acordo com a aprovação popular” (ZANIN MARTINS, C.; ZANIN MARTINS, V.; VALIM, 2019, p. 63).

Dessa maneira, se faz necessário assegurar maior legitimidade aos mecanismos de prevenção e repressão ao Lawfare para que, em consonância com o Direito Internacional através do controle de constitucionalidade das normas dos Tratados Internacionais recepcionadas pela Constituição Federal Brasileira, haja reflexo no ordenamento jurídico interno e, conseqüentemente, a sustentação do Estado de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, a análise feita sobre a estrategização do Lawfare e seu uso como arma de guerra não convencional, colocam em destaque a extrema necessidade de se debater questões referentes à independência dos poderes. O protagonismo alcançado nos últimos anos pelo Poder Judiciário no papel de mediador social acaba transformando juízes em espécies de legisladores.

O fenômeno do Lawfare não deve ser confundido com o Ativismo Judicial, pois como dito anteriormente, este é usado como meio de mudança social onde os outros dois poderes deixam a desejar, enquanto aquele é usado como instrumento de guerra jurídica para fins de deslegitimar ou aniquilar um adversário político em defesa de interesses políticos, geopolíticos e econômicos.

No cenário brasileiro tomou-se como base a análise do caso concreto do ex-Presidente Lula, que somente reforçou a necessidade de compreender o fenômeno do

Lawfare de forma mais aprofundada e de buscar os mecanismos de prevenção e repressão já existentes no ordenamento jurídico interno para que, então, ocorra o combate as práticas deste instituto.

Neste contexto, é de primordial importância o destaque às normas constitucionais que estabelecem as causas de suspeição e impedimento dos juízes em casos de flagrante parcialidade e não observância do devido processo legal. Ainda, destacam-se as normas que dizem respeito ao processamento e julgamento por autoridade competente e as que proíbem o chamado juízo de exceção, que está intimamente ligado ao princípio do juiz natural, ao tratar das normas objetivas de julgamento e imparcialidade dos juízes.

Ademais, como mecanismo de repressão colocam-se em evidência as vedações impostas aos magistrados em dedicar-se a atividade político-partidária, matéria de calorosos debates no meio jurídico, pois não se deve invalidar um direito em detrimento de outro, tendo os membros do Poder Judiciário direito à liberdade de expressão e manifestação de ideias.

Além disso, se falou ainda no papel da imprensa como uma espécie de quarto poder e da influência que a propagação de notícias falsas com intuito de aniquilar e deslegitimar a imagem daqueles que são contrários a seus interesses, chamados “inimigos”, podem ter, surtindo efeitos catastróficos no cenário político e jurídico de um país, havendo a necessidade da criação de um Conselho de Imprensa, que receba as denúncias especificamente relacionadas ao Lawfare e as que são contrárias ao bom jornalismo.

Por fim, a forma seletiva que os tribunais passaram a atuar em nome da independência do judiciário, se amoldam aos interesses daqueles que veem nas práticas do Lawfare instrumentos de guerra capazes de transformar o cenário político de um país, cuja democracia ainda engatinha amparada por instituições frágeis e inseguras quanto ao seu papel. Um direito ainda atrelado aos paradigmas colonialistas e exercido por agentes diretamente vinculados a uma estrutura social oligárquica e engessada, sendo imperiosa uma visão crítica muito além do que se pretende apenas de um operador do direito.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. MENDES, Gilmar Ferreira. Ativismo Judicial: Notas introdutórias a uma polêmica contemporânea. **Revista dos Tribunais Online**, Vol.1008/2019, Disponível em: https://www.academia.edu/40298431/ATIVISMO_JUDICIAL_NOTAS_INTRODUTORIAS_A_UMA_POLE_MICA_CONTEMPORANEA. Acesso em: 10 abr. 2020.

ABBOUD, Georges. **A (in)dignidade da legislação e o pacote anticrime**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/georges-abboud-indignidade-legislacao-pacote-anticrime>. Acesso em 31 mai. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 29 mai. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional no 106/2020. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal.

DUNLAP JR, Charles J. **Law and Military Interventions**: Preserving Humanitarian Values in 21 st Century Conflicts. Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference, Kennedy School of Government, Harvard University, Washington, D.C.

Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3500/. Acesso em: 09 abr. 2020.

FERES JÚNIOR, João; SASSARA, Luna de Oliveira. Corrupção, escândalos e a cobertura midiática da política. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 35, n. 2, p. 205-225, jul. 2016. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5145>. Acesso em: 09 abr. 2020.

FRAGOSO, Rodrigo. Overcharging, a prática de exagerar nas acusações. **InfoMoney**. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/colunistas/crimes-financeiros/overcharging-a-pratica-de-exagerar-nas-acusacoes/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

GLOPPEN, Siri. Conceptualizing Lawfare: A Typology & Theoretical Framwork. Disponível em: https://www.academia.edu/35608212/Conceptualizing_Lawfare_A_Typology_and_Theoretical_Framwork. Acesso em: 14 mai. 2020.

JANOT, Rodrigo. **Nada menos que tudo**: bastidores da operação que colocou o sistema político em xeque. São Paulo: Planeta do Brasil, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Luz, câmera, ação: a espetacularização da operação**. Em

ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **O Caso Lula**. São Paulo: Contracorrente, 2017.

ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **Lawfare**: uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2019.

A DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMO FATOR DETERMINANTE PARA A (IN) EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIAS

Reulia Dourado da Costa

Bianor Saraiva Nogueira Junior

RESUMO

325

O artigo em questão, tem como finalidade mostrar o fator, dependência financeira da ofendida em relação ao seu companheiro. Será abordado discussão acerca do nascimento da Lei Maria da Penha, assim como às formas de violência contra a mulher e por fim, será tratado das medidas protetivas de Urgências. O tema, tornou-se de maior importância no cenário atual, pois, de um modo geral, as mulheres que mais sofrem a violência doméstica são aquelas que de alguma forma dependem de seus parceiros para prover seu sustento diário, tornando-as dependentes dos agressores. Sendo quase impossível o cumprimento das medidas protetivas de urgências. O referido estudo baseia-se em pesquisas bibliográficas, que reuniu diversas informações, na qual gerou inúmera discussão acerca do problema, possibilitando uma reflexão mais ampla diante do tema abordado.

PALAVRAS CHAVES: medidas protetivas, (in) eficácia, violência, mulher.

ABSTRACT

The article in question, aims to show the factor, financial dependence of the victim in relation to her partner. Discussion about the birth of the Maria da Penha Law, as well as the forms of violence against women, will be discussed and, finally, it will be dealt with the emergency protective measures. The topic in question has become of greater importance in the current scenario, because, in general, the women who suffer the most from domestic violence are those who somehow depend on their partners to provide their daily livelihood, making them dependent of the aggressors. It is almost impossible to comply with emergency protective measures. This study is based on bibliographic research, which gathered various information, in which it generated countless discussions about the problem, allowing a broader reflection on the topic addressed.

KEY WORDS: Protective Measures, Ineffectiveness, Violence, Woman.

INTRODUÇÃO

A lei 11.340/2006, também conhecida popularmente como lei Maria da penha, foi sancionada em 07 de agosto de 2006, com a finalidade de prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. A referida Lei representa um marco histórico no

enfrentamento da violência contra a mulher. Foi necessária uma longa caminhada de sofrimento para alcançar o fim da impunidade dos agressores.

Necessário destacar que a violência doméstica e familiar contra a mulher não é um problema isolados dos brasileiros, é tão antigo quanto à própria sociedade e pode ser justificada na forma como foi organizada, seguindo um modelo patriarcal em que o homem detém o comando da família e a mulher um papel secundário de mantenedora do lar, cuidadora dos filhos e dos afazeres domésticos.

Por vasto período de tempo, o homem deteve o total controle sobre a vida da mulher. Após uma longa batalha pelos grupos feministas, as mulheres foram garantindo seus direitos, dentre os quais o de serem sujeitos de direitos.

Um dos elementos principais desta norma legal, é a Medida Protetiva de Urgência, que busca dentre outras coisas, o afastamento do agressor.

O presente estudo tem como tema a dependência econômica da vítima de violência doméstica e sua relação com a ineficácia das medidas protetivas de urgências. Logo, pretende responder à seguinte questão-chave: A dependência econômica da vítima em relação ao agressor possui influência na (in) eficácia da Medidas Protetivas de Urgências?

O objetivo geral do estudo é demonstrar que há uma relação entre a dependência econômica da vítima e a (in) eficácia das Medidas Protetivas de Urgências, obrigando a mulher retornar à situação de violência, fazendo sem efeitos a decisão judicial que a beneficia.

A justificativa do tema emerge da atualidade, já que a violência doméstica é um fenômeno que ocorre não apenas no Brasil, mas em todo o mundo e merece ser combatida. Ademais, em uma época de pandemia mundial, em que as pessoas viram-se obrigadas a se manterem em isolamento, causou ainda mais um agravamento na situação das vítimas de violências doméstica, sobretudo pelo fator econômico, já que sem meios de subsistência, se veem obrigadas não apenas ao isolamento, mas também ao convívio com as agressões que passaram a ser mais frequentes.

Existe diversos tipos de violência contra a mulher, são elas: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Entende-se como violência doméstica atos praticados mediante grosseria contra a mulher no seio familiar, dentro de casa e nas relações familiares. Não sendo somente entre homem e mulher, abrange também outros membros da família, sendo eles unidos por laços naturais, afinidade ou vontade expressa. Desta

forma, a violência doméstica é uma conduta agressiva com intuito de obrigar ou estabelecer algo por meio da violência.

Diante do cenário de violência, foi necessário impor medidas protetivas de urgência, nas quais foram trazidas pela Lei Maria da Penha, que visam cessar a violência doméstica e familiar, porém, essas medidas possuem sua eficácia duvidosa.

As medidas protetivas elencadas na Lei, obrigam o agressor o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência, proíbe a aproximação da ofendida, de seus familiares, e das testemunhas, proíbe o contato com a ofendida, seus familiares por qualquer meio de comunicação, além de fixar uma distância entre o agressor e a vítima e seus familiares. Além disso, a Lei prevê prisão preventiva do agressor como forma de medida protetiva de urgência em determinada situação.

Diante disso, surgiu a questão de que as medidas protetivas de urgências não estão alcançando a finalidade para qual foram criadas. Destacando a necessidade da discussão sobre a eficácia ou não dessas medidas, e de sua forma de aplicação.

Para alcançar o fim almejado do trabalho, foi necessário revisar a bibliografia acerca da Lei Maria da Penha, além de optar pela técnica de pesquisa teórico bibliográfica, visando o estudo de doutrinas, artigos científicos e outros, com escopo de coletar informações para bom debate do tema.

A estrutura do trabalho, tem se em dois capítulos, dos quais o primeiro vai abordar um breve relato da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e a violência contra a mulher, assim como, os tipos de violência. O segundo, abordará as causas de (in) eficácias das Medidas Protetivas de Urgências, com destaque para a dependência econômica da vítima.

1 O NASCIMENTO DA LEI 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA)

A Lei 11.340/2006 surgiu com o intuito de prevenir e erradicar toda e qualquer forma de violência contra a mulher. A referida lei é resultado de inúmeras lutas de mulheres no enfrentamento contra a violência. Seu surgimento se deu devido os altos indices de violência contra a mulher no Brasil.

A Lei recebeu o nome da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que durante 20 (vinte) anos sofreu violência doméstica, o qual o agressor era seu marido, o colombiano, Marcos Antônio Heredia Viveros. Em 1983, Marco Antônio tentou matá-la

com um tiro de espingarda no momento em que Maria da Penha dormia. Na ocasião, Viveros alegou que haviam sido vítimas de assalto e que durante o ataque Maria da Penha havia sido atingida. Em decorrência do crime, a farmacêutica ficou paraplégica.

Após alguns meses, o agressor empurrou a mulher da cadeira de rodas e tentou matá-la eletrocutada no chuveiro. A investigação teve início naquele mesmo ano, contudo a Denúncia do Ministério Público só ocorreu no ano seguinte e a sentença oito anos depois.

Em 1991, houve a anulação do julgamento e em 1996 houve nova condenação, ficando fixado a pena em 10 anos de reclusão. A defesa então entra com recurso e mesmo após 15 anos desde o recurso ainda não havia uma definição do caso.

Em 1988, com auxílio de ONGS de defesa dos direitos da mulher, Maria da Penha conseguiu enviar o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sendo a denúncia aceita.

Em 2002 Viveros foi preso, para cumprir apenas dois anos da pena a ele imputado. Naquele tempo, o Brasil foi condenado internacionalmente por negligência e omissão com relação a forma de tratar a violência doméstica e familiar. Como punição, houve a recomendação de criação de uma legislação que resguardasse às vítimas deste tipo de violência, nascendo então a Lei 11.340/2006.

A Lei trouxe em seu seio, a luta e o sofrimento da Maria da Penha Fernandes. A mulher que representou milhares de Marias de todo o País.

Seu sofrimento deu origem a Lei 11.340/2006, sendo considerada hoje, uma das melhores Lei do mundo no que se refere o combate da violência doméstica e familiar.

O objetivo da Lei Maria da Penha é coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, tendo como objeto toda ação ou omissão baseada no gênero no âmbito da unidade doméstica, da família ou em uma relação íntima de afeto (BIANCHINI, pg. 241, 2013).

A violência de gênero envolve uma determinação social dos papéis masculino e feminino. Tais papéis são acompanhados de códigos de conduta introjetados pela educação diferenciada que atribui o controle das circunstâncias ao homem, o qual administra com a participação das mulheres, o que tem significado ditar-lhes rituais de entrega, contenção de vontades, recato sexual, vida voltada a questões meramente domésticas, priorização da maternidade (BIANCHINI, pg. 241, 2013).

1.1 A Violência Contra a Mulher

As origens da violência contra a mulher no Brasil se confundem com as próprias origens da nação e estão diretamente relacionadas à antiga família patriarcal, que tinha a mulher como cidadã de segunda classe (TRINDADE, 2016)

Podemos observar que a mulher acabou se colocando no lugar imposto pela sociedade, se calando diante de toda forma de violência praticada.

A violência é um ato de brutalidade, abuso, constrangimento, desrespeito, discriminação, impedimento, imposição, invasão, ofensa, proibição, sevícia, agressão física, psíquica, moral ou patrimonial contra alguém e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela ofensa e intimidações pelo medo e terror (ESSY, 2017, p. 5-10).

Tal sistema se perpetuou ao longo de todo Brasil colônia, influenciado também pelo controle do Estado Português, que não apenas o praticava como atuava de modo que qualquer tentativa de rebeldia ou mesmo pensamento contraio fosse combatido de modo contundente (SOUZA; BARACHO, 2015).

Somente a partir do século XIX esse comportamento começa a se modificar por meio de alterações na maneira de pensar, bem como na atitude de mulheres corajosas. Estas, já cansadas, insatisfeitas e revoltadas com a maneira pela qual eram tratadas, com a violência a qual eram submetidas e o descaso da sociedade, deram início a uma revolução silenciosa, que foi tomando forma e ganhando força à medida que se buscavam garantias devido à violação dos direitos da mulher (BARROS, 2018).

Apesar de os abusos persistirem, direitos foram conquistados aos poucos. O voto feminino, por exemplo, só foi instituído durante os anos trinta. A luta não parou e outros direitos finalmente foram reconhecidos e transformados em leis que pudessem não somente garanti-los, mas, principalmente, protegê-los. (TRINDADE, 2016).

Porém, pode-se argumentar que as medidas efetivas em relação ao combate da violência contra a mulher só foram realmente adotadas a partir da segunda metade do século XIX e tiveram maior respaldo com a promulgação da Constituição de 1998 e da Lei 11.340/2006, que ficou conhecida como Lei Maria da Penha (ESSY, 2017).

Feitas tais colocações, podemos observar que a violência está enraizada desde o princípio, tendo reflexo na sociedade atual. Mesmo com diversas formas de coibi a violência, está ainda insiste em permanecer no nosso dia a dia.

Partindo desse ponto, cabe analisar a aplicabilidade das medidas protetivas, mostrando sua eficácia e (in) eficácia diante da violência, sendo imposta apenas quando a vítima corre um risco concreto.

Além disso, BALLONE (2006) alerta que a violência doméstica é um dos fatores que mais estimula crianças e adolescentes a fugir de casa. Pesquisas realizadas nas ruas de São Paulo constataram que as crianças de rua apontam maus-tratos corporais, violência sexual e conflito domésticos como motivos para sair de casa.

1.2 Os Tipos de Violência Doméstica

De acordo com o que prevê a Lei Maria da Penha, são reconhecidas e tipificadas as seguintes modalidades de violência contra a mulher: física, psicológica, moral, sexual e patrimonial (GUEDES; GOMES, 2013).

A violência física se caracteriza por qualquer forma de violência corporal, ou seja, qualquer conduta ou atitude que ofenda a integridade da vítima e cause danos ao seu corpo, como, tentativa de homicídio, lesão corporal, tortura e outras (OLIVEIRA; PAES 2014).

A violência psicológica pode ser descrita como qualquer conduta que cause danos emocional, diminua a autoestima, prejudique ou mesmo perturbe o pleno desenvolvimento. Também, qualquer conduta que vise a degradar ou controlar as ações, o comportamento, as crenças e decisões, em face de ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outra ação que cause prejuízo à saúde psicológica e/ou a autodeterminação da mulher (VIANA et al. 2018).

Vale ressaltar que tanto a violência psicológica como a física, via de regra, são praticadas em âmbito público ou privado (VIANA et al. 2018).

A violência moral se caracteriza por qualquer ação que dê origem a calúnia, injúria ou difamação. Consequentemente, a prática se dá quando o agressor firma falsamente que a ofendida cometeu crime, quando a mesma não o praticou. A difamação caracteriza-se pela atribuição de fatos que maculem a reputação da vítima, desde que tais fatos sejam espalhados pelo agressor. Já a Injúria ocorre quando o agressor ofende a dignidade da ofendida, por meio de opinião, contra a sua reputação moral, críticas

mentirosas, xingamentos e outros. Ademais, vale ressaltar que atualmente esse tipo de violência também pode ocorrer por meio da internet (BARROS, 2018).

Já a violência sexual é toda e qualquer conduta que constranja a ofendida, que a mantenha ou a faça tomar parte de relação sexual não desejada, ou seja, quando não existe consentimento expresse. A conduta se caracteriza uma vez que haja ameaça, coação, intimidação ou uso de força. Além disso, a conduta também se configura mediante a indução, a comercialização ou a utilização de qualquer modo da sexualidade da ofendida que a proíba de usar qualquer método contraceptivo, que a obrigue ao casamento, a engravidar, praticar aborto ou a prostituir-se, em face de qualquer modo de chantagem, coação, manipulação, suborno ou mesmo que venha a anular ou limitar o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher ofendida (GUEDES; GOMES, 2013).

A violência patrimonial se materializa pela prática de qualquer conduta que implique subtração, retenção ou destruição parcial ou total dos objetos, dos instrumentos de trabalho, dos documentos pessoais, dos bens, dos valores e direitos ou dos recursos econômicos da mulher que tenham por finalidade a satisfação das necessidades dela (OLIVEIRA; PAES, 2014).

Vencidas tais explicações, podemos ver que a violência doméstica não se limita apenas em violência física, e sim em diversas formas de violência contra a mulher, desde um xingamento até a morte.

Percebe-se, portanto, que as modalidades de violência praticadas contra a mulher têm raízes profundas na maneira pela qual a sociedade enxerga homens e mulheres e ao papel que atribui a cada um, resultando em uma visão predominantemente machista, que espera, mesmo que de maneira velada, a submissão da mulher (VIANA et al., 2018).

2 DAS MEDIDAS PROTETIVAS

Umas das inovações trazidas pela Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) foram as Medidas Protetivas de Urgências, elencadas no capítulo II da referida Lei. As medidas protetivas têm como maior objetivo a prevenção da integridade física, moral, psicológica, sexual e patrimonial da mulher vítima de tais violência. Seus mecanismos servem não apenas para resguardar vidas, mas, também para garantir o direito de viver sem violência.

O capítulo II da Lei nº 11.340/2006 traz as medidas protetivas de urgência, que buscam assegurar a manutenção da integridade física, moral, psicológica e patrimonial da mulher vítima de violência doméstica e familiar, garantindo-lhe, dessa forma, a proteção

jurisdicional. O juiz, para garantir o cumprimento das medidas protetivas deferidas, poderá, a qualquer momento, requisitar o auxílio de força policial. Tais medidas ficam subordinadas aos requisitos constantes da Lei 11.340/2006, aos requisitos das medidas cautelares em geral e a um determinado prazo de duração, podendo sofrer dilação, no caso de ser verificada a necessidade de sua prorrogação (CAMPOS, 2008).

As medidas protetivas de urgência prevista na Lei Maria da penha estão elencadas nos artigos 22, 23 e 24 da referida Lei e se dividem entre as medidas que obrigam o agressor, as medidas protetivas à ofendida e as medidas de proteção patrimonial (BRANDÃO, 2012).

Entende-se como medidas protetivas, uma providência jurisdicional adequada para proteger e assegurar a todas as mulheres seus direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, independentemente de classe, orientação sexual, raça, religião, cultura, escolaridades e idade (PORTELA, 2011).

São adiantadas nos casos em que há qualquer tipo de violência doméstica e familiar contra a mulher, isto é, qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico, dano moral ou patrimonial (CARVALHO, 2010).

Todavia, para que possa aplicar as medidas Protetivas, é necessário que o pedido pretendido pela ofendida seja encaminhado a um dos juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. A ofendida tem o direito de opção no que se refere à competência do foro onde deseja que os autos tramitem, desse modo, os mesmos poderão tramitar no domicílio da ofendida, no domicílio do agressor ou mesmo onde se deu a conduta violenta, como dispõe o art. 15 da lei 11.340/2006 (BIAGI, 2014).

Além das Medidas Protetivas, a Lei Maria da Penha trouxe outras novidades, tais como: a prisão do agressor, a violência doméstica passa a ser uma agravante para aumentar a pena, não é possível mais substituir a pena por doação de cesta básica ou multas, entre outras.

É necessário destacar que antes da promulgação da Lei Maria da Penha, a mulher que sofresse qualquer tipo de violência (até então só era reconhecida a violência física) e que recorresse à delegacia de polícia lavrava um termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO), pelo qual, geralmente, ao autor do fato era imposto o pagamento de uma cesta básica ou a prestação de serviço à comunidade (JAIME, 2006). Portanto, hoje é realizado um boletim de ocorrência e aberta uma investigação policial, reunindo provas e

depoimentos, entre outros procedimentos, que depois de concluídos são enviados ao Ministério Público (BALZ, 2015).

Ressalta-se que, no art. 18 da referida Lei, consiste no pedido das medidas protetivas por parte da vítima, e, segundo Dias (2010), o Juiz, para agir, necessita ser provocado. A adoção de providências de natureza cautelar ou satisfativa está condicionada à vontade da vítima. Ainda que a mulher proceda ao registro da ocorrência, é dela a iniciativa de pedir proteção em sede de tutela de urgência. Só assim será formado expediente para deflagrar a concessão de medida protetiva de urgência.

Exclusivamente na hipótese de a vítima requerer medidas protetivas é que cabe ao Juiz agir de ofício, adotando, contudo, outras medidas que entender necessárias, para tornar efetiva a proteção que a Lei promete (PORTELA, 2011).

Muitos doutrinadores defendem que para o Juiz decretar a prisão preventiva basta apenas que o crime envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, para garantir a execução das medidas protetivas com urgência. Ou seja, o inciso III do artigo 313 do CPP é requisito necessário para que o Juiz decrete a prisão preventiva na Lei Maria da Penha, nos casos em que as outras medidas sejam ineficazes (PORTELA, 2011).

As medidas protetivas de urgências constituem a principal inovação da Lei Maria da Penha ao lado da criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Até então, o Juiz, nesses casos, encontrava-se muito limitado nas suas ações voltadas à proteção da mulher, sendo a maioria das causas de competência dos Juizados Especiais Criminais (BIANCHINI, pg. 164, 2013).

As medidas protetivas permitiram não só alargar o espectro de proteção da mulher, aumentando o sistema de prevenção e combate à violência, como também dar ao magistrado uma margem de atuação para que possa decidir por uma ou outra medida protetiva, de acordo com a necessidade exigida pela situação.

Aliás, é dado ao magistrado utilizar-se de dispositivos de várias áreas do direito, já que a Lei contempla (na parte que trata das medidas protetivas de urgência) instrumento de caráter civil, trabalhista, previdenciário, administrativo, penal e processual. É por isso que se diz que a Lei Maria da Penha é heterotópica, ou seja, prevê em seu bojo dispositivos de diversas naturezas jurídicas (BIANCHINI, pg. 164-165, 2013).

2.1 A Dependência Econômica da Vítima Como Forma de (in) eficácia da Medidas Protetivas

As medidas protetivas estabelecidas pelo juiz em face da vítima de violência doméstica, muitas vezes toma um curso diferente do esperado, pois são ineficazes para solucionar os problemas emergentes nos casos. Na maioria das vezes, o problema está na própria vítima quando resolve se retratar e reatar com o agressor, com isso, tornando as medidas sem eficácia alguma. Nem sempre é o judiciário o responsável pela não eficácia das medidas, por que quando a própria vítima resolve por bem se retratar da representação, consequentemente as medidas de proteção são revogadas pela autoridade que estabeleceu no caso o Juiz (PACHECO, 2015).

No Brasil, é comum mulheres vítimas de violência doméstica serem dependentes financeiramente de seus agressores. A falta de estudos e oportunidades são fatores que as tornam submissas dos seus companheiros.

A dependência financeira da vítima é um dos fatores que mais contribui para essa submissão, pois, a ofendida se ver obrigada a conviver por anos com um marido violento. Essa situação, as faz pensar que não existe outro meio de sobreviver, ainda mais diante de um país sem oportunidade de emprego. As vítimas logo de cara são reconhecidas, pois, possuem o mesmo perfil, são mulheres sofridas não só da violência, mas também com falta de cuidados especiais, digno de uma mulher.

Esse problema impede que a vítima dê continuidade no procedimento, alegando que dependem financeiramente do agressor, tornando as Medidas Protetivas de Urgências ineficaz, pois, acabam por aceitar novamente o agressor em seu lar.

A introdução das medidas protetivas de urgências constitui um dos pontos mais importantes da Lei Maria da Penha, uma vez que garante o aumento na proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Contudo, se há de notar que nem sempre tais medidas são cumpridas de acordo com a determinação judicial ou simplesmente não são cumpridas (CARVALHO, 2017).

Além desse fator, conforme escreve Melo (2011), percebe-se a falta de aparato e a estrutura ineficiente do Estado contribuem diretamente para que as Medidas Protetivas sejam descumpridas ou mesmo ignoradas pelos agressores que, munidos do sentimento de impunidade, simplesmente não demonstram preocupação com as possíveis consequências de seus atos (BALZ, 2015).

Muitas vezes, se torna impossível que se solucionem alguns casos, pois as vítimas não denunciam seus agressores por medo, e os mesmos acabam ficando impunes e prolongando por muitos anos o sofrimento das mulheres. Contudo, ainda que estes sejam denunciados afetivamente as medidas impostas não são suficientes para que o autor das agressões se mantenha afastado da vítima e, conseqüentemente, voltando a praticar atos de violência, mesmo estando sob imposição da justiça (PACHECO, 2015).

O que se pode notar é a dificuldade da aplicação e também da fiscalização das medidas protetivas quando se trata de conferir uma efetiva determinação judicial, tendo em vista que, muitas vezes, torna-se impossível aplicar tais dispositivos em sua integralidade. Vários são os fatores que contribuem para a não concretização dessas medidas (SOUSA, 2008).

Não se trata apenas de estabelecer o afastamento do agressor da vítima. Deveria haver uma fiscalização para saber se elas estão sendo cumpridas, pois, como já é sabido, muitas vezes o agressor ameaça para que a queixa seja retirada e, com isso, a vítima acaba por se retratar da representação, fazendo com que tais medidas de proteção sejam revogadas, ficando o agressor livre para praticar outros delitos (PACHECO, 2015).

Para que se possa proteger as mulheres contra a violência doméstica, é importante que, além da denúncia, seja mantido o pedido de proteção, pois somente dessa forma, se pode coibir esse tipo de violência (BALZ, 2015). Importa dizer que existem inúmeros motivos pelo qual a vítima não consegue dá continuidade no procedimento, conforme relatado acima. Porém, o referido trabalho faz referência principalmente na dependência econômica da ofendida.

A dependência econômica não existiria ou era minimizada se o Estado contribuísse com mais oportunidades para mulheres que buscam sua independência, seja ela financeira ou não, incentivando campanhas educativas, no sentido conscientizar e combater a cultura machista enraizada na sociedade. A mulher ainda é vista como um ser frágil, ou incapaz de ser inserida por completo no mercado de trabalho e tudo isso contribui para que as mulheres vivam como ser dependentes dos seus parceiros.

CONCLUSÃO

A Lei 11.340/2006 contribuiu intensamente para o avanço na luta contra a violência doméstica e familiar, seu mecanismo inovador determinou uma nova forma de proteger a mulher violentada, impondo rigidez no enfrentamento da violência.

Além da rigidez, a lei apresentou conceitos da violência doméstica, não se limitando apenas em agressão física, reconhecendo outras formas violências contra a mulher.

O trabalho apresentou a importância das medidas protetivas de urgências, que visam resguardar a vida da ofendida, por meio da proteção estatal. Lembrando que, para que seja concedida essas medidas, é necessário que ocorra uma conduta delituosa, na qual caracterize a violência doméstica.

Apesar do grande avanço no combate a violência doméstica e familiar, pode-se observar através do referido trabalho e de outros, que ainda há fatores que contribuem com a (in) eficiência dessas medidas protetivas, não sendo apenas negligência do estado, no sentido de fiscalizar, mas, especificamente pelo fator de dependência econômica que a vítima se encontra. Contribuindo assim, para o avanço da violência doméstica, tornando o principal mecanismo de defesa impotente.

Por fim, a Lei Maria da Penha só alcançará seu fim almejado, quando seus dispositivos vierem ser aplicados de forma severa. Obtendo resultado significativo na vida da vítima, e não tornando-as mais vulneráveis diante do agressor, afastando para sempre a sensação impunidade apresentada no cenário atual.

REFERÊNCIAS

BALZ, Débora Fernanda. **A Lei Maria da Penha e a (in) eficácia das Medidas Protetivas**. Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Santa Rosa 2015. Disponível em: <<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/3514/TCC%20Debora%20-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 30 de agosto de 2020.

BARROS, Renata. **Violência contra a mulher**. Parlamento Jovem. PUC – Minas. 2018. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ssoc/n138/0101-6628-ssoc-138-0342.pdf>> Acesso em: 15 de janeiro de 2020.

BIAGI, Sandra Fernandes. **Lei Maria da penha – A aplicabilidade das medidas protetivas de urgência como instrumento de prevenção e combate à reincidência**. Monografia apresentada ao curso de Especialização em Gestão de Políticas Públicas em Gênero e Raça- GPPGeR da Universidade de Brasília - UnB. Brasília, 2014. Disponível em: <https://bdm.unb.br/bitstream/10483/13099/1/2014_SandraFernandesBiagi.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2020.

BRANDÃO, Kellen Alves Jauhar Germano. **Da ineficácia das medidas cautelares previstas na Lei Maria da Penha – Impedimentos legais e demora judicial**. Artigo

científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2012. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/KellenAlvesJauharGermanoBrandao.pdf>. Acesso em: 30 de março de 2020.

CARVALHO, Kelly de Lima. **A (in) eficácia da Lei Maria da Penha e aplicabilidade das suas medidas protetivas de urgências**. Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA. Caruaru, 2017. Disponível em: <<http://200-98-146-54.cloudeduol.com.br/bitstream/123456789/1130/1/A%20%28IN%29%20EFIC%c3%81CIA%20DA%20LEI%20MARIA%20DA%20PENHA%20E%20APLICABILIDADE%20DAS%20SUAS%20MEDIDAS%20PROTETIVAS%20DE%20URG%c3%8aNCIA.pdf>>. Acesso em 25 de janeiro de 2020.

ESSY, Daniela Benevides. **A evolução histórica da violência contra a mulher no cenário brasileiro: do patriarcado à busca pela efetivação dos direitos humanos femininos.** Conteúdo Jurídico, Brasília – DF: 26 jul. 2017. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50534/a-evolucao-historica-da-violencia-contra-a-mulher-no-cenario-brasileiro-do-patriarcado-a-busca-pela-efetivacao-dos-direitos-humanos-femininos>> Acesso em: 26 de Setembro de 2020.

GUÉDES, Brena Késia Sales e GOMES, Flâmela Kevylla Silva. **Violência contra a mulher.** Faculdade Cearense. Ceará. 2013. Disponível em: <<https://www.faculdadescearenses.edu.br/revista2/edicoes/vol7-1-2014/artigo12.pdf>>. Acesso em 15 de janeiro de 2020.

OLIVEIRA, Gabriela Cristina Costa de; PAES, Maione Silva Louzada. **Violência de gênero contra a mulher – A Vivência deste fenômeno**. Revista Enfermagem Integrada. Unileste. v. 7 – nº 1- Ipatinga. 2014. Disponível em: <<https://pdfslide.net/documents/violencia-de-genero-contra-a-mulher-a-vivencia-deste-fenomeno.html>>. Acesso em 14 de março de 2020.

TRINDADE, Vitória Etges Becker. **Lei Maria da Penha – Violência doméstica e familiar contra a mulher no âmbito da polícia judiciária**. XII Seminário nacional demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. Santa Catarina. 2016. Disponível em <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14576>>. Acesso em 20 de Setembro de 2020.

VIANA, Aline Lopes et al. **Violência contra a mulher**. Revista enfermagem UFPE on line. Recife, 12(4):923-9, abril, 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.5205/1981-8963-v12i4a110273p923-929-2018>>. Acesso em 20 de Fevereiro de 2020.

BALLONE, Ortolani. **Violência doméstica**. Psiquiatra Forense, 2006. Disponível em: <<http://virtualpsy.locaweb.com.br/index.php?art=163&sec=99>>. Acesso em 17.10.2020.

CAMPOS, Alessandra Sousa. **A Lei Maria da penha e a sua efetividade**. São Paulo, 2008. Disponível em:

<<https://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/268/1/Monografia%20Ant%c3%b4nia%20Alessandra%20Sousa%20Campos.pdf>>. Acesso em 30 de janeiro.

CARVALHO, Fabiano. **Medidas protetivas de urgência na lei da violência doméstica e familiar contra a mulher**. In: Revista Forense, v. 106, n. 408, p. 145-165, mar./abr.2010.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: efetividade da lei nº 11.340/06 de combate a violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, (2010).

PACHECO, Ndiara Leiliane Cavalcante. **A (in) eficácia das medidas protetivas de urgências Lei Maria da penha**. Guanambi-Ba: CESG/FG, 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44228/a-in-eficacia-das-medidas-protetivas-de-urgencia-lei-maria-da-penha>>. Acesso em 20 de janeiro de 2020.

PORTELA, Thayse Viana. **A (in) eficácia das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha**. Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ucb.br:9443/jspui/handle/10869/2219>.

SOUSA, Campos Alessandra. **A Lei Maria da Penha e a sua efetividade**. Universidade Estadual Vale do Acaraú escola superior de magistratura do Ceará curso de especialização em administração judiciária. Fortaleza, 2008. Disponível em: <<https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Ant%c3%b4nia-Alessandra-Sousa-Campos.pdf>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2020.

SOUZA, Mércia Cardoso de; BARACHO, Luiz Fernando. **A lei Maria da Penha – Égide, evolução e jurisprudência no Brasil**. Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro - nº 11 – janeiro/agosto. 2015. Disponível em <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/8695>>. Acesso em: 29 de Setembro de 2020.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha – Lei 11.340/2006: Aspectos Assistenciais, Protetivos e Criminais da Violência de Gênero**. Editora Saraiva, 2013.

UMA ANÁLISE SOBRE AS CONTROVÉRSIAS DO "JUIZ DAS GARANTIAS" NO PACOTE ANTICRIME - LEI N. 13.964/2019.

AN ANALYSIS ON THE CONTROVERSIES OF THE "JUDGE OF GUARANTEES" IN THE ANTICRIME PACKAGE – LAW N. 13.964/2019.

Rômulo Serrão Cunha

Juan Pablo Ferreira Gomes

339

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar o instituto conhecido como "Juiz das Garantias", previsto na Lei n. 13.964/2019, que altera substancialmente a estrutura da persecução penal do ordenamento jurídico brasileiro, sendo uma considerável novidade em nossa sistemática processualística. O presente trabalho se propõe a uma análise das controvérsias que surgiram com o aparecimento da figura, análise em direito comparado da sua presença em outros ordenamentos jurídicos, bem como a possibilidade de sua aplicação no direito brasileiro, compatibilidade constitucional, eficácia e eficiência, precipuamente no que se refere às possíveis dificuldades em comarcas de vara única como ocorre em muitos municípios no interior do Estado do Amazonas.

Palavras-chave: Juiz das Garantias. Controvérsias. Constitucionalidade. Imparcialidade.

ABSTRACT

The present article aims to analyze the institute known as "Judge of Guarantees", foreseen in Law nº 13.964 / 2019, which substantially alters the structure of the criminal prosecution of the Brazilian legal system, being a considerable novelty in our procedural system. The present article proposes an analysis of the controversies that arose with the appearance of the figure, analysis in comparative law of its presence in other legal systems, as well as the possibility of its application in Brazilian law, constitutional compatibility, effectiveness and efficiency, mainly in the which refers to possible difficulties in single stick municipalities as occurs in many municipalities in the interior of the State of Amazonas.

Keywords: Judge of Guarantee. Controversies. Constitutionality. Impartiality.

INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, conhecida popularmente como “pacote anticrime” foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro a figura do “Juiz das Garantias”, instituto novo em nossa sistemática processual penal. A nova figura é o ponto

fulcral da mudança que se pretendeu operar no Código Processual Penal, recaindo, portanto, quanto a si, inúmeras expectativas e controvérsias.

A adoção de tal figura pretende consolidar ou fortalecer a imparcialidade do julgador sentenciante de um determinado processo e a melhor observância dos direitos e garantias fundamentais do sujeito central da persecução penal. Contudo, de imediato, inúmeras controvérsias vieram à tona principalmente quanto à efetividade e eficácia de tal instituto na realidade prática de um judiciário ainda afetado por diversos problemas logísticos e estruturais, principalmente no âmbito das comarcas de vara única como é o caso de inúmeros municípios do Estado do Amazonas.

É notória a crítica ao judiciário brasileiro por sua morosidade decorrente de diversos fatores, entre eles, o excesso de burocracia, infraestrutura precária, número insuficiente de servidores e logística defasada. Por outro lado, o direito a um juízo imparcial é fundamental para persecução da justiça e cumprimento efetivo de todos os princípios e garantias de ordem processual, precipuamente o devido processo legal.

Como leciona Badaró (2008), a imparcialidade também deve ser entendida como uma ideia de “aparência geral de imparcialidade”. Além de o magistrado ser subjetivamente imparcial, para que a função jurisdicional seja legitimamente exercida, também é necessário que a sociedade confie que o julgamento foi proferido por um juiz objetivamente imparcial.

Logo, o Judiciário brasileiro precisaria mais do que alcançar a justiça por decisões e sentenças, de fato deve demonstrar que a justiça está sendo feita da maneira mais adequada. Assim, “um julgamento que a sociedade desconfie ter sido realizado por um juiz parcial não será menos ilegítimo que um julgamento realizado perante um juiz intimamente comprometido com uma das partes”. Dessa forma, o juiz não deve ser somente imparcial, a estrutura processual deve afiançar tal presunção de imparcialidade.

Acontece que, inserir dois magistrados diferentes ao longo de um processo traria necessariamente uma garantia maior de imparcialidade? A celeridade processual já pouco observada não restaria ainda mais comprometida? Como tal sistemática funcionará em comarcas de Vara única? O sistema de rodízio implicaria impacto financeiro com idas e vindas dos magistrados?

Desta forma, o presente estudo objetivou analisar as controvérsias diante da inserção da figura do Juiz das Garantias no ordenamento Brasileiro, em aspectos constitucionais, estruturais, principiológicos e sua eficácia na persecução da justiça. Assim, tomando como base inicial, através de estudo histórico e bibliográfico e método dedutivo-indutivo, explicaremos como foi inserido no ordenamento pátrio e do que se trata a figura e, por seguinte identificaremos aspectos positivos e negativos do Juiz das Garantias por intermédio do direito comparado em países que já o empregam. Traremos as controvérsias constitucionais suscitadas no Supremo Tribunal Federal (STF) com exposição de opinião, demonstraremos o posicionamento da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), discutiremos as controvérsias estruturais a respeito das comarcas de Vara única, chegando ao confronto da atual situação jurisdicional com a necessidade da implementação do instituto já previsto em lei.

1A PREVISÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Projeto de Lei nº 882 de 2019, de origem do Ministério da Justiça, na figura do então ministro Sergio Moro, propôs importantes mudanças no Direito Penal e Processual Penal Brasileiro no ano de 2020. O intitulado “pacote anticrime”, dentro do processo de discussão e aprovação nas instâncias pertinentes deu ensejo ao aparecimento de uma peculiar figura.

Após a proposta ser apresentada, a Câmara dos Deputados em processo de apreciação deste pacote introduziu a figura do Juiz das Garantias que, apesar de não constar no texto da proposta inicial, em apreciação pelo Presidente da República, não sofreu veto, assim passando a fazer parte do que se tornaria a Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

Claramente a Constituição Brasileira de 1988 (CF/88) em seu arcabouço constituinte assinala para o direito penal brasileiro um sistema acusatório, onde se vislumbra em seu arcabouço uma divisão estrutural em dois níveis, o primeiro onde se investiga e acusa e outro onde se julga, devendo-se, em ambos, observar a máxima do respeito aos direitos fundamentais e humanos.

Ada Pellegrine Grinover (1990, p. 13) afirma que o Brasil, pioneiro na positivação constitucional dos direitos do homem, tem mantido a tradição de prestigiar e assegurar as posições das partes dentro do processo, visando garantir as condições necessárias para a formação e o desenvolvimento de um processo justo, ao menos em teoria, contrastando-se com a notória realidade carcerária e processual penal inclusive objeto de questionamento no âmbito de entidades internacionais de proteção aos direitos humanos.

Sustenta ainda, que, tanto em matéria penal, quanto substancial ou processual, as constituições brasileiras têm sido repletas de garantias específicas, tais como a proibição de penas degradantes, a proteção da liberdade física, a elevação da individualização e da incomunicabilidade da pena a princípio constitucional, a edição de normas disciplinadoras da prisão ilegal, a proteção da integridade física e moral do preso e, em especial, a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Grinover (1990, p. 01) salienta que as vantagens pertencentes às partes dentro do processo, se por um lado podem ser compreendidas como direitos públicos subjetivos, privilegiando o interesse individual sobre o social; por outro lado, podem ser percebidas também como garantias tanto para as partes como também para o andamento do justo processo, dando ênfase ao interesse geral na justiça da decisão.

Logo, dentro do processo penal, evitar a confusão entre direitos e garantias é de grande valia, ainda que estes se entrelacem. Segundo José Afonso da Silva (2004, p. 415), “os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens”.

Tradicionalmente no Brasil o juiz que participa da fase processual penal chamada preliminar é intitulado de prevento, tal qual ao final do processo será o responsável por formular seu parecer decisório de acordo com suas convicções no estrito cumprimento do seu dever legal. Para Aury Lopes Jr. (2001, p. 20), o processo, como instrumento para a implementação do direito penal, deve realizar sua dupla função: “de um lado, tornar viável a aplicação da pena, e de outro, servir como efetivo instrumento

de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado”.

Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal de modo a coibir eventuais arbítrios praticados, onde a decisão final do julgamento seja norteadada de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a ampla defesa, o juiz natural, o contraditório, a imparcialidade e a publicidade, presunção de inocência, entre outros. Quando nos referimos à investigação preliminar, Lopes Jr. (2001, p. 01) leciona que “o processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados da instrumentalidade garantista”.

Lopes Jr. (2001, p. 331-332) define a investigação preliminar como o conjunto de atividades desenvolvidas de modo encadeado por órgãos do Estado, a partir de uma *notitia criminis*, com caráter prévio e de natureza preparatória em relação à fase judicial, cujo objetivo é a apuração da autoria e das circunstâncias de um fato supostamente delitivo, de modo a fundamentar o processo ou o não-processo.

Para Lopes Jr. (2001, p. 47), o principal fundamento da investigação preliminar é a função de evitar acusações injustas. A mitigação de acusações imprudentes e temerárias se dá exatamente por meio do esclarecimento do fato através de um juízo provisório e de probabilidade e, com isso, também é assegurada à sociedade a inexistência de arbitrariedades e abusos por parte do poder persecutório estatal. Segundo o autor, “se a impunidade causa uma grave intranquilidade social, não menos grave é o mal causado por processar um inocente”.

Nesse sentido, de acordo com Lopes Jr. (2005, p. 251), a postura do legislador constituinte no artigo 5º, LV da CF/88, foi nitidamente garantidora, e o equívoco terminológico (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de empecilho para a sua aplicação no inquérito policial.

A partir das ponderações iniciais supracitadas, tomaremos algumas conclusões iniciais balizando as promessas trazidas pelo pacote “anticrime”. Segundo a regra do art. 3-B, inserido no Código de Processo Penal Brasileiro (CPP) pela Lei 13.964 de Dezembro de 2019 (Brasil, 2019), o juiz de garantias “é responsável pelo controle da legalidade da

investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais" do cidadão investigado.

O chamado Juiz das Garantias surge de confronto ao que é tradicionalmente praticado no Brasil, na verdade o Juiz das Garantias aparece no cenário brasileiro com a promessa da promoção de um processo penal galgado ainda mais com as rédeas da imparcialidade com dois magistrados regendo a persecução penal.

Um primeiro, o das garantias, que atuará na fase preliminar de investigação criminal exercendo controle de legalidade e salvaguardando direitos individuais fundamentais e o segundo, que assumirá a instrução processual e julgará o feito. Segundo Lopes Jr. e Ritter (2016, p. 76), "Trata-se, o juiz das garantias, do aprimoramento (e até se poderia dizer tentativa de salvação) da jurisdição penal atual, que inválida, ilegítima e ilegal, se não for exercida de forma imparcial".

O juiz de garantias é um personagem o qual Luigi Ferrajoli (2002, p. 465) chama de "forma triagonal da relação processual". Nesta forma triagonal distinguem-se claramente quem é quem no jogo do processo, ou seja, quem é o agente julgador, ou o órgão acusador, ou o personagem responsável pela defesa.

Giacomolli (2012, p. 305) atribui ao Juiz das Garantias a condição de garantidor de um processo penal democrático, em contraponto ao exercido atualmente, o processo penal totalitário, segundo ele. Afirma que a separação do juiz da fase decisória é ideal, na medida que otimiza a prestação jurisdicional no sentido de propiciar garantias constitucionais, evitando excessos persecutórios.

20 JUIZ DAS GARANTIAS NO DIREITO COMPARADO

A figura do Juiz das Garantias, apesar de ser novidade no âmbito brasileiro, não é instituto novo em âmbito global, alguns países o possuem com traços semelhantes aos quais levaram a inspiração de diversos autores a cogitá-lo na estrutura brasileira.

Na busca de tornar o processo penal livre do resquício inquisitorial, surgiu a figura do juiz mero espectador, refém de uma espécie de jogo privado de interesses, pautado no discurso de não corromper sua imparcialidade.

Nesse sentido, preleciona Ferrajoli (2002, p. 489/490):

“Do mesmo modo que ao acusador são vedadas as funções judicantes, ao juiz devem ser em suma vedadas as funções postulantes, sendo inadmissível a confusão de papéis entre os dois sujeitos (...) É nessas atividades que se exprimem os diversos estilos processuais: desde o estilo acusatório, em que é máximo o distanciamento do juiz, simples espectador do interrogatório desenvolvido pela acusação e pela defesa, ao estilo misto, em que as partes são espectadoras e o interrogatório é conduzido pelo juiz, até o estilo inquisitório, no qual o juiz se identifica com a acusação e por isso interroga, indaga, recolhe, forma e valora as provas (...) Igualmente os testemunhos, extorquidos pelo juiz e dotados de valor probatório legal na inquisição, são entregues no processo acusatório exclusivamente à interrogação pelas partes, submetidos ao seu exame cruzado, vinculados à espontaneidade e ao desinteresse das testemunhas, delimitados no objeto e na forma pelas proibições de perguntas impertinentes, sugestivas, indeterminadas ou destinadas a obter apreciações ou juízos de valor. De fato, representam resíduos inquisitórios o interrogatório (a oitiva) das testemunhas pelo juiz (...); a ditadura por parte dele nas atas de interrogatório; o poder ilimitado do juiz de admitir ou não admitir provas e, por fim, aquele substituto moderno da tortura, que é a advertência das testemunhas por meio de incriminação e condenação por falso testemunho ou por silenciarem, salvo retratações.”

Para fortalecer a aplicação do garantismo, criou-se em países da Europa e América Latina como Espanha, seguida pelo México, Chile e Bolívia, a figura do Juiz das Garantias.

A partir dessa constatação, passaremos a analisá-lo de forma breve, principalmente no Chile, onde poderemos averiguar sua aplicação neste país em comparação com o Brasil. Longe, talvez, obviamente de ser um trabalho de direito comparado aprofundado, analisando a estrutura política e construção legislativa de cada país, mas, buscando compreender suas semelhanças para ao final construir opinião analítica sobre tais. Para entendermos esses traços de semelhança, primeiro devemos ter uma noção básica do sistema processual Chileno, sua construção e modificações ao longo do tempo. À luz do trabalho de Carvalho e Milanez (2020).

No Chile, não havia a instituição do Ministério Público, cabendo, ao juiz, investigar os fatos típicos, instruir a ação penal e prolatar a sentença. Logo, percebe-se a tendência característica inquisitorial à época do governo Pinochet, que se estendeu até a data de 1990.

Com a passagem de um sistema autoritário para a reconstrução democrática do país, viu-se a necessidade de uma reforma no modelo processual que se adequasse ao novo sistema, pois o antigo já não buscava qualquer fundamento para coexistir com uma república democrática.

Carvalho e Milanez (2020) afirmam que, na reforma penal chilena, adotou-se o princípio da lesividade, assegurando relevância à vítima no campo processual penal. A atividade jurisdicional passa a assumir certa passividade, uma vez que passa somente decidir os conflitos que são promovidos pelas partes, frente a qual mantém uma atitude imparcial. Enquanto no sistema inquisitivo o conhecimento do caso penal era construído de forma progressiva pelo jurisdicionado registrado por escrito no inquérito policial, no acusatório as provas eram construídas pelas partes, trazidas em audiência oral, pública e contraditória, e neste era o momento em que o juiz tomava conhecimento das provas produzidas diante de si.

Como a forma de se obter uma decisão jurisdicional só se daria por meio de audiência pública, oral e contraditória, os autores afirmam que “a atividade das partes permite ao juiz se manter equidistante, alheio à investigação e à decisão sobre as provas que serão usadas no julgamento”. Desta forma cabendo ao juiz somente decidir como terceiro imparcial.

O Código Orgánico de Tribunales, que regula a organização e as atribuições dos tribunais de justiça integrantes do poder judiciário chileno, nos traz a função do Juiz das Garantias em seu artigo 14, a), que, dentre outras é de: “Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal”. Demonstrando a previsão expressa e a função garantidora desta figura em repercussão do seu próprio nome.

Após tecer estas informações, Carvalho e Milanez (2020, p. 15-16) tomam algumas conclusões sobre o modelo processual penal chileno do Juiz das Garantias:

“(a) a figura do juiz de garantias chileno é representativa de uma tendência democrática, que caminhará para um modelo acusatório adversarial, em que o conflito primário deve ser disposto e conduzido pelas partes; (b) o juiz de garantias chileno não assume qualquer função investigativa, tampouco a gestão da prova em colaboração com os órgãos de persecução penal, mas pode deferir o prosseguimento das investigações quando a vítima o requerer e sendo tal requerimento fundado; (c) o mérito da decisão de acusar é do MP, sob o controle da vítima, que pode oferecer querela quando esta instituição optar por não acusar; (d) o juiz de garantias chileno fica, em princípio, impedido de atuar na fase de conhecimento em nome da imparcialidade, mas pode fazê-lo nos procedimentos abreviado, simplificado e monitório.”

Logo, em que pese o Juiz das Garantias ser previsto no ordenamento jurídico chileno, o modelo processual penal destoa do brasileiro. Porém a função principiológica do instituto é condizente com os objetivos propostos para a implantação no Brasil.

No Brasil, desde a promulgação da Constituição de 1988, ainda não se realizou uma reforma em todo o sistema processual penal, nos valendo de modificações parciais ao longo do tempo, empurrando a condição democrática acusatória com resquícios inquisitoriais do CPP/41 para realização de resoluções contemporâneas. Em 2009, foi apresentado no Senado Federal o Projeto de Lei n. 156/2009 (PLS 156/2009) que tratava do Novo CPP, o projeto foi enviado à Câmara Federal e lá tramita como Projeto de Lei n. 8045/2010 (PL 8045/2010) (SANTOS, 2017).

Conhecido anteprojeto, trouxe, em seu texto, significativas mudanças para aprimoramento do processo penal em consonância com a CF/88 que em seu artigo 5.º estabeleceu diversas previsões que embasaram os princípios do processo penal e as garantias do indivíduo quando submetido, ou na iminência de se submeter, a um processo penal, beneficiando a mudança no que se refere à promoção e afirmação mundial dos direitos humanos.

Segundo Santos (2017), no artigo 14 deste projeto de lei, aparece o controvertido Juiz das Garantias, prevendo que o juiz da fase investigatória não seja o mesmo da fase processual, atribuindo-lhe as atividades em um rol constante no artigo 15 do anteprojeto. Esta informação nos mostra que o tema acerca do Juiz das Garantias não é novo no sistema brasileiro, onde já foi suscitado pela reforma global do código de processo penal, até hoje estagnado.

Através do site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Ministro Toffoli ressaltou que trabalho semelhante ao do Juiz das Garantias atualmente já é exercido no Brasil por meio das centrais de inquéritos. Afirmando que “Segundo dados do levantamento do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ/CNJ), sete tribunais de Justiça – Amazonas, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Pará, Piauí e São Paulo – já possuem juízes dedicados ao acompanhamento de investigações”. Porém, o Juiz das Garantias toma protagonismo aparecendo definitivamente em 2019 e é impregnado no CPP por meio da Lei 13.964/19.

Sobre análise dessa figura, Carvalho e Milanez (2020, p. 29) extrai as seguintes impressões:

“(a) a figura do juiz de garantias brasileiro é representativa de uma tendência democrática; (b) o juiz de garantias brasileiro não assume qualquer função investigativa, tampouco a gestão da prova em colaboração com os órgãos de persecução penal; (c) o mérito da decisão de acusar é do MP, exclusivamente, podendo, a vítima, recorrer à chefia da instituição; (d) o juiz de garantias brasileiro fica impedido de atuar na fase de conhecimento do mesmo caso penal, em prestígio ao princípio da imparcialidade.”

Resta, por fim, explicitar de forma objetiva algumas similaridades e distinções apontadas pelo autor supracitado entre as figuras do Juiz das Garantias no Brasil e no Chile. Ambos atuam na fase investigativa, realizando o controle de legalidade das investigações e a iniciativa ex officio, ou seja, por iniciativa própria, é absolutamente vedada.

“No Brasil, após a investigação e o eventual juízo positivo de admissibilidade da acusação, os autos são distribuídos ao juiz da fase processual. No Chile, após a formalização e encerramento da indagatoria preliminar, a admissibilidade da acusação é realizada na etapa intermedia. Se o caso não for resolvido através de soluções alternativas, passa-se à etapa do juicio oral, realizada por um órgão jurisdicional colegiado de primeiro grau.” (CARVALHO E MILANEZ, 2020 p. 30).

No Brasil quem é responsável pelo Inquérito Policial é a autoridade policial, tendo o Ministério Público poderes investigativos próprios, podendo, como autoriza o art. 129, VIII, da CF/88, requisitar diligências investigatórias. Carvalho e Milanez (2020), no Chile quem conduz as investigações é a fiscalia (Ministério Público), com auxílio da polícia. Ainda narra que tanto no Brasil como no Chile, todos os atos investigativos são

produzidos sem qualquer iniciativa do Juiz das Garantias, que é abarcado, ainda, pela inércia jurisdicional.

Em ambos os países o Juiz das Garantias é o responsável pela análise dos pedidos de quebra de sigilo, autorização de buscas e apreensões, bem como imposição de cautelares reais ou pessoais.

Carvalho e Milanez (2020) também trazem pontos distintos, sejam eles: no Brasil, o juiz de garantia não possui qualquer ingerência na decisão de arquivamento das investigações, que passou de um regime judicial de controle para um regime hierárquico administrativo (art. 28, do CPP). Já no Chile, em determinadas hipóteses é possível que o juez de garantia decrete o arquivamento definitivo do caso.

“No Brasil, o juiz de garantias está impedido de atuar na instrução e julgamento de processo nos quais tenha exercido o controle de legalidade da acusação. Logo, o âmbito de cognição do mérito do caso penal, pelo juiz de garantias brasileiro, é bastante restrito, limitando-se à admissibilidade da acusação (art. 395, do CPP), quando analisará as condições da ação, bem como às hipóteses de absolvição sumária (art. 397, do CPP).

No Chile, o âmbito de cognição do mérito do caso penal pelo juez de garantia é um pouco maior, seja porque detém competências de arquivamento das investigações (quando pode valorar provas para averiguar a inocência do imputado— art. 250, b, do CPP), ou mesmo nas situações excepcionais em que tem competência não apenas para o controle de legalidade das investigações, mas também para presidir a instrução e julgamento do caso penal, como no procedimento abreviado, simplificado e monitório (art. 406 e ss., do CPP).” (CARVALHO E MILANEZ, 2020, p. 32)

Outro ponto importante de distinção é o fato de que, no Chile o investigado pode requerer ao Juiz das Garantias que determine ao MP praticar diligências a seu favor, o que não foi previsto no Brasil.

Ao momento da reforma global do código processual chileno foi prevista regra de transição, o que não foi feito no Brasil, desta forma emergindo o entendimento que se aplicaria a regra geral da imediatidade (tempos regitactum), das leis processuais penais, na forma do art. 2º, do CPP. Contudo, o Min. Dias Toffoli ao decidir a medida cautelar na ADI 6.298-MC/STF, dilatou o prazo de *vacatio* para 180 (cento e oitenta) dias, somente para os dispositivos que se referiam ao Juiz das Garantias, estabeleceu as seguintes regras de transição:

"(i) no tocante às ações penais que já tiverem sido instauradas no momento em que os tribunais efetivamente implementarem o juiz das garantias (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias fixado por esta decisão), o início da eficácia da lei, ora protraído, não acarretará qualquer modificação do juízo competente. O fato de o juiz da causa ter atuado na fase investigativa não implicará seu automático impedimento, porque, segundo o art. 2º do CPP, a lei processual penal não pode retroagir. Ademais, tratando-se de impedimento superveniente, esse não poderia atingir o juiz já legitimamente vinculado à ação penal, relacionando-se, portanto, com a garantia do juiz natural e o corolário da *perpetuatio jurisdictionis*. Ressalte-se, inclusive, que se assim não fosse, teríamos a necessidade de redistribuição de grande parte das ações penais em curso no país.

(ii) quanto às investigações que já estiverem em andamento no momento da efetiva implementação do juiz das garantias (ou quando esgotado o prazo máximo de 180 dias), o juiz da investigação continuará a conduzir a investigação do caso específico. Portanto, não será necessário, a partir do início de eficácia da lei, designar novo juiz para officiar como juiz de garantias na respectiva investigação. Neste caso, uma vez recebida a denúncia ou queixa e instaurada a ação penal, o processo será enviado ao juiz da instrução e do julgamento. Nessa hipótese, do mesmo modo, evita-se a necessidade de redistribuição de inúmeras investigações já em curso no país."

Em análise dos comparativos supracitados, primeiramente o da decisão, percebe-se que em caso de processos penais em curso há similaridade com as regras do modelo chileno, em que os processos antigos seguiriam pelas regras processuais antigas e os processos novos seguiriam as regras novas. Distinguem-se nas investigações em curso, onde o juiz da investigação se tornará o das garantias e posteriormente com o recebimento da ação penal, o processo seria distribuído para o juízo da instrução e julgamento, aplicando as normas do art. 2º, do CPP, seja por fatos anteriores ou posteriores à vigência da nova lei.

Entender esse processo comparativo é de suma importância para a compreensão das controvérsias que esse novo instituto trouxe para o cenário brasileiro.

3 CONTROVÉRSIAS E QUESTIONAMENTOS ACERCA DO JUIZ DAS GARANTIAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.

A figura do Juiz das Garantias nasce no Brasil gerando diversos questionamentos, certezas e incertezas por juristas, advogados, procuradores, magistrados e outros especialistas, que vagam desde o alcance do seu objetivo precípua até questões estruturais de aplicação do instituto.

A lei estabelece um rol de 18 situações em que o Juiz das Garantias vai atuar, forçoso citar todas, porém a título de exemplo podemos citar que este decidirá sobre habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia, interceptação telefônica, busca e apreensão domiciliar. A lei previa que o instituto passaria a valer no dia 23 de janeiro, mas o presidente do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, estendeu o prazo em seis meses.

Em termos gerais, a Lei não detalha como será implantado o juiz de garantias, apenas diz no parágrafo único do seu art. 3º-D que “nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de rodízio de magistrados” e no art. 3º-E “será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito federal”.

A partir do esclarecimento dessas considerações, as diversas controvérsias começaram a ser suscitada, seja no âmbito estrutural junto ao CNJ, seja no âmbito de constitucionalidade junto ao STF.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com a sanção da Lei 13.964/2019, o seu presidente, ministro Dias Toffoli, assinou Portaria CNJ nº 214/2019, que instituiu Grupo de Trabalho (GT) que está responsável pela tarefa da elaboração de estudo relativo ao efeito de aplicação do instituto na estrutura judiciária. A portaria foi publicada na edição do Diário da Justiça Eletrônico do dia 27 de dezembro de 2019 e, a priori, o grupo teria o prazo até o dia 15 de janeiro de 2020 para a conclusão dos trabalhos e apresentação de proposta de ato normativo.

Contudo, Com a decisão que estabeleceu o prazo de 180 dias para a aplicação da Lei que cria o Juiz das Garantias pelo presidente do CNJ e STF, Ministro Dias Toffoli, estendeu-se, primeiramente, até 29 de fevereiro, o prazo que era previsto para o Grupo de Trabalho elaborar o relatório com a proposta de regulamentação, logo em seguida prorrogado mais uma vez até o dia 30 de junho.

Retomando ao dia 30 de dezembro de 2019, o CNJ lançou uma consulta sobre a estruturação e implementação no poder judiciário do Juiz das Garantias com objetivo de ouvir os tribunais, associações de juízes e de magistrados e entidades correlatas a respeito do assunto, como o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a Ordem dos

Advogados do Brasil (OAB), a Defensoria Pública da União (DPU) e o Colégio Nacional de Defensores Públicos-Gerais (Condege), os interessados teriam até o dia 10 de janeiro de 2020 para enviar sugestões. Ao final do prazo foram contabilizadas 111 propostas recebidas de todo o país.

Magistrados participaram com 77 propostas que auxiliam a implantação do juiz de garantias, 27 participações de tribunais e 7 instituições e associações jurídicas também participaram da consulta. Como isso, o CNJ buscou sistematizar as principais sugestões e disponibilizou por meio do “release sobre a consulta pública sobre juiz das garantias” em seu site. Desta forma, trago à baila as sugestões:

“Principais sugestões enviadas por tribunais e magistrados

- Para varas únicas: realização de rodízio de juízes de outras localidades ou, quando há, entre os juízes titulares e substitutos.
- Para localidades com mais de uma unidade judiciária com competência criminal: adoção de unidade centralizada com competência para a análise do flagrante até o recebimento da denúncia (conhecidas como centrais de inquéritos regionais)
- Para violência doméstica e familiar: sugestões oscilaram entre a recomendação de não adoção do dispositivo para os casos de Lei Maria da Penha, ou quando da adoção do juiz das garantias este seja realizado preferencialmente por magistrados das varas especializadas (seja pela criação de um central de inquéritos especializadas na temática ou não), nos demais casos, seja adotada mesma regra das varas únicas.
- Quando da utilização de rodízios: falou-se em distribuição automática a todos magistrados com competência criminal (isto é, cada processo sofreria duas distribuições) ou na adoção de escala idêntica à de substituição em casos de afastamentos.

Principais sugestões enviadas por associações e outros órgãos

- Necessidade de se proceder a rápida e prioritárias digitalização dos processos
- Criação de varas especializadas para atuarem somente como juízo das garantias
- Alteração da Resolução CNJ nº 213/2015 para que as audiências de custódia possam ser realizadas por meio do sistema de videoconferência
- Sugere-se que a regulamentação para efetivação das garantias seja feita mediante dois sistemas distintos: I – regras para as futuras investigações e processos que venham a se iniciar; II - regras de transição para as investigações e processos em curso
- Recomendação da não adoção dos dispositivos para os casos da Lei Maria da Penha ou, quando da adoção do juiz das garantias, que seja realizado preferencialmente por magistrados das varas especializadas (seja pela criação de uma central de inquéritos especializada na temática ou não). Nos demais casos, que seja adotada a mesma regra das varas únicas

- Sugestão para que o juiz das garantias não se aplique a processos com ritos próprios, como aqueles dos juizados criminais, Lei Maria da Penha e Tribunal do Júri
- Sugere-se que seja aplicado somente para inquéritos policiais e processos novos
- Adoção de unidade centralizada com competência para a análise do flagrante até o recebimento da denúncia (conhecidas como centrais de inquéritos regionais).”

Cada solução apontada nos remete, logicamente, a um problema a ser enfrentado, relacionados a dificuldades práticas principalmente. A título de exemplo, citamos a sugestão de se proceder a rápida e prioritária digitalização dos processos frente à evidência de que grande parte dos processos brasileiros sejam físicos, dificultando a dinâmica logística de manuseio e sigilo sugeridas pela lei, causando por consequência um engessamento nos processos, desta forma os juízes poderiam também ter acesso aos processos remotamente facilitando até a distribuição. Doutra, a sugestão de rodizio frente às comarcas onde só existe um juiz.

O coordenador do GT, ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Humberto Martins, apresentou dados sobre a estrutura judiciária do país, de relevante importância para o enfrentamento das controvérsias do Juiz das Garantias. Atualmente, na Justiça Estadual, 21,4% do total dos processos em tramitação na fase de conhecimento são criminais. Na Justiça Federal, esse número é de 3,8%. Além disso, em ambos os segmentos, as varas únicas representam quase 20% do total das unidades judiciárias e correspondem a 60% do total de localidades.

“O DPJ identificou, ainda, que 59% das comarcas são constituídas por uma única vara, com competência geral para julgar qualquer tipo de processos, sejam eles cíveis, criminais, de direito de família ou outros. Essas comarcas recebem apenas 10% dos processos criminais e 13% dos procedimentos investigatórios de todo país. Ou seja, dos 5.570 municípios, 2.700 são sede do Poder Judiciário e, dessas, quase 1.600 são compostos apenas por uma unidade judiciária.

Os dados apontam também que apenas 19% das unidades judiciárias estaduais funcionaram durante o ano de 2018 com apenas um juiz, sem substituto por mais de 60 dias; enquanto nas varas únicas da Justiça Federal essa situação ocorre em 18% dos casos. O cálculo foi feito levando em consideração o número de dias que cada magistrado trabalhou nas unidades judiciárias. Foram contabilizadas as audiências realizadas e as sentenças proferidas por eles, independentemente do período que os magistrados atuaram, sejam eles de forma simultânea ou não, dentro da mesma vara. Foram descontados os períodos de atividade

inferiores a 60 dias a fim de evitar o cômputo das substituições automáticas que ocorrem em razão de férias.

Os dados demonstram também que a rotatividade dos juízes, nesse caso, em relação à Justiça Estadual, não difere muito das comarcas com mais de uma unidade judiciária. Na Justiça Federal, houve maior incidência de dois juízes atuando na mesma vara (53%) do que com três ou mais (26% dos casos), o que também não representa diferenciação significativa entre varas únicas e comarcas com mais de uma unidade com competência criminal. Para a diretora executiva do DPJ, Gabriela de Azevedo Soares, os números podem demonstrar que não haverá dificuldades para que as varas possam se adaptar às exigências da lei.”

Os dados do DPJ têm base no ano de 2018 e são demonstrados na íntegra através do site do CNJ pelo documento de Dados estatísticos de estrutura e localização das unidades judiciais com competência criminal.

No mais, o pacote anticrime e suas controvérsias suscitaram quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) junto ao STF. Segundo o próprio STF, os autores das ações são: A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe) na ADI 6298, os partidos Podemos e Cidadania na ADI 6299, o Partido Social Liberal (PSL) na ADI 6300 e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) na ADI 6305. Nas quatro ações, houve pedido de liminar para suspender a eficácia das novas regras, acatada pelo Ministro Relator Luiz Fux, vice-presidente do STF, derrubando a decisão que previa prazo de 180 dias proferida pelo Ministro Dias Toffoli.

Entre outros argumentos, a AMB e a Ajufe alegam que a União extrapolou sua competência ao impor a observância imediata do Juiz das Garantias no âmbito dos inquéritos policiais e que a criação de classe própria de juiz pelo Legislativo contraria o artigo 93 da Constituição Federal, que reserva ao Supremo Tribunal Federal a iniciativa de lei complementar para dispor sobre o Estatuto da Magistratura. Gerando vício de iniciativa, onde a criação do juiz de garantias deveria ocorrer por proposta de lei de iniciativa dos tribunais, e não dos parlamentares. Ou seja, não houve respeito ao processo legislativo previsto na constituição.

Sustentam, ainda, que não é possível instituir no prazo previsto na lei (de 30 dias a partir de sua publicação) a nova regra processual. Violando assim o princípio da proporcionalidade.

Os partidos políticos, por sua vez, além dos vícios de iniciativa, argumentam que a norma viola o princípio da razoável duração do processo e contraria o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) ao impor ao Judiciário gastos obrigatórios sem qualquer estudo de impacto sobre os recursos necessários para a implantação da medida.

Argumenta o PSL a criação de despesas sem a fonte de custeio prevista “Na prática, o trabalho que hoje é feito por um único juiz passará a ser feito por dois”. Segundo o partido, “ainda que a ideia do instituto pareça boa”, não houve qualquer estudo prévio do impacto econômico, orçamentário e organizacional desse novo órgão jurisdicional em toda a Justiça brasileira. “A lei está obrigando os estados, no que diz respeito aos Tribunais de Justiça, a abrirem créditos suplementares ou especiais para fazer frente às novas despesas, violando o pacto federativo”, sustenta.

Segundo a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), a norma inviabiliza a atuação funcional plena e fere a autonomia dos membros do Ministério Público, além de contrariar o sistema acusatório e os princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Na ADI, a Conamp reconhece a necessidade de atualização das leis penais e processuais penais do país, mas sustenta que a lei, em vários dispositivos, mitiga e atinge indevidamente o papel conferido pela Constituição ao Ministério Público no processo penal e estabelece os contornos gerais das funções do Juiz das Garantias de modo contrário à própria essência do instituto. Entre os pontos questionados estão o que obriga o membro do MP a comunicar ao juiz de garantias todo inquérito ou investigação instaurada, o que autoriza o juiz de garantias a determinar de ofício (sem provocação das partes) o trancamento de uma investigação e um trecho que determina a criação de sistema de rodízios de juízes de garantias nas comarcas onde há apenas um magistrado. Para a Conamp, a determinação de rodízio fere a autonomia das Justiças estaduais de definirem seu funcionamento.

Em nota, a presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), entidade que representa a Magistratura estadual, federal, trabalhista e militar em âmbito

nacional, externou sua irrisignação à sanção do instituto “juiz de garantias”, sobretudo em virtude dos custos relacionados à sua implementação e operacionalização.

Em suas palavras, disse que, “a implementação do instituto juiz de garantias depende da criação e provimento de mais cargos na Magistratura, o que não pode ser feito em exíguos trinta dias, prazo da entrada em vigor da lei.” Sustenta ainda que a Magistratura conhece o seu papel institucional e do seu compromisso com o Estado Democrático de Direito, e no modelo atual, os magistrados já atuam de forma a controlar a legalidade do procedimento inquisitivo e salvaguardar os direitos e garantias fundamentais.

Observamos assim alguns pontos de controvérsias suscitados pelas mais diversas entidades que deverão ser esclarecidos ao debruçar do STF sobre as ADIs, restando-nos apenas tecer discussão jurídica própria sem caráter finalístico, mais sim de questionamento como bem sugere o meio acadêmico e doutrinário.

A pergunta a se fazer no momento é: o Juiz das Garantias realmente afronta a constituição? No ponto em que a AMB levanta a ideia da criação de classe própria de Juiz das Garantias, estaríamos diante de outro tipo de juiz e não o mesmo juiz pertencente ao mesmo poder judiciário desempenhando uma função diferente? A questão é a parametricidade com a constituição, afinal as normas constitucionais não são em grande parte um esquema condicional pronto de aceite e recusa, mas sim conceitos gerais que necessitam de uma ampla liberdade de escolha pelo legislador para atingir sua finalidade, atributo esse que Canotilho (1994) chama de liberdade de conformação do legislador. Talvez, nesse ponto de vista o legislador estaria dentro da sua liberdade de conformação quando institui uma norma que consagra a própria principiologia constitucional.

O Ministério Público tem suas garantias semelhantes a da magistratura, apoiadas e fundadas no sistema acusatório, este que agora consta formalmente no texto do CPP, implementado pelo Juiz das Garantias, nos levando a crer que o MP estaria indo contra si mesmo, quando diz que o instituto contraria o sistema acusatório. Quando talvez, por motivos óbvios, deveria ser o primeiro a defender o instituto.

De fato, devemos sempre buscar a parametricidade com a Constituição Federal até mesmo para constatar a ausência de inconstitucionalidade, seja formal, quando o

Ministro Dias Tofolli verifica similitudes com a central de inquéritos de São Paulo, doutra, difícil seria sustentar a validade desta também; seja material, pois segundo a promessa trazida por esse instituto, ele trará ainda mais garantias ao investigado e respeito ao princípio da imparcialidade, reforçando o alcance do princípio protetor do juiz natural sendo uma função a mais na magistratura e não um usurpador. Resta aguardar como o STF decidirá a respeito, será o Juiz das Garantias inconstitucional ou a nova lei estaria pecando por cumprir em demasia a constituição?

Cremos que argumentos alegando o tempo curto, ou que trará dificuldades, ilegitimidade do parlamento, que gerará despesas não deve prosperar, pois, mais parecem conflitos pragmáticos que não nos remete ao âmbito jurídico constitucional.

Outro nos parece à problemática das comarcas de Vara única, onde a realidade brasileira realmente dificulta o processo de implementação. Segundo Freitas (2019):

“Nas comarcas de uma Vara, não será simples a vinda de um juiz de outra comarca. Imaginemos Boca do Acre, Estado do Amazonas, a 1.028 km de Manaus, 4 dias e 10 hs de barco. A comarca mais próxima é Lábrea e “O tempo estimado do percurso da viagem entre as duas cidades é de aproximadamente 21h41min”. Não será muito simples o juiz de uma ir até a outra para atuar como juiz de garantias. E poucos brasileiros sabem que em muitos locais da Amazônia não há internet e, portanto, processo eletrônico.”

Não somente no local supracitado, mas os reflexos negativos atingirão diversas partes do Brasil. Freitas (2019) alerta que “No Sudeste, o estado de Minas Gerais possui 176 comarcas com uma vara única.” Isso significará que outro juiz irá se deslocar de outra comarca para ser o Juiz das Garantias destas comarcas, ocasionado por óbvio custos com pessoal afetando o orçamento judiciário, doutra é que no momento desse deslocamento os processos do juiz que se afastou ficarão parados.

São problemas de implementação que o Grupo de Trabalho busca solucionar junto com as sugestões encaminhadas, porém, como observado, a problemática é de difícil solução devido a nossa estrutura judicial atual somada as peculiaridades regionais, mas trata-se de problemas pragmáticos que não afastam a possibilidade da existência do Juiz das Garantias no ordenamento jurídico brasileiro.

4. IMPARCIALIDADE DO JUIZ E DO PROCESSO PENAL.

Além dos demais, esse tópico ajuda-nos a esclarecer o questionamento levantado, onde, o juiz na atual situação processual já seria suficiente para garantir a imparcialidade do processo penal. Porém, talvez o Juiz das Garantias não apareça como um conflito.

Grinover (1999, p. 9) leciona que a defesa técnica é, claramente, indispensável, “na medida em que, mais do que garantia do acusado, é garantia da paridade de armas indispensável à concreta atuação do contraditório e, conseqüentemente, à própria imparcialidade do julgador.” Para a autora, “durante a investigação, o juiz do processo acusatório tem apenas a função de determinar providências cautelares”.

Embora não exista previsão expressa na constituição federal do direito ao julgamento por juiz imparcial, isso não significa, absolutamente, que ela não o assegura. Isso porque segundo Badaró (2008), a imparcialidade é ‘conditio sine qua non’ de qualquer juiz. Juiz parcial seria uma contradição em termos, pois, não seria possível imaginar-se uma atividade jurisdicional válida e legítima que não fosse exercida por um juiz equidistante das partes processuais.

Ainda, a previsão legal de hipóteses de impedimento do juiz, e o mesmo vale para as hipóteses de suspeição, se destina a assegurar a imparcialidade, ou melhor, o julgamento por um juiz que não seja alguém de cuja parcialidade se possa suspeitar”.

No regramento constitucional da magistratura, há a previsão de uma série de prerrogativas para assegurar a independência dos juízes, pressuposto indispensável, consoante lição de Eugênio Raúl Zaffaroni (1995), para que se possa manifestar a imparcialidade.

No confronto entre a pretensão de se efetivar o Direito Penal Material e a pretensão de liberdade do acusado, o Juiz deve manter-se equidistante, para permitir a produção da prova acusatória sem que se ofendam os direitos fundamentais do réu e sem que sua atividade comprometa a exigência fundamental de imparcialidade ao julgar e resolver a lide. Porém ao acusado deve-se de alguma forma garantir seus direitos individuais e a legalidade da investigação, remetendo assim o Juiz das Garantias a uma

solução própria para a concretização de um sistema acusatório e não suscitando a dúvida a atual condição da magistratura. No direito costuma-se usar a frase ‘quem pode mais, pode menos’, nos referindo assim, não a um conflito onde um não pode existir com a presença do outro, mas sim ao fortalecimento estrutural do princípio dentro do ordenamento processual.

CONCLUSÃO

Parafraseando Guilherme de Souza Nucci, o Direito Penal não é só punitivo, na verdade o Direito Penal é a linha divisória entre a prepotência do Estado e os direitos individuais. Logo, observamos nesse trabalho que, quando levamos em consideração a mutação social para adaptar o ordenamento jurídico, principalmente quando se trata de direito referente a última ratio, ou seja, o último recurso, deve-se ponderar todos os pontos, a fim de garantir o cumprimento da função social da norma, a garantia do seu alcance para a sociedade e o alcance do fim a que se propõe.

O Juiz das Garantias surge com a promessa da condução de um processo penal ainda mais imparcial. Identificamos a presença do Juiz das Garantias em outros países, com o direcionamento para o Chile, onde devemos buscar pontos positivos com a experiência proposta, afim que essa realidade seja alcançada no Brasil, sendo trabalhado desde o princípio para evitar vícios, pois se existe a possibilidade de alcançar o que se promete com a figura, interessante é filtrar os pontos relevantes.

Em relação às controvérsias foi possível observar pontos principais que surgiram dentro das respectivas competências como discussões procedimentais e constitucionais. Até a presente conclusão deste trabalho, ausente ainda a decisão do STF acerca das Ações de Inconstitucionalidades, onde foi suscitado, entre outras, o vício de iniciativa pelo suposto descumprimento de processo legislativo constitucional com a criação de nova classe de juiz, violação do princípio da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade se referindo principalmente ao prazo para a implementação, criação de despesa sem a fonte de custeio prevista, ainda, que a norma fere a autonomia do Ministério Público. Porém foi possível vislumbrar na tendência conceitual deste trabalho que, deve-se sempre buscar a parametricidade com a constituição, tanto em aspectos formais quanto materiais, afinal a

norma nasce para realizar os anseios sociais, e nela está o principal objetivo a que se propõe, seja para uma nova tendência, para reforçar o já existente ou então uma mudança nos paradigmas atuais. Logo, não devemos tender para o que talvez possa chamar-se contemporaneamente de excesso de inconstitucionalização ou uma inconstitucionalidade desejada, onde se torna inconstitucional aquilo que se deseja.

Percebe-se que as diversas controvérsias levantadas como, tempo para começar a vigorar, impacto financeiro, celeridade e dinâmica distributiva dos processos, necessidade de um novo cargo no quadro de magistrados, entre outros, se direcionam mais para problemas pragmáticos que devem ser resolvidos no âmbito prático estrutural, trabalho este incumbido ao Grupo de Trabalho do CNJ, afinal o Juiz das Garantias será a mesma classe de magistrados executando uma função garantidora de direitos individuais do acusado.

Certo é, que talvez uma das controvérsias mais difíceis de solucionar seja a dinâmica de funcionamento em comarcas de vara única e que possuem um único juiz, até o momento a solução sugerida pela lei se trata de rodízio, porém, como demonstrado, a solução deve ser melhor trabalhada, pois a atual estrutura do nosso judiciário somada com a complexidade logística regional brasileira exige muito mais do que simplesmente um singelo rodízio.

Subjetivamente, quando nos referimos ao princípio da imparcialidade, onde questiona-se se a atual prerrogativa do magistrado já não é suficiente para garanti-la, percebemos que o Juiz das Garantias não é um usurpador, mas sim um verdadeiro contribuinte para a construção de um Brasil Penal onde o acusado se sinta mais seguro com a justiça tendo suas garantias amparadas, levando consequentemente credibilidade ao judiciário, momento que talvez careça disso.

O Juiz das Garantias pode vir a ser um avanço, afinal o legislador deixa claro logo de início que iremos adotar um sistema processual penal de estrutura acusatória, será o fiscalizador do inquérito ou qualquer outra investigação criminal, sendo isso de fundamental importância, quando observamos que o Ministério Público ao realizar suas investigações, que são os procedimentos investigatórios criminais, terá que comunicar o Juiz das Garantias, coisa que não era feita.

O Juiz das Garantias é das garantias dos direitos individuais do investigado que receberá a denúncia, distinguindo-se do juiz da instrução, justificadamente, porque ele é quem terá contato com o inquérito e com as provas produzidas. Desta forma podemos falar que temos um sistema acusatório, ideia essa que a maioria dos processualistas penais brasileiros já propaga e é o que consta como um perfil na constituição federal agora efetivado. Segundo os ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira (2009), observa-se então, que a medida se encontra alinhada a um modelo acusatório de processo penal, no qual o juiz deve assumir posição de maior neutralidade na produção da prova, evitando-se o risco de tornar-se o magistrado um substituto do órgão de acusação.

Por fim, não vemos problemas em defender a constitucionalidade da figura, com o perdão da ironia, talvez o Juiz das Garantias esteja pecando em cumprir em demasia a Constituição da República Federativa Brasileira, nossa base utópica de direcionamento em direitos humanos a qual, mesmo não conseguindo cumprir na íntegra o que nela está escrito, devemos sempre lutar para tentar chegar o mais próximo disso possível.

REFERÊNCIAS

Associação Nacional dos Membros do Ministério Público ajuíza ação contra juiz de garantias. Supremo Tribunal Federal - STF, 21 de jan. de 2020. Disponível em:<<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435151&ori=1>>. Acesso em: 25 de abr. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 16 de março 2020.

_____. Código de Processo Penal. **Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Rio de Janeiro: Presidência da República. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso: 16 de março 2020.

_____. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 01 de março de 2020.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas.** Coimbra Editora, Limitada, 1994.

362

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O juiz de Garantias Brasileiro e o Juiz de Garantias chileno: breve olhar comparativo.** Centro de Estudios de Justicia de Las Americas. Biblioteca Virtual. 2020. Disponível em: <<http://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5645?show=full>>. Acesso em: 16 de março de 2020.

CNJ divulga sugestões recebidas sobre juiz das garantias. Concelho Nacional de Justiça – CNJ, 21 de jan. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-divulga-sugestoes-recebidas-sobre-juiz-das-garantias/>>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

CNJ institui grupo de trabalho para estudar impactos da Lei 13.964/2019. Concelho Nacional de Justiça – CNJ, 26 de dez. 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-institui-grupo-de-trabalho-para-estudar-impactos-da-lei-13-964-2019/>>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

Código Orgánico de tribunales. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563>>. Acesso em: 16 de março de 2020.

Consulta sobre estruturação e implementação da Lei n.º 13.964 no âmbito do Poder Judiciário. Concelho Nacional de Justiça – CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/consultas-publicas/consulta-sobre-estruturacao-e-implementacao-da-lei-no-13-964-2019-no-poder-judiciario/>>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

Criação de juiz das garantias é objeto de ações no Supremo. Supremo Tribunal Federal – STF, 30 de dez. de 2019. Disponível em: <

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=433929&ori=1>>.

Acesso em: 25 de abr. de 2020.

Dados estatísticos de estrutura e localização das unidades judiciais com competência criminal. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em:<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Relatorio-Estrutura-das-unidades-judiciais-com-competencia-criminal_2020_01-09.pdf>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

363

Decisão estende prazo para aplicação da lei que cria o juiz das garantias. Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 15 de jan. de 2020. Disponível em:<<https://www.cnj.jus.br/decisao-estende-prazo-para-aplicacao-da-lei-que-cria-o-juiz-das-garantias/>>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do garantismo penal.** 6ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2002.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Reflexos e reflexões sobre o juiz das garantias na Justiça.** Revista Consultor Jurídico, 29 de dez. de 2019, 8h00. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/segunda-leitura-reflexos-reflexoes-juiz-garantias-justica>>. Acesso em: 04 de mai. De 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juiz de garantias: um nascituro estigmatizado.** In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. (Org.). 70 Anos de código de processo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 299-308. p. 305.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 27, 1999.

_____. **Novas Tendências de Direito Processual.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

Juiz das garantias não é juiz para proteger criminoso, diz Toffoli. Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 03 de jan. de 2020. Disponível em:< <https://www.cnj.jus.br/juiz-das-garantias-nao-e-juiz-para-proteger-criminoso-diz-toffoli/>>. Acesso em: 05 de abr. de 2020.

LOPES JR, Aury; RITTER, Ruiz. **A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. Revista Duc In Auto Cadernos de Direito, vol. 8, nº 16, set.-dez. 2016, p. 76.

Disponível em: <https://www.faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/cihjur/article/view/397>.

Acesso em: 15 de março de 2020.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

364

_____. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Nota Pública – Juiz de garantias. Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, 25 de dez. de 2019. Disponível em: <https://www.amb.com.br/?p=65693>. Acesso em: 01 de mai. De 2020.

Release Sobre a Consulta Pública Sobre Juiz das Garantias. CNJ, 21 de jan. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Release-questiona%CC%81rio-Juiz-de-garantias-21-jan.pdf>. Acesso em: 20 de abr. de 2020.

Reunião do Grupo De Trabalho para Elaboração de Estudos Sobre a Aplicação da Lei 13.964/2019. Conselho Nacional de Justiça - CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/reuni%C3%A3o-GT-13964.pdf>. Acesso em 20 de abr. de 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **O curso de Processo Penal**. 11ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 370.

SANTOS, Cláudia Viviane Vieira dos. **O juiz das garantias no processo penal brasileiro: um instituto (des)necessário diante do sistema processual penal brasileiro**. Orientador: Mauro Fonseca Andrade. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/166266>. Acesso em: 16 de março de 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STF - ADI 6.298-MC, Rel. Min. Luiz Fux, trecho da decisão cautelar do Min. Dias Toffoli, no exercício da presidência. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751790428&prcID=5840275&ad=s#>> Acesso em: 25 de abr. de 2020.

STF recebe nova ADI questionando criação do juiz das garantias. STF, 02 de jan. de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=434018&ori=1>>. Acesso em: 25 de abr. de 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Poder Judiciário. **Crise, Acertos e Desarcetos**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 91.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO INVERSO: ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PELA AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DO DEVER CONSTITUCIONAL DE CUIDADO DOS FILHOS EM RELAÇÃO AOS PAIS

Victor Souza da Silva

Marcelo Antunes Santos

366

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo analisar a possibilidade de reparação por danos morais nos casos de abandono afetivo inverso, caracterizado nas hipóteses em que os filhos abandonam os pais em momento de vulnerabilidade, como na velhice, enfermidade, carência e outras hipóteses onde a assistência é necessária para garantia da dignidade destes últimos. Considerou-se se para tanto que o abandono afetivo apto a justificar o dano moral não ocorre somente nos casos paterno-filial, mas também pela omissão dos filhos maiores em relação aos pais. Nesta relação, possível responsabilidade civil surge então da violação de dever de cuidado entre familiares, gerando dano psicológico e emocional. A partir dessa análise, levantou-se a seguinte pergunta problema: há possibilidade de aplicação do dano moral nos casos de abandono afetivo dos filhos em relação aos pais na velhice, carência e enfermidade? Para o desenvolvimento do tema foi utilizado o método de abordagem dedutivo considerando que o estudo partiu de teorias e leis para a análise e explicação de fenômenos particulares (geral para o particular). A pesquisa bibliográfica foi utilizada e se materializou pela consulta de fontes relativas ao tema, tais como; livros, revistas, monografias, teses, artigos de internet e, sobretudo julgados do Superior Tribunal de Justiça. O tema discutido nesse artigo, embora de especial relevância do ponto de vista social e jurídico, é ainda pouco discutido no ordenamento jurídico, o que reafirma a importância do seu estudo em busca de uma solução jurídica a pergunta problema então suscitada.

Palavra-chave: Abandono afetivo inverso. Danos Morais. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

The present study aimed to analyze the possibility of reparation for moral damages in cases of inverse emotional abandonment, characterized in the hypotheses in which the children abandon their parents at a time of vulnerability, such as in old age, illness, lack and other hypotheses where assistance is provided. necessary to guarantee the dignity of the latter. Therefore, it was considered that the emotional abandonment able to justify moral damage does not occur only in paternal-filial cases, but also due to the omission of older children in relation to their parents. In this relationship, possible civil liability arises from the violation of the duty of care among family members, generating psychological and emotional damage. From this analysis, the following question arose: is it possible to apply moral damage in cases of emotional abandonment of children in relation to parents in old age, lack and illness? For the development of the theme, the deductive approach method was used, considering that the study started from theories and laws

for the analysis and explanation of particular phenomena (general to particular). The bibliographic search was used and materialized by consulting sources related to the topic, such as; books, magazines, monographs, theses, internet articles and, above all, judged by the Superior Court of Justice. The theme discussed in this article, although of special relevance from a social and legal point of view, is still little discussed in the legal system, which reaffirms the importance of its study in search of a legal solution to the problem question then raised.

Keyword: Reverse affective abandonment. Moral damages. Civil responsibility

INTRODUÇÃO

No contexto da sociedade atual não é mais preciso ter uma relação sanguínea para se constituir uma família, mas sim que haja afeto entre os membros do conjunto familiar envolvidos em um campo mútuo de solidariedade, independentemente de sua formação estrutural (seja uniparental, homoafetiva, pluriparental).

Partindo dessa ideia, o presente trabalho visa desenvolver a temática do abandono afetivo inverso, que se manifesta no âmbito do direito de família nas hipóteses em que os filhos abandonam os pais na velhice, carência, enfermidade e outras situações de vulnerabilidade.

Insta salientar que o assunto em debate é tratado de forma cautelosa, considerando que os tribunais pátrios e doutrina ainda se encontram em fase de debate jurídico sobre os pressupostos aptos a configurar o dever de indenizar em se tratando de abandono afetivo dos filhos em relação aos pais.

O abandono afetivo ocorre nos casos em que uma pessoa, mesmo tendo o dever de cuidar, deixa de cumprir com tal obrigação, fato que gera danos ao sujeito vítima de abandono. Essa prática já é bastante comum e conhecida no relacionamento paterno-filial, nos casos em que os pais abandonam seus filhos menores, abstendo-se dos deveres de educá-los e assim contribuir assim para a formação de sua personalidade.

Ocorre que a Constituição Federal no artigo 229 prevê a garantia de proteção no âmbito familiar num dever de assistência mútua, tanto dos pais em relação aos filhos e dos filhos com relação aos pais, seja na velhice, na carência ou na enfermidade.

Desse modo, a responsabilidade civil surge a partir do momento em que o filho descumpre ou se omite do seu dever de cuidado e amparo em relação ao pai gerando danos a esse último.

Do abandono afetivo pode advir o dever de indenizar, conforme enunciado do IBDFAM, que preleciona que “A reparabilidade do dano encontra respaldo legal (CC 952 parágrafo único), uma vez que atinge o sentimento de estima frente a determinado bem”.

No entanto, para se chegarem à conclusão no caso concreto, com respaldo jurídico quanto à existência de ato ilícito nestas hipóteses, é necessário identificar a presença dos pressupostos da responsabilidade civil, analisando o nexo causal entre a conduta praticada pelo agente e o dano sofrido e suportado pela vítima, no caso, os pais.

O estudo será baseado no método dedutivo, considerando que o estudo partiu de teorias e leis para a análise e explicação de fenômenos particulares (geral para o particular). A pesquisa bibliográfica foi utilizada e se materializou pela consulta de fontes relativas ao tema, tais como; livros, revistas, monografias, teses, artigos de internet e, sobretudo julgados do Superior Tribunal de Justiça.

FAMÍLIA E O DEVER RECÍPROCO DE CUIDADO ENTRE PAIS E FILHOS

Desde os tempos remotos, quando o ser humano começava a se estruturar em sociedade, o núcleo familiar era constituído de forma patriarcal e hierarquizado, fundado numa convenção matrimonial heteronormativa, sendo esta a única via socialmente aceita. A família naquele contexto caracterizava-se como sendo uma entidade eminentemente patriarcal.

Esse modelo de constituição familiar perdurou por muito tempo até a chegada da Revolução Industrial, contexto em que a partir de então foi necessária mão de obra para atender as demandas decorrentes do sistema capitalista e consequente modelo de produção vigente. Com isso a mulher foi introduzida no mercado de trabalho e o homem deixou assim de ser a parte única integrante do mercado de trabalho.

Essa alteração do formato na estrutura familiar teve seu início quando as famílias começaram a migrar do campo para as cidades e passaram a conviver em locais menores, permitindo assim uma maior aproximação entre os membros e a formação de vínculos afetivos mais consistentes. Assim a prevalência do afeto tornou-se prestigiado na relação de seus integrantes, valorizando assim não somente o afeto decorrente da relação matrimonial, como também entre pais e filhos, independentemente de vínculo sanguíneo.

Nessa perspectiva, Maria Berenice Dias (2016, p. 48) aduz que “a valorização do afeto deixou de se limitar apenas ao momento de celebração do matrimônio, devendo

perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família”.

A família tornou-se um meio de contato e inserção no meio social e no âmbito interno enfatizou o sentimento de pertencimento de seus membros.

Partindo-se da existência do vínculo afetivo surgiu então no campo institucional a obrigação de solidariedade entre as figuras da família.

Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu artigo 229, previu a garantia de uma proteção integral num dever de assistência mútua dos pais com relação aos filhos e dos filhos com relação aos pais, seja na velhice, na carência ou na enfermidade.

O referido dispositivo expressa o dever da solidariedade recíproca entre os integrantes da família e a proteção da dignidade humana dos seus membros, não se limitando em casos de laços biológicos, mas visando principalmente os vínculos afetivos existentes.

Nesta seara leciona Flavio Tartuce (2017, p. 1163) sobre o sentido da palavra solidariedade:

Ser solidário significa responder pelo outro, o que remonta à ideia de solidariedade do direito das obrigações. Quer dizer, ainda, preocupar-se com a outra pessoa. Desse modo, a solidariedade familiar deve ser tida em sentido amplo, tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual.

Nos ensinamentos de Maria Berenice Dias (2016, p. 53):

Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e de adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CF 227). Impor aos pais o dever de assistência aos filhos decorre do princípio da solidariedade (CF 229). O mesmo ocorre com o dever de amparo às pessoas idosas (CF 230).

Sendo a solidariedade um dos principais elementos constitutivos do conceito constitucional da família, o auxílio mútuo entre seus membros garante a subsistência e o padrão de vida de seus integrantes. Assim o dever de cuidado não é somente material, quanto aos alimentos entre pais e filhos, mas também nas prestações afetivas, visando uma satisfação em sentido mais amplo que o material.

Como um dever que obriga e ao mesmo tempo garante todos os pólos e contribui para efetivação de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, o assunto é de extrema relevância no campo do direito de família, vez que se relaciona a efetividade do direito à dignidade dos sujeitos envolvidos, no caso em apreço, dos pais em situação de fragilidade.

O princípio da solidariedade tem a sua essência prevista no texto constitucional, de modo que imperiosa a análise sobre os efeitos da quebra deste princípio/dever no campo da responsabilidade civil.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITO

A palavra “responsabilidade” vem do latim spondeo e era atribuída ao devedor nos contratos verbais na época do direito romano. O estudo desse instituto é imprescindível para o entendimento de como a responsabilidade civil pode se configurar nas relações familiares, no âmbito do direito de família.

A responsabilidade civil se classifica primordialmente em contratual ou extracontratual. A primeira delas surge pelo descumprimento de um dever inserido em um determinado contrato. A extracontratual ou aquiliana, por sua vez, é aquela que decorre da violação de um dever previsto em um preceito normativo.

Assim, as condutas praticadas e as atividades desenvolvidas que ultrapassem os limites previstos em lei, podem causar prejuízos econômicos ou moral a alguém que tem o bem juridicamente protegido, Carlos Alberto Gonçalves (2012, p. 21) diz que configurara responsabilidade civil:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

Nesse sentido, a conceituação da responsabilidade civil está relacionada ao dever de reparar nos casos onde há danos sofridos. No entendimento de Flavio Tartuce (2017, p. 327) “a responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida”.

Assim o dever de reparar o dano sofrido pela vítima poderá recair sobre outra pessoa, causadora do prejuízo, tornando-se um dever jurídico. No entanto, para que o dano seja reparado faz-se necessário observar a incidência dos pressupostos do dever de indenizar, quais sejam: a conduta, presença de dolo ou culpa, um dano suportado pela vítima e o nexo de causalidade entre da conduta do agente e o dano evidenciado.

A responsabilidade civil surge, portanto, quando determinado sujeito comete um ato ilícito em face de outrem. Ato ilícito, nos dizeres de Flavio Tartuce (2017, p. 329):

[...] é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da sua ocorrência, a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional. O ato ilícito é considerado como fato jurídico em sentido amplo, uma vez que produz efeitos jurídicos que não são desejados pelo agente, mas somente aqueles impostos pela lei.

O ato ilícito tem a sua previsão ainda no artigo 186 do Código Civil de 2002 que o define da seguinte forma: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 51) “[...] quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima”.

Para Flavio Tartuce (2017, p.339) “pode ser apontada a existência de quatro pressupostos do dever de indenizar, reunindo os doutrinadores aqui destacados: a) a conduta humana; b) culpa genérica ou lato sensu; c) nexo de causalidade; d) dano ou prejuízo”.

A conduta humana é o elemento constitutivo da responsabilidade do agente. Pode ser considerada como positiva, quando provocada por uma ação do indivíduo, gerando o dano diretamente a vítima, ou omissiva, quando o agente deixa de praticar determinado ato que evitaria o resultado dano.

Em matéria de responsabilidade civil, esta poderá ser subjetiva, quando a presença do elemento culpa do agente é fundamental para a configuração do ato ilícito, ou objetiva, em que basta a comprovação do dano e do nexo de causalidade do agente para que haja o dever de indenizar, nos moldes do que preconiza o artigo 927, §único, do Código Civil de 2002.

Segundo Flavio Tartuce (2017, p. 345) “o nexo de causalidade ou nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa – ou o risco criado –, e o dano suportado por alguém.”

Quanto ao dano, no caso sob exame se relaciona à questões psicológicas, no âmbito interno do agente, a seguir melhor caracterizado.

DO DANO MORAL E RESPONSABILIDADE CIVIL

372

De modo geral, não há que se falar de responsabilidade civil sem a ocorrência de dano, este que é elemento fundamental para a configuração do ato ilícito. Este dano poderá ser patrimonial (material) quanto extrapatrimonial (imaterial).

Nessa perspectiva, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 52) afirma que:

Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. O Código Civil consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível. A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto.

O dano material é aquele que viola diretamente um bem juridicamente protegido do ofendido e que tem repercussão financeira, atingindo seu patrimônio e, portanto, mais facilmente mensurado o tamanho do prejuízo atingido. Este se divide em dano emergente, que diz respeito à perda do patrimônio já existente e lucros cessantes, que se refere àquilo que o agente deixou de ganhar.

O dano moral ou extrapatrimonial é aquele que não está diretamente vinculado a um valor econômico suportado a vítima, ou seja, não é um prejuízo que pode ser inteiramente avaliado como o material. O dano moral está ligado a um dano que afeta o psicológico do indivíduo, pode afetar sua imagem, sua vida pessoal, seus pensamentos, sua rotina diária ou um abalo emocional de natureza diversa.

A Constituição Federal prevê a possibilidade de indenização por dano moral em seu artigo 5º, incisos V e X:

Art. 5º Todo são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país

a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

V - e assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem;

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando a indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação.

Por essa razão, o dano moral não possui um valor específico previsto no ordenamento jurídico civilista, mas pode ser mensurado no caso concreto pelo julgador de acordo com o sofrimento causado à vítima, sendo aplicado ainda com o objetivo de que tal ato não seja mais cometido pelo agente que o causou.

Neste sentido, quando o agente comete ato ilícito com repercussão de ordem econômica ou moral, estando configurado o nexo de causalidade, haverá responsabilidade civil e dever indenizatório, de modo que será sempre atribuído um valor econômico, com o fim de reprimir atitude levada a efeito pelo agente.

Como alhures assentado, para a configuração da responsabilidade civil é necessária a ocorrência de três elementos, isto é, que o ato praticado atente contra a lei, que ocorra um liame entre o ato e o dano, e que este seja passível de indenização declarada pelo judiciário.

Cumprir destacar que o dano ocasionado pelo abandono afetivo dos filhos em relação aos pais, ora objeto de estudo, é primordialmente extrapatrimonial uma vez que está relacionado a uma lesão na esfera moral do indivíduo com consequências jurídicas.

DO ABANDONO AFETIVO

As famílias se constituem e tem por base o afeto, amor, respeito e dever de cuidado entre seus membros. Todavia, quando esses deveres recíprocos são descumpridos por um dos integrantes a relação não será mais mútua, o que pode gerar consequências jurídicas aos envolvidos. Ao dispor sobre a relação paterno-filial Maria Berenice Dias (2016, p. 138) diz:

[...] Assim, a convivência dos pais com os filhos não é um direito, é um dever. Não há o direito de visitá-lo, há a obrigação de conviver com eles. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.

O abandono afetivo está se tornando cada vez mais presente nas relações familiares, sendo muito comum nos casos paterno-filiais, quando os pais abandonam os seus filhos menores, não demonstrando interesse em dar continuidade na relação familiar, bem como ao se omitirem dos deveres jurídicos garantidos por lei, como o dever de sustento.

O presente estudo considera em sua análise os casos de abandono inverso, em que os filhos maiores descumprem suas obrigações perante os pais nos casos na velhice, carência ou enfermidade, qual seja em momento de maior vulnerabilidade.

Conforme destacado alhures, quando se mostra inexistente o afeto e ocorre o abandono o ato ilícito é praticado gerando um dano imaterial ou moral em favor da outra parte.

O enunciado 8 do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família Instituto Brasileiro de Direito de Família) afirma que “o abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado.”

Nesse sentido, em se tratando do abandono afetivo, doutrina e legislação já sinalizam para o dever de indenizar em virtude do sentimento não direcionado a outra parte.

No entanto, deverá ser analisado no caso concreto se todos os elementos constitutivos da responsabilidade civil estão presentes, vez que a legislação não traz qualquer preceito normativo claro quanto à imposição do afeto e do amor dos filhos em relação aos pais ou mesmo dos pais em relação aos filhos.

Ademais, nada impede que seja considerado o princípio da proteção recíproca entre os membros da família, previsto no artigo 229 da CR/1988, como fundamento para o dever de afetividade entre seus membros. Conforme destaca Maria Berenice Dias (2016, p. 138) “O princípio da proteção integral impõe que sejam colocados a salvo de toda forma de negligência. Mas direitos de uns significa obrigações de outros. São responsáveis a dar efetividade a esse leque de garantias: a família, a sociedade e o Estado”.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO INVERSO: CONCEITO E ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

O artigo 226 da Constituição Federal trata da proteção dada à família no âmbito constitucional. Por sua vez, o artigo 230 da mesma Carta Magna estabelece que o dever de proteção aos idosos, ultrapassa a família, sendo estendido ao Estado e à sociedade, a fim de garantir-se sua participação comunitária, defendendo-se sua dignidade e garantindo-se seu direito à vida.

Nesse sentido, a falta de cuidado pode ser considerada um ato ilícito, uma vez que flagrantemente infringe o disposto nos referidos dispositivos legais.

A CR/1988 elenca direitos básicos que devem partilhados (entre pais e filhos) no seio das relações familiares. Esses direitos superam a esfera da assistência material ou econômica, englobando também o campo da afetividade.

No entendimento de Maria Berenice Dias (2012, p 1.111) “quando se trata de pessoa idosa, chama-se de abandono afetivo inverso: o inadimplemento dos deveres de cuidado e afeto dos descendentes para com os ascendentes, conforme impõe a Constituição Federal em seu art. 229.” Assim, destaca-se que existe o dever do filho de prestar o auxílio imaterial ou afetivo na convivência do âmbito familiar e na assistência de pais idosos.

Vale destacar que o Estatuto do Idoso chegou para reforçar as normas dando enfoque maior à pessoa com idade avançada, igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

A dignidade da pessoa idosa deve ser vista priorizada, respaldada no respeito, de igualdade e nos dever de cuidado dos filhos, como está evidenciado nos artigos 229 e 230 da Constituição Federal. O ordenamento jurídico pátrio se mostra claro quanto ao ideal de fazer com que os idosos sejam inclusos na sociedade, sem qualquer discriminação, preservando os seus direitos fundamentais.

É nesse sentido que o enunciado nº 10 do IBDFAM, dispõe que “é cabível o reconhecimento do abandono afetivo em relação aos ascendentes idosos”. Assim, tem-se que o cuidado é um dever de viés imaterial, inclusive, necessário para a estruturação psíquica e também ao atendimento das necessidades dos idosos.

Voltando-se a jurisprudência pátria, insta destacar que o Superior Tribunal de Justiça, ao se debruçar sobre a matéria, firmou entendimento no sentido de que é cabível a indenização por danos morais, em razão do abandono afetivo. Vejamos:

Civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de

indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/1988. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado –, **importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.** 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido” (STJ, REsp 1.159.242/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j.24.04.2012, DJe 10.05.2012).

Direito civil e processo civil. Ação de alimentos proposta pelos pais idosos em face de um dos filhos. Chamamento da outra filha para integrar a lide. Definição da natureza solidária da obrigação de prestar alimentos à luz do Estatuto do Idoso.

- A doutrina é uníssona, sob o prisma do Código Civil, em afirmar que o **dever de prestar alimentos recíprocos entre pais e filhos não tem natureza solidária, porque é conjunta. (grifo nosso)**

- **A Lei 10.741/2003, atribuiu natureza solidária à obrigação de prestar alimentos quando os credores forem idosos**, que por força da sua natureza especial prevalece sobre as disposições específicas do Código Civil. **(grifo nosso)**

- O Estatuto do Idoso, cumprindo política pública (art. 3º), assegura celeridade no processo, impedindo intervenção de outros eventuais devedores de alimentos.

- A solidariedade da obrigação alimentar devida ao idoso lhe garante a opção entre os prestadores (art. 12). Recurso especial não conhecido. (REsp 775.565/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2006, DJ 26/06/2006, p. 143)

Portanto, restando configurado o abandono afetivo dos filhos em relação aos pais, privando-os assim do direito a assistência e companhia, evidenciando na hipótese a ocorrência de danos, é cabível a reparação civil por danos morais à luz da legislação pátria e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como sedimentado.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, o abandono afetivo inverso é um problema social com efeitos jurídicos que afligem a sociedade e ofende direitos constitucionalmente assegurados.

Conforme restou exposto, a falta de cuidado mostra-se um ato violador ao princípio da dignidade da pessoa humana, podendo gerar danos físicos e psicológicos aos pais na velhice, na enfermidade ou na carência, nos termos caracterizados no artigo 229 e 230 da Constituição Federal.

Em decorrência das mudanças familiares houve a valorização do afeto, independentemente se os seus membros têm laços sanguíneos ou não. Ademais, não somente a falta de assistência material gera o dever de reparar, como também a ausência de afetividade pelos filhos, compreendendo-se como a falta de cuidado e zelo, pode gerar o mesmo dever de indenizar. E é nesse contexto de violação que o Poder Judiciário deve intervir para compensar o dano efetivado.

Nesse sentido, a pergunta problema que motivou o desenvolvimento do presente trabalho, qual seja: “há possibilidade de aplicação do dano moral nos casos de abandono afetivo dos filhos em relação aos pais na velhice, carência e enfermidade?” alcançou resultado positivo, de modo que é plenamente cabível a responsabilização em danos morais nos casos de abandono inverso, nos quais os filhos falham com seu dever de cuidado em relação aos pais, conforme interpretação dada a legislação em vigor e entendimento jurisprudencial,

Assim, conclui-se, que mesmo que a lei ainda seja omissa ao tratar especificamente sobre o presente tema, entende-se pelos levantamentos doutrinários e jurisprudenciais trazidos que é sim passível de reparação civil por danos morais quando incidente o abandono afetivo inverso, retirando a direito a solidariedade e fruição da afetividade paterno-filial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Taís Silva de. **Abandono afetivo inverso: responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos**. 2016. 65f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em

Direito). Universidade de Santa Cruz do Sul. Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/handle/11624/1489>>. Acesso em 02 set. 2020.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Publicado no DOU de 05.10.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 set. 2020.

_____. **Estatuto do Idoso**, Lei nº 10.741 de 1º de out. de 2003. Publicado no DOU de 05.10.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em 17 set. 2020.

_____. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 17 set. 2020.

CUNHA, Marcia Elena de Oliveira. O Afeto face ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Seus Efeitos Jurídicos no Direito de Família. 2009. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482>>. Acesso em: 01 out. 2020

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

IBDFAM. **Abandono afetivo pode gerar indenização**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 06 set. 2020.

MEDEIROS, João Bosco. **Redação Científica: a prática de fichamentos, resumos, resenhas**. 12a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEZZAROBBA, Orides e MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2015

NAGEL, Charlotte De Marco; MAGNUS, Cristhian De Marco. **O dano moral por abandono afetivo do idoso: proteção a direitos fundamentais civis**, 2013. Disponível em:

<http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2013/07/16/13_38_17_720_Abandono_afetivo_idoso.pdf>. Acesso em: 01 out. 2020.

OLIVEIRA, Adeilson. **Princípios do Direito de Família**. 2015. Disponível em:<<https://adeilsonfilosofo.jusbrasil.com.br/artigos/237050117/principios-do-direito-de-familia>>. Acesso em: 10/09/2020.

PEDROSO, Juliane. **Abandono Afetivo frente ao ordenamento jurídico Brasileiro**. Disponível em: <https://juuliane.jusbrasil.com.br/artigos/137611283/abandono-afetivo-frente-ao-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em 17 de nov. de 2016.

SILVA, LillianPonchio; MEDEIROS, Alexandre Alliprandino; PENNA, João Bosco; PENNA, Carolina Paulino e OZAKI, Veridiana TonzarRistori. **Responsabilidade Civil dos Filhos com relação aos pais Idosos – Abandono Material e Afetivo**, disponível em:

http://www.lex.com.br/doutrina_24230664_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DOS_FILHOS_COM_RELACAO_AOS_PAIS_IDOSOS_ABANDONO_MATERIAL_E_AFETIVO.aspx. Acesso em: 28 de set. de 2020.

SILVA, Paula Lopes. **Abandono Afetivo Inverso e o cabimento da obrigação de cuidado em contexto de abandono passado**. 2019. 54f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/25957>>. Acesso em 06 set. 2020.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=abandon+afetivo+&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 06 set. 2020.

TARTUCE, F.; SIMÃO, J. F. **Direito civil**, v. 5: Direito de Família. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

POLÍCIA INDÍGENA NA COMUNIDADE AMAZÔNICA DO UMARIAÇÚ (I E II) E A LEGITIMIDADE PARA A REALIZAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA

INDIGENOUS POLICE IN THE AMAZON COMMUNITY OF UMARIAÇÚ (I AND II) AND THE LEGITIMACY FOR PUBLIC SECURITY

José da Silva Cordeiro

Marcelo Antunes Santos

381

RESUMO

O presente trabalho teve por objeto a análise da constituição e atuação da Polícia Indígena do Alto Solimões (PIASOL), cujo locus operacional é a Comunidade Indígena Umariacú I e II. Para tanto discorreu sobre a legitimidade desta forma de policiamento tendo como base a Constituição Federal de 1988 e demais regramentos jurídicos que regulam a matéria. Para o desenvolvimento do estudo, necessário se fez analisar o papel do Estado enquanto sujeito legitimado a promover a segurança pública dos cidadãos, bem como a atuação de uma “polícia” paralela, a princípio respaldada por uma omissão do dever estatal num contexto determinado. Neste contexto levantou-se a seguinte pergunta: “A atuação da polícia indígena do Alto Solimões (PIASOL) tem sua atuação respaldada pela Constituição e demais regramentos jurídicos internos que tratam da segurança pública?”. Para desenvolvimento da temática o método indutivo foi utilizado, haja a análise de um fenômeno particular e pontual, havido nas comunidades indígenas mencionadas, bem como a pesquisa de campo, baseada, sobretudo na experiência e vivência de um dos pesquisadores (Tikuna) no contexto analisado. Foram utilizadas ainda outras fontes relativas ao tema, tais como livros, revistas, monografias e artigos de internet relacionados à temática avaliada.

Palavras Chaves: Legitimidade. PIASOL. Segurança Pública. Tikuna.

ABSTRACT

This study aimed to analyze the constitution and performance of the Alto Solimões Indigenous Police (PIASOL), whose operational locus is the Umariacú I and II Indigenous Community. To this end, he discussed the legitimacy of this form of policing based on the Federal Constitution of 1988 and other legal rules that regulate the matter. For the development of the study, it was necessary to analyze the role of the State as a legitimate subject to promote public security for

citizens, as well as the performance of a parallel “police”, at first supported by an omission of state duty in a given context. In this context, the following question was raised: “The performance of the indigenous police of Alto Solimões (PIASOL) is supported by the Constitution and other internal legal regulations dealing with public security?”. For the development of the theme, the inductive method was used, there is the analysis of a particular and specific phenomenon, occurred in the mentioned indigenous communities, as well as the field research, based mainly on the experience and experience of one of the researchers (Tikuna) in the analyzed context . Other sources related to the topic were also used, such as books, magazines, monographs and internet articles related to the evaluated theme.

Keywords: Legitimacy. PIASOL. Public security. Tikuna.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho discute tema que permeia a realidade dos Tikunas que residem nas comunidades Umariacú I e II, situadas no Município de Tabatinga, na região da tríplice fronteira Brasil, Colômbia e Peru. As comunidades se situam há 7,1 km da sede do município.

O estudo da presente temática se justifica pelo fato de envolver questão controversa, vez que envolve a atuação de particulares, ainda que organizados coletivamente, de atividade que a priori deve ser desempenhada pelo Estado. A questão, no entanto, merece exame apurado, considerando o cenário peculiar, que além de estar envolvido num contexto sociocultural diferenciado trata-se de área com significativo índice de criminalidade, o que poderia então justificar a existência paralela das atividades da PIASOL, aqui examinadas.

O povo Tikuna tem a maior população indígena do país, com cerca de 40 mil pessoas, segundo levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no ano de 2010. No entanto, os números apurados em pesquisa concretizada no ano de 2014 pela Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI) foram identificados cerca de 50 mil Tikunas povoando os territórios do Brasil, Colômbia e Peru. A língua falada pela etnia é conhecida como uma língua isolada, linguisticamente única, e se autodenominam como Magüta.

A Polícia Indígena do Alto Solimões (PIASOL) foi criada no ano de 2008, com o intuito de minimizar a violência nas aldeias, devido à omissão do Estado na esfera

Federal, Estadual e Municipal. O antropólogo João Pacheco de Oliveira Filho (1988, p. 12) tratou da temática quando se referia a instrumentos de resolução de conflitos, nos seguintes termos:

(...) os mecanismos tradicionais de resolução de conflito pareciam completamente ineficazes e os índios copiavam a todo o momento formas organizativas utilizadas pelos brancos (como Irmandades, Guarda Indígena e Polícias) ou apelavam para as instituições municipais ou federais na tentativa de estabelecer um mínimo de controle social.

O trabalho discorrerá sobre o histórico da comunidade indígena Umariacú; sobre a violência que marca do território analisado e a consequente omissão estatal da efetivação da segurança pública, contexto em que a PIASOL foi engendrada.

Neste contexto levantou-se a seguinte pergunta: “A atuação da polícia indígena do Alto Solimões (PIASOL) tem sua atuação respaldada pela Constituição e demais regramentos jurídicos internos que tratam da segurança pública?”. Para desenvolvimento da temática o método indutivo foi utilizado, haja a análise de um fenômeno particular e pontual, havido nas comunidades indígenas mencionadas, bem como a pesquisa de campo, baseada, sobretudo na experiência e vivência de um dos pesquisadores (Tikuna) no contexto analisado. Foram utilizadas ainda outras fontes relativas ao tema, tais como livros, revistas, monografias e artigos de internet relacionados à temática avaliada.

HISTÓRICO DA COMUNIDADE

A Terra Indígena Umariacú localiza-se no município de Tabatinga/AM, município brasileiro localizado na margem esquerda do Rio Solimões (1,105 KM de distância em linha reta da capital) no interior do Estado do Amazonas, região Norte. A Comunidade do Umariacú tem 4.854,99 h², possuindo duas divisões com o mesmo nome, se diferenciando em Umariacú I e Umariacú II, e encontram-se na região da tríplice fronteira entre Brasil, Colômbia e Peru. Limita-se com a comunidade não indígena de Limeira, denominada área indígena Eware I, a qual possui outros projetos de assentamentos.

O nome oficial da atual Terra Indígena é “UMARIAÇÚ”, ocupado pelas duas comunidades Umariaçú I e II, sendo dividido por um igarapé, cujo nome também foi batizado pelos próprios Tikunas como Umariaçú.

Os primeiros moradores da região chamaram de (Yoratü ou Yoreté), nome de certa planta nativa existente na mata ciliar das margens do igarapé, cuja fruta dessa planta servia de alimentos para os peixes que viviam em abundância no exuberante igarapé. Essa palavra provavelmente originou-se do tupi-guarani, língua falada por alguns Tikunas naquela época.

No início, quando a comunidade começou a se formar, existiam apenas sete casas típicas e uma oca para os rituais da festa da moça nova, que se situava nas proximidades do atual cemitério comunitário.

Segundo uma das versões dos primeiros moradores da Comunidade, o termo Umariaçú é proveniente de dois termos “MARIA” nome de uma moça, a filha de um dos primeiros moradores da aldeia, o pai era foragido da Guerra da Colômbia (Letícia) contra o Peru, ao qual a moça falecera afogada no igarapé. Assim, a aldeia recebeu como homenagem o nome Umariaçú, cujo termo “AÇÚ” significa “Grande”, em NHENGATU, que dali surgiu “Maria Grande”.

E outra versão dada pelos moradores da aldeia, a palavra Umariaçú vem das imensas abundâncias de fruta nativa chamada UMARI, umas das frutas típicas da região do Alto Solimões, que são fontes de economias do povo Tikuna. Também temos o símbolo da mitologia e histórias de casamentos dos grandes heróis pescadores do povo Magüta Yo’i e Ipi, com a Tetchi arü Ngu’i, a sua esposa (a moça mais bela que se transformou da última fruta da umarizeira), nas margens do igarapé Eware, o lugar sagrado/misterioso (u’tüane) pelos povos Tikunas.

De acordo com as narrativas Tikuna, Yo’i (um dos principais heróis culturais Ewaré) e Ipi (irmão de Yo’i), criaram o povo Tikuna. Yo’i usando isca de macaxeira pescou nas nascentes do igarapé São Jerônimo, entre os municípios de Tabatinga/AM e São Paulo de Olivença/AM, os peixes que se transformaram em gente ao serem retirados da água, conseguindo, desta maneira, formar o que quer dizer “povo pescado do rio”, dos quais descendem os Tikunas. Ipi também pescou muita gente, só que não era o povo Magüta, e sim peruanos. Esse povo vivia em terra firme da floresta tropical e no alto dos igarapés, afluentes da margem esquerda do rio Solimões.

Ao descrever a forma de organização dos Tikuna, (NIMUENDAJÚ, 1952 apud, ERTHAL, 2001) narra que:

O povo Tikuna é organizado socialmente e está dividida em clãs, ou “nações” como são referidos por eles próprios, atualmente são agrupados em metades as quais adotam os nomes de árvores, animais terrestres e insetos (grupo A denominado “sem pena”) e aves (grupo B denominada “com pena”), que serve para regular os casamentos, sua organização social e política. Membros de uma metade devem se casar com pessoas da metade oposta, o clã do pai é herdado de pai para o filho (a). O desrespeito à exogamia, se cometido casualmente, pode ser punido com censura pública sem que haja exclusão definitiva dos indivíduos das atividades sociais. No entanto, as ligações incestuosas prolongadas causam “horror e repugnância” aos parentes e podem resultar em “tragédias de sangue” com acusações públicas e mortes violentas, que são vistas, no entanto, como restauradoras do estado de normalidade.

Os Tikuna transportavam-se através de canoas a remos e caminhavam a pé da sua aldeia até o local onde realizavam o ritual místico da tradição Tikuna, denominado “festa de moça-nova”. O significado desta cerimônia é a passagem de vida da adolescente para uma vida adulta, onde ela irá receber orientação dos pais e parentes, como a moça deve se comportar e o que deve aprender para manter sua vida depois de construir sua família. Sua festa tem a duração de três dias, nesse intervalo, há a apresentação de grupos de cantores, grupos de batedores de tambores e a apresentação de vários personagens com máscaras.

Segundo Frei Fideles (1945, p.206): “A festa da Moça-Nova é um conjunto de cerimônias, de atos expiatórios com que a jovem índia dará início ou se disporá as funções sexuais, alcançando, por meio do que ela sofre naquelas cerimônias, uma benevolência especial de Tupã”.

Nos primórdios, o povo Tikuna, vivia em harmonia e diretamente com a natureza. Com a influência da sociedade não indígena outros povos deixaram os seus costumes pela subordinação das catequeses que dentre outras violações, proibiram a fala da própria língua materna. As tradições dos Tikuna aos poucos foram extintas ou perderam a centralidade haja vista a influência da cultura não indígena.

Os Tikunas desde o início sobreviveram da própria caça, pesca e agricultura, ou seja, desde o surgimento do seu povo na terra. Porque são descendentes da origem e

linhagem do deus Yo'i, de modo que não precisavam de auxílios do governo como, por exemplo, a educação, saúde, moradia e alimentação.

No dia 15 de agosto de 1975 foi reconhecida oficialmente a fundação da Comunidade Indígena de Umariacú. Nesse mesmo período a comunidade também foi dividida em Umariacú I e II, pelo igarapé que corta as duas aldeias com o mesmo nome. No entanto, Umariacú I, pertencia à religião da Igreja Católica Romana na época, essa ideia foi do cacique da comunidade, e o responsável era o senhor Leopoldino Bruno, o mais conhecido pelos Tikunas com o apelido de vovô “Sucuri”, o morador nativo com maior número de família no local, e ele foi um dos autores do mesmo processo de transferência dos moradores da comunidade.

As décadas de 70 e 80 foram importantes para a consolidação e realização de algumas reivindicações dos povos indígenas no Brasil, o que incluía a realização do direito originário a terra, bem como o reconhecimento de suas identidades. Depois de tantas lutas das lideranças indígenas Tikunas, o decreto s/nº de 11 de dezembro de 1998, decidiu homologar a demarcação de Terra Indígena Tikuna, administrativamente promovida pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Este decreto entrou em vigor em 14 de dezembro de 1998.

Com as lutas e as mobilizações das majorias das lideranças indígenas, foi possível conquistar espaço de livre sobrevivência para a população, inclusive do Alto Solimões, através das pioneiras organizações indígenas Tikuna, como Conselho Geral da Tribo Ticuna (CGTT), a Organização Geral de Professores Ticuna e Bilíngue (OGPTB), a Federação das Organizações das Comunidades e Caciques Indígenas Tikuna (FOCCIT), mas os principais protagonistas foram liderados pelos caciques líder Pedro Inácio, cujo nome na língua Tikuna é (Ngematücü) e Adércio Costódio, os quais foram indicados por outros caciques das aldeias Tikunas, para assumirem o cargo de Caciques Gerais de todas as comunidades indígenas do Alto Solimões.

A população atual da comunidade vive em harmonia com a família no dia a dia. A sua economia depende do trabalho realizado na agricultura para manter a tradição e a cultura milenar do século XXI. Viver a diferença é uma tradição viva e oportuna para os povos Tikunas o que inclui a valorização da língua materna.

VIOLÊNCIA, OMISSÃO ESTATAL E A LEGITIMIDADE PARA REALIZAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA.

O Estado tem o dever de prover a segurança pública da população brasileira por meio de suas polícias de forma indistinta a todos os brasileiros. É o que preceitua o artigo 144 da CF/88. Vejamos:

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

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

[...].

Não obstante a generalidade do texto constitucional supracitado sabe-se que os povos indígenas possuem formas tradicionais de desenvolverem suas atividades e, em virtude da influência da sociedade hegemônica e seus efeitos perniciosos se tornaram ainda mais vulneráveis a violência e a outras formas de criminalidade. Tal constatação demanda uma atuação positiva do Estado, respeitando a organização local e forma de vida diferenciada, no sentido do promover a segurança destes povos.

Desde a colonização, a violência nas comunidades indígenas vem crescendo constantemente, sobretudo nos últimos anos que juntamente com o fenômeno da urbanização veio à violência e a criminalidade.

Grandes causadores da violência nas aldeias indígenas são o alcoolismo e o consumo excessivo do uso de drogas ilícitas. Nas palavras de Wiggers (2000, p, 106), afirma que: “o álcool e a droga retiram das pessoas as possibilidades de agirem conforme o papel legitimado socialmente e tira qualquer possibilidade de justificativas de seus atos”.

Os jovens indígenas são os mais atingidos, vez que não têm uma área de lazer adequada e oportunidades de emprego que os distanciem do consumo do álcool e das drogas ilícitas. Quando em contato com essas substâncias, os jovens indígenas se tornam agressivos falando palavras de baixo calão e acabam brigando entre si, ou, com outros grupos de pessoas, que eles mesmos denominam de “galera ou gami”. O uso das drogas ocasiona ainda um grande índice de suicídio nas aldeias indígenas.

Segundo Weydson Gossel Pereira, coordenador da instituição do Distrito Sanitário Especial Indígena (DSEI) no Alto Solimões (AM), no ano de 2016, foram registrados trinta mortes por suicídio.

O Coordenador ressalta ainda que dentro das comunidades indígenas as mortes por suicídio estão relacionadas ao consumo de álcool e drogas. Vejamos:

Pela vigilância do óbito todos os exemplos: das 32 tentativas de suicídio, em 2016, 22 delas tiveram envolvimento com álcool e essas 22 repetiram, depois, a tentativa. Chegamos em 30 suicídios, no ano passado, no Alto Solimões, que é a nossa maior causa sempre. [Entre] os indígenas não é cultura se matar. O álcool, hoje, está presente e tem sido de grande [influência] para esse prejuízo enorme de vida se perdendo.

É certo que a questão da criminalidade não deve ser tratada de maneira isolada, considerando suas relações com outros aspectos com destaque para a educação e oportunidades de emprego. No entanto, o que se nota nessa comunidade é uma carência da presença estatal no que tange ao atendimento de todas as necessidades humanas dos povos indígenas, o que inclui a segurança pública. Portanto, o Estado é omissor em cumprir seu papel e o seu dever de realizar a segurança pública, que também é direito de todos.

O texto constitucional não dispensa tratamento diferenciado ao indígena quando se refere à prestação dos serviços de segurança pública. Assim, não foram criadas regras específicas para a segurança pública em terra indígena ou outras peculiaridades relacionadas ao trato da questão quando envolver o indígena. Os art. 3º e 5º da CF/88 preceituam que:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[...]

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 [...].

Assim, não há fundamento constitucional para a negativa de prestação do serviço de segurança pública e para a distinção de tratamento pelos entes estatais,

especificamente, a repressão de delitos e as fiscalizações rotineiras, no que se refere aos indígenas no âmbito de suas terras tradicionalmente ocupadas.

O artigo 109 da Constituição da República (CF/88) preceitua em seu inciso XI, § 5º, que cabe a Justiça Federal julgar:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

XI - a disputa sobre direitos indígenas.

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

389

Ademais, nos termos do art. 20, inciso XI da mesma Carta Magna, são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

Nesse sentido, argumenta a Polícia Civil que à Polícia Federal compete o policiamento ostensivo desse bem da União afetado por um uso específico (usufruto exclusivo indígena, nos termos do art. 231¹ da CF/88).

Ocorre que o atrelamento da temática indígena a Polícia Federal e Justiça Federal exige que a matéria em discussão tenha natureza de direito indígena. Desse modo, ainda que se trate de conflito havido em território demarcado, caso se trate de demanda de natureza individual, disputa entre particulares (indígenas), por exemplo, a competência para o trato da questão será a nível estadual, respectivamente, das polícias e da Justiça comum.

O Superior Tribunal de Justiça cita que a competência para processar e julgar crimes em que indígena figure como autor ou vítima é da Justiça Comum Estadual, de acordo com a própria súmula nº 140/STJ: Súmula 140/STJ – Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que o indígena figure autor ou vítima.

¹ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

O Decreto-lei nº 667, de 02 de julho de 1969, prevê em seu art. 45 que a competência das Polícias Militares estabelecida no artigo 3º, alíneas a, b e c, na redação modificada pelo Decreto-lei nº 2.010, de 12 de janeiro de 1983:

Art. 3º - Instituídas para a manutenção da ordem pública e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, compete às Polícias Militares, no âmbito de suas respectivas jurisdições:

- a) executar com exclusividade, ressalvas as missões peculiares das Forças Armadas, o policiamento ostensivo, fardado, planejado pela autoridade competente, a fim de assegurar o cumprimento da lei, a manutenção da ordem pública e o exercício dos poderes constituídos;
- b) atuar de maneira preventiva, como força de dissuasão, em locais ou áreas específicas, onde se presuma ser possível a perturbação da ordem;
- c) atuar de maneira repressiva, em caso de perturbação da ordem, precedendo o eventual emprego das Forças Armadas.

A Polícia Militar não pode escusar-se do seu dever Institucional ou repassá-lo a quem quer que seja, de acordo com o decreto acima, sendo, portanto, intransferível, não podendo ser objeto de acordo ou delegada.

O próprio Estatuto do Índio cita que atribui a todos os entes federados obrigações perante os índios e suas comunidades:

Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

I - estender aos índios os benefícios da legislação comum, sempre que possível a sua aplicação;

(...)

III - respeitar, ao proporcionar aos índios meios para o seu desenvolvimento, as peculiaridades inerentes à sua condição;

IV - assegurar aos índios a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência;

V - garantir aos índios a permanência voluntária no seu habitat, proporcionando-lhes ali recursos para seu desenvolvimento e progresso;

(...)

VII - executar, sempre que possível mediante a colaboração dos índios, os programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas;

(...)

IX - garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam,

reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes;
X - garantir aos índios o pleno exercício dos direitos civis e políticos que em face da legislação lhes couberem.

A Fundação Nacional do índio (FUNAI) foi criada pela Lei nº 5.371, de 05 de dezembro de 1967, e incluiu-se entre suas atribuições a de “exercitar o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio”. Tratava-se aí, evidentemente, de poder de polícia administrativo, que não se confunde com aquele exercido pela polícia ostensiva na manutenção da segurança pública.

Nota-se deste modo, que embora na prática se note a omissão do estado no que tange a efetivação da segurança pública aos povos indígenas, a legislação em vigor expõe com clareza o dever estatal de efetivar o direito a segurança pública suscitado.

Por outro lado, a inércia estatal, obriga os sujeitos desassistidos de segurança, promover pelos seus próprios meios à segurança individual e da coletividade, como se nota no caso da atuação da PIASOL nas comunidades do Umariáçu I e II.

ATUAÇÃO DA POLÍCIA INDÍGENA NO UMARIAÇU

De acordo com May Costa (2011, p. 14):

[...] A nova organização dos Tikuna chamada PIASOL, que surgia com base na segurança e ordem do povo Tikuna, mas segundo denúncias que chegavam a Polícia Federal era que a PIASOL seria uma organização paramilitar formada por ex-integrantes do Exército Brasileiro. Onde estes reservistas indígenas, estariam usando o treinamento adquirido nos quartéis para se impor como autoridade policial.

Entre os meados dos anos 2008 e 2009, a Polícia Indígena do Alto Solimões conhecido por (PIASOL), estimava-se que tinha oito companhias em cinco municípios do Alto Solimões. O seu efetivo chegando em torno de 1.500 voluntários sendo 3% representado pelo sexo feminino. No entanto, a Polícia Federal presumia que a polícia indígena tinha relações entre as milícias e as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (Farc).

Segundo Odácio:

A polícia não foi criada por causa de falta de emprego, não foi para serem reconhecidos... não. É porque situações da comunidade indígena

aonde não são evangélicos está demais, não tem condições. Assim como Belém do Solimões, Umariáçu, Campo Alegre, Nova Itália, Betânia - em Betânia, lá não está demais porque lá são evangélicos. Não dá mais para gente suportar a violência que tá tendo, as bagunças que tão tendo, então isso aí é a razão para a PIASOL se reativar... Logo que a PIASOL iniciou deu um resultado ok, mas depois que a PIASOL enfraqueceu, as autoridades que eram contra agora não estão nem aí. Fizeram de tudo para PIASOL parar, mas não deram resposta para os problemas. Talvez a FUNAI, o governo federal, daqui a um tempo, reconhece isso, vai ser algo para gente, que seja reconhecido, porque daqui a uns dez anos, as coisas não vão ser assim como hoje não. Cada vez vai ser pior. Por isso, se os povos indígenas não organizarem o sua segurança pode ser que as coisas não vão ser tão facilmente, que vão conseguir ir adiante. Se nós não nos preocuparmos quem irá pensar em resolver? (Trecho de conversa gravada – Caderno de Campo, 2013).

A Polícia Indígena, atualmente é denominada como Segurança Comunitária Umariáçu (SEGCUM), e conhecida como guardas indígenas, tendo um efetivo de aproximadamente 40 (quarenta) voluntários, os quais se dedicam arduamente nos finais de semana, ou seja, somente nos dias compreendidos entre quinta-feira a domingo. A sua Base é situada na Comunidade de Umariáçu II, que por muito tempo se localizava na área portuária da comunidade, no entanto, recentemente, em meados do ano de 2020, mudou-se para as imediações da caixa d'água, localizada na rua São Lázaro (Umariáçu II), em uma estrutura doada pela comunidade em parceria com a Secretária de Segurança Pública do Município de Tabatinga (SSPMTAB).

No início, a área de atuação da PIASOL encontrava-se instalada em nove comunidades indígenas, promovendo a ordem e a sensação de segurança para cada aldeia, vez que a polícia militar e a polícia federal não atendiam as solicitações das comunidades para tratar as questões relacionadas as criminalidade.

Em sua tese, May Costa apresenta uma lista de nomes de todos os delegados, etnias, companhias e locais onde exerciam suas respectivas funções, e nesta relação, é possível compreender que não havia apenas um grupamento, pois havia um total de nove companhias que atendiam todo o Alto Solimões. Na tabela a seguir veremos todos os Delegados, as companhias e etnias, segundo o autor. (COSTA, 2011, p. 46-47).

Nº	NOME	COMPANHIA	COMUNIDADE	ETNIA
1	BECILDO	1ª COMPANHIA DA COMUNIDADE INDIGENA TICUNA UMARIAÇÚ II	TABATINGA-AM	TICUNA
2	VALCY	2º COMPANHIA DA COMUNIDADE INDIGENA TICUNA DE FILADELFIA	BENJAMIN CONSTANT-AM	TICUNA
3	ALÍPIO	3ª COMPANHIA DA COMUNIDADE INDIGENA TICUNABELÉM DO SOLIMÕES	TABATINGA-AM	TICUNA
4	NELSONEZ	4ª COMPANHIA DA COMUNIDADE INDIGENA TICUNA FELJOAL	BENJAMIN CONSTANT-AM	TICUNA
5	PEDRO	5ª COMPANHIA DA COMUNIDADE INDIGENA TICUNA VENDAVAL	SÃO PAULO DE OLIVENÇA-AM	TICUNA
6	ABRAÃO	6ª COMPANHIA DA COMUNIDADE INDIGENA TICUNA CAMPO ALEGRE	SÃO PAULO DE OLIVENÇA-AM	TICUNA
7	MILTO	7ª COMPANHIA DA COMUNIDADE INDIGENA TICUNA NOVA ITALIA	AMATURA-AM	TICUNA
8	DOMINGO	8ª COMPANHIA DA COMUNIDADE INDIGENA TICUNA VILA BETANIA	SANTO ANTÔNIO DE IÇA-AM	TICUNA
9	EDINHO	9ª COMPANHIA DA COMUNIDADE INDIGENA KOCAMA SÃO JOSÉ	SANTO ANTÔNIO IÇA-AM	KOCAMA

Desacreditados com o papel do Estado em intervir nas áreas indígenas, as comunidades indígenas criaram a PIASOL para cuidar das demandas, tais como vendas de bebidas alcoólicas e tráfico de drogas.

O objetivo dos seguranças indígenas seria implantar a segurança pública nas aldeias Tikunas, fazendo parcerias com algumas instituições do governo, tais como a Polícia Militar, Polícia Civil, Polícia Federal, juntamente com o apoio do Conselho Tutelar, CRAS, CREAS, FUNAI, SESAI, dentre outras, visando conscientizar as comunidades acerca da importância de realizar a defesa interna do território indígena, aplicando a legislação referente aos direitos das crianças e adolescente, mulheres, idosos, legislação indigenista, legislação ambiental. Também trabalhar com o monitoramento interno das comunidades inibindo a entradas e permanência de pessoas estrangeiras, a entrada de pessoas estranhas, de bebidas alcoólicas, entorpecentes e qualificar as demandas de segurança pública as polícias militar, civil e federal.

Segundo a antropóloga Mislene Mendes (2014, p. 132) em sua dissertação:

A partir do despacho do MPF/PRAM-TBT, que deu parecer favorável à auto-organização indígena de criar a Guarda-Indígena em 2008, no ano de 2009 outras lideranças Ticuna que não as de Umariáçu, elaboraram um Estatuto totalmente baseado nas diretrizes e de acordo com a hierarquia do Exército Brasileiro, intitulado Estatuto Único da Polícia Indígena do Alto Solimões – PIASOL. No período de abril a julho de 2009, foi constituída uma comissão constituída por Caciques e lideranças Ticuna sendo eles: Atos Vasquez (Filadélfia), Davi Cecílio (Feijoal), Sansão Ricardo Flores (Filadélfia), Odácio Bastos (Filadélfia), Júlio Pedro (conhecido como Júlio Carneiro) (Umariáçu), André Félix (Belém do Solimões) para elaboração do estatuto.

No decorrer do ano de 2017, surgiu novamente a PIASOL, agora com o nome SEGCUM, com pouco efetivo, em torno de 40 voluntários, para tentar minimizar os problemas sociais da comunidade, agora com a situação agravada, tendo em vista o consumo exagerado de bebida alcoólica entre os adultos pais de família e, principalmente, com o aumento do índice de violência na Comunidade Umariáçu, devido as constantes brigas entre os jovens do Umariáçu I e Umariáçu II, e também com as rixas envolvendo jovens que moravam em outras ruas, da mesma comunidade.

Com a grande extensão da venda e o consumo de drogas ilícitas, aumentou também o número usuários, causando vários tipos de problemas sociais que antes não existia nas aldeias, pois o vício agora tomara conta dos jovens. A criminalidade logo evoluiu, para outro patamar, pois não é raro presenciar jovens furtando e roubando para sustentar seus vícios.

A SEGCUM atualmente atende todos os tipos de ocorrências encontradas nas Comunidades do Umariáçu I e II, tais como briga de casais (violência doméstica), brigas

de ruas (rixas entre galeras), furtos, prevenção do alcoolismo, prevenção da venda e o uso de drogas e prevenção da prática do suicídio, além de outras ocorrências corriqueiras.

No ponto de vista da Comunidade, logo no início, a atuação da PIASOL, causou um grande impacto positivo trazendo benefícios para a comunidade, onde trouxe calma, diminuindo drasticamente os índices de violência nas aldeias onde tinham as companhias segurança indígena.

A autora Mislene Mendes (2014, p. 154) cita que:

Boa parte das lideranças e participantes da Assembleia enfatizou a importância da Polícia Indígena do Alto Solimões – PIASOL, ao constatar, em um período de dois anos e meio (2008 até o início de 2011), que houve uma mudança positiva no interior de suas comunidades, o que foi atribuído à presença de Segurança Pública a partir da atuação da Polícia Indígena. Mas, também foi discutido o enfraquecimento da PIASOL, com os problemas voltando a ficar novamente descontrolados. Também se referiram aos exageros e abusos cometidos por alguns indivíduos que integravam a Polícia Indígena, o que contribuiu para denegrir a imagem da organização que deveria oferecer segurança e ordem, e não mais violência, aos membros das comunidades.

Como visto acima, houve uma melhora significativa na segurança coletiva das comunidades indígenas com a atuação da PIASOL, que de certa forma supriu a ausência do Estado em prover segurança pública em território indígena, no entanto, devido aos excessos por parte de alguns integrantes, findou prejudicando a atuação da Polícia Indígena, vindo a trazer um descrédito para a imagem da organização, o que segundo a autora, houve um enfraquecimento da organização, e conseqüentemente, um aumento da criminalidade vindo a ficar novamente descontrolada.

CONCLUSÃO

Ao longo dos anos, as organizações indígenas alcançaram direitos e avançaram em suas lutas, sobretudo nas décadas de 70 e 80, o que lhes garantiram uma proteção constitucional específica e particularizada.

Lado outro, o contato com os povos não indígenas, desde o período colonial até os dias atuais, gerou situações nocivas que demandaram do Estado uma atuação positiva, visando políticas públicas específicas e uma efetiva segurança pública para às comunidades indígenas em busca de uma melhor proteção.

No entanto, no curso do referido trabalho restou demonstrado não ser esta a realidade atual, sobretudo nas comunidades indígenas no Umariáçu I e II, onde a segurança pública resta negligenciada, fato que desencadeou no surgimento da PIASOL para combater o avanço da criminalidade.

A Polícia Indígena do Alto Solimões (PIASOL), atualmente é identificada como SEGCUM, onde obteve resultados positivos na luta contra a violência e a repressão ao tráfico de drogas, buscando legitimidade junto a outros órgãos como o Ministério Público Federal (MPF) e as próprias instituições de segurança.

Para o povo Tikuna, essa conquista foi de suma importância, trazendo benefícios para a Comunidade de Umariáçu e de outras aldeias que aderiram a esse movimento. Esse mecanismo foi uma das melhores maneiras que os Tikunas encontraram para minimizar a violência que assolava os indígenas, vindo a preencher a lacuna deixada pela omissão estatal.

No que tange a pergunta problema estabelecida no início da presente trabalho, qual seja: “A atuação da polícia indígena do Alto Solimões (PIASOL) tem sua atuação respaldada pela Constituição e demais regramentos jurídicos internos que tratam da segurança pública?”, conclui-se não haver na legislação em vigor, dentro das limitações de objeto e estudo da presente proposta de trabalho, respaldo legal para as atividades desempenhadas pela polícia indígena. Tal se deve pelas próprias disposições do texto constitucional, em especial, ao preceito contido no artigo 144 da Carta Magna, que atribui ao Estado o papel de promover a segurança.

Não obstante, a questão da segurança pública ainda continua sem solução do ponto de vista da atuação estatal, fato que tem historicamente levado os Tikunas a buscarem alternativas de prover segurança e melhor qualidade de vida ao seu povo.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Publicado no DOU de 05.10.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 15 mar. 2020.

BASTO, Odácio Susana. **Relatório Final da I Assembleia Geral dos Povos Indígenas do Alto Solimões**. Paulo Honorato Mendes e Odácio Susana Bastos (Coordenação da Comissão Organizadora). Comunidade Indígena Vendaval – Terra Indígena Eware II, 27 a 30 de Março de 2013.

COSTA, May Anyely Moura da. **A Atuação da Polícia Indígena do Alto Solimões nos Casos de Violência Contra as Mulheres Tikuna da Comunidade Filadélfia no período de 2010**. Monografia (Graduação em Antropologia). Faculdade de Antropologia, Universidade Federal do Amazonas. Amazonas, 2011, p. 40-46-47.

397

FREI FIDELES. **INDIOS TICUNAS**. Imprensa Nacional. Rio de Janeiro – Brasil. 1945.

MENDES, Mislene Metchacuna Martins. **Trajetória da Polícia Indígena do Alto Solimões: Política Indigenista e Etnopolítica entre os Ticuna no período 2011**. Dissertação (Pós-Graduação em Antropologia) – Faculdade de Antropologia, Universidade Federal do Amazonas. Amazonas, 2014, p. 132-154.

NIMUENDAJU, Curt. **“Os índios Ticuna”**. Relatório apresentado ao SPI/Amazonas 1929. In: Textos indigenistas: relatórios, monografias, cartas/Curt Nimuendajú. São Paulo: Ed. Loyola, 1982.

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. **“O Nosso Governo”: os Ticuna e o Regime Tutelar**. São Paulo: Marco Zero/MCT/CNPq, 1988.

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. **“O Projeto Tükuna: uma experiência de ação indigenista”**. Rio de Janeiro: UFRJ/Boletim do Museu Nacional. Antropologia nº 34, novembro de 1979.

SAPORI, Luis Flávio. **Como implantar o ciclo completo de polícia no Brasil?** Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 10, suplemento especial, p. 50-58, 2016.

SAPORI, Luis Flávio; ANDRADE, Scheilla C. **Desafios da governança do sistema policial no Brasil: o caso da política de integração das polícias em Minas Gerais**. Revista Brasileira de Segurança Pública, v. 7, n. 1, 102-130, 2013.

PEREIRA, Weydson Gossel. **Trinta Ticunas se suicidaram em 2016 influenciados por álcool e drogas**. UNIAD. Entrevista. 6 de jul. 2017. Disponível em:

<<https://www.uniad.org.br/noticias/trinta-ticunas-se-suicidaram-em-2016-influenciados-por-alcool-e-drogas/>>. Acesso em 27 out. 2020.

WIGGERS, Raquel. **Família em conflito: violência, espaço doméstico e categorias de parentesco em grupos populares de Florianópolis**. Florianópolis – Santa Catarina, 2000.

A (NÃO) APLICABILIDADE EFETIVA DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA MOBILIDADE URBANA NO INTERIOR DO ESTADO DO AMAZONAS

THE (NON) EFFECTIVE APPLICABILITY OF THE BRAZILIAN LAW FOR INCLUSION OF PEOPLE WITH DISABILITIES IN URBAN MOBILITY IN THE INTERIOR OF THE STATE OF AMAZONAS

Renata da Silva Mendonça
Alice Arlinda Santos Sobral

Resumo

Este artigo tem como propósito explicitar a necessidade de conhecimento da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência no interior do Estado do Amazonas, âmbito municipal de Itacoatiara, no que se refere a efetiva aplicação do que está previsto em seu texto quanto a mobilidade urbana, bem como promover uma prática que deve ser adotada, em regra, na projeção, criação e conservação do espaço de uso coletivo, que viabilize o livre acesso da pessoa com deficiência, permitindo a todos igualdade de oportunidades e eliminando assim a perpetuação de qualquer tipo de barreira existente.

Palavras-Chave: Pessoa com Deficiência. Inclusão. Igualdade. Mobilidade urbana.

Abstract

This article aims to clarify the need for knowledge of the Brazilian Law for the Inclusion of Persons with Disabilities in the interior of the State of Amazonas, within the municipal scope of Itacoatiara, with regard to the effective application of what is provided for in its text regarding urban mobility, as well as promoting a practice that should be adopted, as a rule, in the projection, creation and conservation of the space for collective use, which enables the free access of the person with disabilities, allowing everyone equal opportunities and thus eliminating the perpetuation of any type of existing barrier.

Keywords: Disabled Person. Inclusion. Equality. Urban mobility.

INTRODUÇÃO

A tratativa do tema deste trabalho mostra-se de alta relevância no atual contexto vivenciado pela sociedade, por se tratar de um direito já amparado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015 e ainda com pouca visibilidade quanto a sua aplicação. O presente estudo possibilitará o entendimento a população do município de Itacoatiara quanto a extensão dos direitos assegurados no ordenamento jurídico bem como quanto a responsabilidade e a consciência dos demais agentes da sociedade, haja vista que o desconhecimento e até mesmo a falta de uma explicitação acerca do assunto de forma clara e objetiva, resulta no desrespeito ao que está previsto na carta magna e na legislação específica, isto é, igualdade a todos sem distinção de qualquer natureza.

As desigualdades sociais perduram desde a origem da civilização moderna que sempre olhou para essa questão com uma perspectiva cultural predominantemente excludente, o que ao longo dos anos foi sendo trazida aos poucos ao debate político, culminando, posteriormente, na elaboração de normas jurídicas que amparassem os direitos dessa expressiva parcela da sociedade.

Com a promulgação da Constituição Federal do Brasil de 1967, foi dado o primeiro passo na caminhada pela busca de equidade social, uma vez que passou a tratar, em seu texto, da pessoa com deficiência, denominando-a como “excepcional”, sendo reconhecido posteriormente por meio da emenda constitucional número 12, que ampliou a extensão do rol de direitos e ainda promoveu a correção da antiga forma de tratamento passando a denominar-se como “deficiente”.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, demonstrou que a expressão deficiente já não era mais adequada, trocando o termo de tratamento para “pessoa portadora de deficiência”. Todavia, ficou claro que o próprio termo utilizado para classificação, majorava às diferenças, ficando demonstrado que a forma mais adequada de tratativa seria “pessoa com deficiência”, nos termos da convenção da ONU (Organização das Nações Unidas) sobre os direitos das pessoas com deficiência, sendo incorporada ao texto constitucional por força do decreto legislativo nº 186/2008 e ainda o decreto nº 6.949/2009.

Com a aplicação do princípio da isonomia, o qual consiste na afirmação de que todos são iguais perante a lei sem qualquer tipo de discriminação, buscou-se o tratamento

igualitário dos cidadãos, todavia, tal preceito deve sofrer a devida adequação, mesmo estando expressamente claro na carta magna, quando se tratar da pessoa com deficiência pois, todos devem ser tratados iguais na medida de suas desigualdades para que assim haja efetiva justiça e equidade de direitos buscando igualar as oportunidades, mesmo que de forma diferente para cada ser humano.

Marcelo Novelino (2013, p. 473-475) explicita que:

A igualdade é instrumento pelo qual a obrigação de respeitar as demais pessoas deve ser distribuída de modo universal.

Os direitos de igualdade possuem uma singularidade que os diferencia dos demais direitos fundamentais. Estes possuem um âmbito de proteção no qual estão contemplados diferentes domínios (vida, liberdade, privacidade, propriedade...) cujas intervenções, para serem consideradas legítimas (restrições) devem ter uma justificação constitucional. No caso dos direitos de igualdade, não há um âmbito de proteção material e por consequência, não há o que se falar em sua restrição. O princípio da igualdade não possui um conteúdo material específico. Trata-se de um princípio que possui um caráter reacional, ou seja, pressupõe a existência de elementos de comparação para a análise da igualdade ou desigualdade de tratamento.

(...)

Os direitos de igualdade podem ser diferenciados em duas dimensões, conforme o fim ao qual se destinam. O Princípio da Igualdade Jurídica, visa a impedir que sejam adotados tratamentos diferenciados para situações essencialmente iguais ou tratamentos iguais para situações essencialmente diferentes sem uma razão legítima para tal. O Princípio da Igualdade Fática, por seu turno, tem por objetivo central a redução de desigualdades existentes no plano fático, o que exige necessariamente a adoção de um tratamento jurídico diferenciado.

Hoje, depois da conquista de um rol de direitos os quais devem ser resguardados, a Constituição Federal de 1988 busca exprimir que todos são iguais independente de raça, cor, nacionalidade, gênero, religião ou ainda deficiência e busca ainda, que todos tenham uma vida digna, sem percalços, quer os oriundos de falta de políticas de mobilidade urbana, quer aqueles provenientes de uma cultura ainda pouco enraizada por parte dos próprios cidadãos.

Todavia, é comum verificar o descumprimento deste preceito fundamental em todos os estados brasileiros, em especial, no interior do Estado do Amazonas, mais especificamente no Município de Itacoatiara/AM, cidade que localiza-se a 269 Km da capital Manaus, possuindo aproximadamente 102.701 habitantes no ano de 2020, sendo

classificada como a terceira maior cidade do Estado e ainda possuindo a segunda maior economia da região.²

Mas antes de se iniciar o estudo de caso, é necessário falar sobre a acessibilidade e mobilidade que são de grande importância para entendimento do tema aqui abordado. Conceitos estes que, em regra, deveriam caminhar lado a lado, evoluindo na mesma medida que o direito deve acompanhar as mudanças sociais, demonstrando a importância de em harmonia se construir uma sociedade com igualdade de oportunidades, todavia, não é o que efetivamente acontece.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Para início do estudo, deve ser observado primeiramente as previsões legais trazidas pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988 atinentes ao assunto, que em seu artigo 6º explica os direitos sociais a que todos devem usufruir de forma ampla e irrestrita:

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

Ademais, o artigo 21, da referida lei em seu inciso XX, determina que a União deve instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos sendo complementado pelo artigo 182 que imprime que a política de desenvolvimento executada pelo Poder Público Municipal, deve ter por objetivo a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade garantindo o bem estar de seus habitantes. Desse modo a CF/88 introduz os princípios basilares necessários para a ampliação dos direitos de forma equitativa visando a cidadania e a inclusão social.

Em seguida, a fim de deliberar acerca da integração dos meios de transporte com o rol de direitos já previstos mas ainda não especificados, foi promulgada, a Lei nº 12.587

² Segundo estimativas baseadas no último censo realizado pelo IBGE no ano de 2010. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/am/itacoatiara/panorama>

de janeiro de 2012, que instituiu as Diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, trazendo como principal objetivo a inclusão e integração promovida nos mais diferentes tipos de transportes que possibilitem a locomoção de pessoas de forma irrestrita e contemplando a acessibilidade bem como o transporte de cargas em todo o território nacional. Esta lei foi um dos primeiros passos no desenvolvimento de políticas públicas acerca da mobilidade urbana que contemplassem pela primeira vez o interesse social atrelado ao desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Posteriormente, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), veio para unir todas as legislações atinentes ao assunto, conceituando em seu artigo 1º a sua finalidade que é assegurar e promover, em condições de igualdade o exercício de direitos e das liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência.

O referido estatuto é, sem dúvidas, um marco histórico de proteção aos direitos da pessoa com deficiência no ordenamento jurídico o qual se coaduna com os direitos defendidos pela Convenção sobre as Pessoas com Deficiência adotada pela Organização das Nações Unidas – ONU em Assembleia Geral realizada no dia 13 de dezembro de 2006, para comemorar o dia internacional dos Direitos Humanos, reunião da qual o Brasil fez parte. Na oportunidade foi deliberado a respeito da importância de se assegurar os direitos da pessoa com deficiência a nível global.

O que acabou influenciando a legislação de vários países no desenvolvimento e efetivação de políticas públicas que se torna possível a realização de direitos tão importantes no desenvolvimento e cultura a nível mundial, dando início a um debate contínuo de busca por melhorias e acertos nas leis já implementadas. Trazendo à tona o conceito de Desenho Universal o qual surgiu para atendimento de anseios vivenciados pelo grupo de pessoas com deficiência e do grupo de arquitetos, engenheiros, urbanistas e designers que desejavam a realização da democratização ocasionada pelo uso dos espaços não com a criação de locais específicos de atendimento aos anseios mas sim comuns a todos com as mais variadas possibilidades de acesso viáveis disponíveis.³

³ SERRA, José. Desenho Universal – Habitação de interesse Social – Cartilha do Governo do Estado de São Paulo, PDF. Disponível em: www.mpsp.mp.br. Acesso em: 18/10/2020.

A Norma Brasileira ABNT NBR 9050, validada em 30 de junho de 2004 tendo sido atualizada através da emenda 1 de 03 de agosto de 2010, dispõe sobre a Acessibilidade a Edificações, Mobiliário, Espaço e Equipamentos urbanos às condições de acessibilidade como um de seus principais objetivos, conceituando em seu teor o Desenho Universal como aquele que visa atender à maior gama de variações possíveis das características antropométricas e sensoriais da população. (2004, p. 03)⁴

A inclusão de pessoas com deficiência positivada no estatuto em estudo, assegura no seu texto a visão de correção dos atos da própria sociedade, buscando fazer com que os cidadãos enxerguem as formas de diminuir os fatores que levam a exclusão e consequentemente encontrem as melhores soluções para incluir o deficiente na comunidade proporcionando a efetivação da igualdade no exercício da capacidade jurídica e diminuindo as barreiras diárias.

Para melhor entendimento do conceito é indispensável observar a complementação realizada no artigo 2º da Lei nº 13.146/15:

Art. 2º. Considera-se pessoa com deficiência aquela que possui impedimento de longo prazo seja de natureza física, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Em termos técnicos é possível analisar que tal lei comporta o maior rol de proteção de direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro ligados as pessoas com algum tipo de incapacidade. Nela é possível tratar do direito à vida, habitação e reabilitação, saúde, educação, moradia, trabalho, cultura, esporte, turismo, previdência social e mobilidade urbana.

Resta necessária a compreensão das diferenças entre os conceitos de acessibilidade e mobilidade urbana e o que cada um engloba como forma de demonstrar a integralização do que está previsto na Carta magna com as leis que surgiram como forma de ampliar um rol de direitos já abarcados.

A acessibilidade e a mobilidade urbana caminham juntas e são assuntos em questão desde que a área urbana era menor que a área rural. A mobilidade urbana surge a partir da necessidade de tornar possível a acessibilidade com igualdade de oportunidades

⁴ ABNT NBR 9050:2004, Disponível em: http://www.turismo.gov.br/sites/default/turismo/o_ministerio/publicacoes/downloads_publicacoes/NBR9050.pdf. Acesso em: 17/10/2020.

eliminando-se as barreiras que já existam ou venham a surgir, sendo esta viabilizada através de serviços de transporte público e privado, veículos, terminais, estações, pontos de parada, sistema viário e a prestação do serviço.

O artigo 3º, inciso I traz a conceituação de acessibilidade, conforme segue:

Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se

I – Acessibilidade: a possibilidade de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informações e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

A acessibilidade urbana possui base legal em inúmeras legislações, como na Constituição Federal, nos artigos 5º; 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VIII; 203, IV, V; 208, III, IV; 227, §1º, II, §2º e 244, na Lei de Acessibilidade – Decreto de lei 5.296, de 2 de dezembro de 2004, no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Federal nº 13.146/2015, artigo 3º) e ainda na ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) - Norma NBR9050. A mesma pode ser classificada como conjunto de meios que viabilizam a inclusão do deficiente através da igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Sobre o tema, a jurisprudência é uníssona:

RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CONDENATÓRIA – ACESSIBILIDADE EM TRANSPORTE AÉREO – CADEIRANTE SUBMETIDO A TRATAMENTO INDIGNO AO EMBARCAR EM AERONAVE – AUSÊNCIA DOS MEIOS MATERIAIS NECESSÁRIOS AO INGRESSO DESEMBARAÇADO NO AVIÃO DO DEPENDENTE DE TRATAMENTO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE DA PRESTADORA DE SERVIÇOS CONFIGURADA – REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO IMPROCEDENTE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. Hipótese: Trata-se de ação condenatória cuja pretensão é o reconhecimento da responsabilidade civil da companhia aérea, por não promover condições dignas de acessibilidade de pessoa cadeirante ao interior da aeronave. (...) 3. O Brasil assumiu no plano internacional compromissos destinados à concretização do convívio social de forma independente da pessoa com deficiência, sobretudo por meio de garantia da acessibilidade, imprescindível à autodeterminação do indivíduo com dificuldade de locomoção. 3.1. A resolução nº 9/2007 da Agência Nacional de Aviação Civil, cuja vigência perdurou de 14/06/2007 até 12/01/2014, atribuiu as empresas a obrigação de assegurar os meios para acesso desembaraçado da pessoa com deficiência no interior da aeronave, aplicando-se aos fatos versados na demanda. (...) 4. Nos termos do artigo 14, caput, da Lei nº 8.078/90 o fornecedor de serviços responde objetivamente pela reparação dos danos causados ao consumidor, em razão da incontroversa má-prestação do serviço por ele fornecido, o que ocorreu na hipótese. (...) Incidência da Súmula 7 do

STJ. Verba indenizatória mantida em R\$15.000,00 (quinze mil reais) 6. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.⁵

Ao conceituar acessibilidade, faz-se necessária o entendimento quanto ao significado de barreira, conforme o artigo 3º do Estatuto da Pessoa com Deficiência:

Art. 3º. Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

(...)

IV – Barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros.

É de suma importância falar das barreiras existentes, pois através delas é que se pode chegar ao entendimento final do que infere na mobilidade urbana e acessibilidade no todo. As barreiras encontradas pela pessoa com deficiência podem ser classificadas de vários tipos, dentre elas:

I - Caráter arquitetônico - projeção de edifícios públicos ou privados que não atendem para a acessibilidade;

II - Nos transportes - tipos de transportes e as devidas adaptações bem como as vias de trânsito.

III - Nas comunicações - dificuldades para transmissão de mensagens;

IV - Atitudinais e tecnológicas - ações discriminatórias sejam via internet ou pessoal. (TORQUES, Ricardo, 2019, p.06)

Cada uma destas, de maneira isolada, prejudica o deficiente de diversas formas, seja na locomoção, transporte, psicologicamente ou até mesmo na interação social o que pode ocasionar danos irreversíveis.

MOBILIDADE URBANA: UM BREVE ESTUDO SOBRE SEU CONTEXTO HISTÓRICO, PREVISÃO E APLICAÇÃO SEGUNDO O ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE.

Segundo Gomide & Galindo (2015, p.01), considera-se mobilidade urbana como sendo “as condições de deslocamento humano e de bens pela cidade, independente da forma de transporte empregada: coletiva ou individual, motorizado ou não; tal conceito atrela-se ainda ao plano diretor de cada cidade/estado aos quais, através de uma política

⁵ STJ – Resp: 1611915 RS 2016/0085675-9, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data do Julgamento: 06/12/2018, T4 – Quarta Turma, Data de Publicação: Dje 04/02/2019

de planejamento, devem estudar as formas de proporcionar a melhor oportunidade e atendimento a este direito a cada indivíduo.

O conjunto de Diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, instituída pela Lei nº 12.587 em 03 de janeiro de 2012, por sua vez, conceitua mobilidade urbana em seu artigo 4º, inciso II, como “condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano”. A acessibilidade, por outro lado é caracterizada, como “facilidade disponibilizada às pessoas que possibilite a todos autônomo nos deslocamentos desejados, respeitando-se a legislação em vigor”, conforme o inciso III também do referido artigo.

Tal política tem como um de seus fundamentos a acessibilidade universal bem como a equidade de todos os cidadãos ao acesso do transporte público coletivo e ainda no uso do espaço público de circulação, vias e logradouros.

A Lei número 10.257 de 10 de julho de 2001, regulamenta as Diretrizes Gerais das Políticas Urbanas, em seus artigos 39 e 40, trazendo a conceituação expressa de plano diretor, conforme segue:

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei.

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§1º. O plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas.

§2º. O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo.

§3º. A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos.

§4º. No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos;

III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

Com base no §3º da lei acima, o plano diretor de cada cidade deverá repassar por revisão a cada 10 (dez) anos; em Itacoatiara, o plano diretor em vigor começou sua efetividade pela Lei Municipal número 76, de 27 de setembro de 2006, tendo o mesmo passado por mais 2 revisões, uma no ano de 2008 (Lei nº 119 de 2 de dezembro e ainda em 2011 (Lei nº 182, de 25 de maio de 2011).

Ao realizar-se leitura e análise da lei municipal, vislumbra-se que seu texto possui lacunas ao tratar do tema de acessibilidade no âmbito da mobilidade urbana, vez que em seus títulos tal como no corpo de seu texto o único momento que aborda o tema é o artigo 96, inciso VI, que versa:

Art. 96. As normas aplicáveis às obras e às edificações, regulamentadas por Lei Municipal específica, devem sempre ter por escopo precípua:

(...)

VI – aos princípios de acessibilidade universal.

A partir de então surgem os seguintes questionamentos, será que realmente está sendo observado tal princípio? Se observado os cidadãos possuem acesso a todas as informações e orientações? Quais medidas estão sendo tomadas pela gestão do município para acabar com a desigualdade social e reforçar a inclusão de todos? Essas e muitas outras dúvidas permanecem muitas das vezes sem respostas, por negligência dos cidadãos que esperam as coisas acontecerem em vez de lutarem por seus direitos, por autoridades que se aproveitam do desconhecimento de seu eleitorado para prática daquilo que beneficia a maioria e não uma parcela da população.

Em Itacoatiara um dos órgãos que busca defender os direitos da Pessoa com Deficiência é a Associação dos Deficientes Físicos de Itacoatiara (ADEFITA), fundada desde 1985 é uma entidade sem fins lucrativos, localiza-se na Rua Álvaro França, nº 1928, bairro Colônia. Possui como compromisso a defesa dos direitos da Pessoa com deficiência física, no intuito de promover a inclusão social, através da inserção em grupos de socialização, programas sociais e atividades desportivas.

Segundo dados fornecidos e atualizados do ano de 2020, levando-se em consideração apenas o número de associados à ADEFITA, tem-se o quantitativo de deficientes cadastrados por tipo de deficiência sejam elas físicas, intelectuais, auditivas, motoras ou múltiplas, incluindo moradores da zona urbana e rural, como segue na tabela abaixo:

TABELA 1 - REGISTRO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA - ADEFITA - ITACOATIARA/AM		
TIPO	CAUSAS	QUANTIDADE
Auditiva	Variadas	109
	Artroplasia	1
Física	Amputação	106
	Coordenação Motora	7
	Escoliose	20
	Guillain Barré	1
	Hemiparesia	4
	Hemiplegia	5
	Hidrocefalia	7
	Lábios Leporinos	11
	Linfoma	1
	Membros inferiores	61
	Monoparesia	930
	Nanismo (Acondroplasia)	2
	Osteomelite	4
	Paralisia Infantil	36
	Paraplegia	33
	Paraparesia	5
	Pé Congenito	41
	Poliomelite	5
	Raquitismo	1
	Tetraparesia	2
	Tetraplegia	2
Intelectual	Síndrome de Down	18
	Transtorno do Espectro-Autismo	14
	Variadas	191
Mental	Epiepsia	20
	Paralisia Cerebral	44
Múltiplas	Variadas	46
Visual	Variadas	183
Total		1910

Dados Estatísticos, Associação dos Deficientes Físicos de Itacoatiara (ADEFITA), 2020.⁶

É de suma importância, ressaltar que embora o número total de deficientes levantados nos dados estatísticos acima pareça expressivo, nem de longe chega a caracterizar a totalidade populacional dos municípios que de fato possuem alguma

⁶ Associação dos Deficientes Físicos de Itacoatiara (ADEFITA), Amazonas, dados estatísticos atualizado no ano de 2020 conforme cadastro dos associados.

deficiência e por conseguinte alguma necessidade especial, haja vista muitos, desconhecerem seus direitos bem como os órgãos de amparo.

Segundo estudo desenvolvido pelo TCU (Tribunal de Contas da União), publicado em seu portal, no ano de 2010 a mobilidade urbana possui quatro pilares, quais sejam:

- 1) integração do planejamento do transporte com o planejamento do uso do solo;
- 2) melhoria do transporte público de passageiro;
- 3) estímulo ao transporte não motorizado;
- 4) uso racional do automóvel.⁷

Com uma simples análise dos tópicos aqui elencados, insta salientar que existem muitas dificuldades vivenciadas diariamente pela população, das quais pode-se destacar a baixa qualidade das vias urbanas e calçadas em Itacoatiara. Ao atrelar tal problemática à pessoa com deficiência, faz-se essencial a ampliação desse campo de proporção vez que uma pessoa usuária de cadeira de rodas, por exemplo, necessita para sua locomoção de ruas e estabelecimentos com rampas, vias largas e bem asfaltadas, de modo que possibilitem as manobras que terão de ser realizadas diariamente.

O artigo 46 do Estatuto da Pessoa com deficiência versa que:

Art. 46. O direito ao transporte e à mobilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida será assegurado em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, por meio de identificação das vias de acesso e de eliminação de todos os obstáculos e barreiras aos mesmos.

Quando se trata de explorar o tema “igualdade de oportunidades”, como alude o artigo acima, observa-se um conflito com a realidade vivenciada pelos deficientes físicos, a exemplo do serviço de transporte público fornecido a esta parcela da população, em que quando não falta a adaptação necessária dos veículos para o transporte de pessoas usuárias de cadeira de rodas, deixa a desejar no preparo de funcionários aptos a lidar com as limitações naturalmente inerentes àqueles indivíduos. A partir daí inicia-se uma das formas de manifestação diária de desigualdade.

⁷ Áreas Temáticas – TCU – Mobilidade Urbana, 2010. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/contas_governo/contas_2010/fichas/Ficha%205.2_cor.pdf

Proporcionar o acesso irrestrito ao transporte público torna-se uma das mais importantes formas de demonstrar a aplicação efetiva da lei de inclusão bem como a de mobilidade urbana. Outro ponto importante e que não pode passar despercebido, é quanto a disponibilidade de estacionamentos, pois, são previstos pela Lei de Acessibilidade e a Norma NBR 9050 da ABNT que haja vagas preferenciais, demarcadas de acordo com as normas técnicas as quais possibilitem o acesso aos locais necessários, como bancos, escolas, padarias, farmácias e supermercados, a exemplo, sem encontro de barreira a cada esquina fazendo com que haja o desestímulo da participação em sociedade.

Os prédios públicos e privados já pré-existentstes devem sofrer adaptações que obedeçam ao princípio do desenho universal enquanto os novos já devem ser projetados obedecendo o referido princípio.

A democracia se concretiza na medida em que o exercício da cidadania é resguardado. O ato de votar, a exemplo, não inclui apenas o deslocamento aos locais de votação, mas também o investimento e análise prévia do que é necessário ser feito para criar condições mínimas para uma votação ao deficiente de forma igualitária. Assim como nas escolas, que independente de possuírem alunos com algum tipo de incapacidade devem estar preparadas para recebe-los quando procuradas, como forma de incentivo a inclusão e melhor desenvolvimento da criança e do adolescente.

A garantia ao lazer bem como o exercício da cidadania anda juntos pelo cumprimento daquilo que está previsto na Constituição Federal. Existem cidades onde há a promoção de incentivo fiscal para as empresas que realizarem as adaptações necessárias rampas, elevadores, meio alternativo para o não uso das escadas. Todavia ainda é comum encontrar locais que não efetuaram as devidas adequações ou que ainda estão em processo para a sua aplicação, o que além de retardar e prejudicar a consumação de direitos adquiridos ainda podem ocasionar danos irreparáveis a quem depende de um simples acesso adequado, o que demonstra que ainda existem muitos avanços a serem conquistados para que a desigualdade não continue se perpetuando.

É notório que em todos os quesitos aqui elencados, é possível vislumbrar os avanços realizados. Todavia, a maior entrave para efetivar cada direito é a ignorância da sociedade em respeitar o direito de outrem, o direito ao qual não faz uso e ainda, do descaso dos gestores municipais e estaduais, levando em conta não ser um problema que

atinja grande parte de seu eleitorado e por último mas não menos importante, a lentidão de cumprimento da lei em vigência, principalmente em cidades menores e afastadas onde a fiscalização e punição pelo descumprimento não prepondera.

Em um panorama internacional⁸ vale a pena destacar países que podem ser considerados verdadeiros modelos de acessibilidade de pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida por meio da projeção de espaços públicos e privados bem como no transporte público que são contemplados por desenhos universais orgânicos e intuitivos. A exemplo, pode-se falar do Japão que por ser considerado o país com a maior população de idosos, já possui uma estrutura de acessibilidade para esta população o que muito se pode aproveitar para a outra parcela da cidadãos com tanta ou mais mobilidade reduzida, como é o caso das pessoas com deficiência. Neste país podemos encontrar banheiros amplos, carrinhos elétricos para utilização na locomoção dentro de supermercados, lojas e ainda nas ruas, semáforos que emitem sinal sonoros e calçadas rebaixadas que facilitam o acesso por pessoa usuária de cadeira de rodas.

Por sua vez, o Canadá encara a inclusão como ponto importante a ser observado em suas políticas públicas. Considerado como um dos países que mais possuem prédios públicos acessíveis, além de um transporte público 100% inclusivo, onde há a implantação de um serviço público no qual através de uma ligação se torna possível que o cadeirante seja buscado em sua casa para realização de suas atividades o que diminui as barreiras de socialização.

Já na Alemanha é possível encontrar ruas, em sua maioria, sem tantas ladeiras, além de passagens gratuitas para pessoas com deficiência nos transportes públicos e ainda a existência de um cartão que permite o acesso e fornecimento de descontos para ir a lugares e eventos o que motiva a inclusão através da cultura.

Se houver uma análise completa quanto a realidade brasileira no tema aqui abordado e ainda com o panorama de países que são modelos a serem seguidos, como Alemanha, Japão e Canadá, será possível notar que ainda há uma longa jornada em busca do respeito e efetivação do direito basilar de inclusão previsto na legislação vigente, estando o Brasil muito longe da realidade já vivenciada em outros países o que se é

⁸ GARCIA, Vera, 2020. Desafios da Acessibilidade no Brasil: um comparativo com outros países. Disponível em: <https://www.deficienteciente.com.br/desafios-da-acessibilidade-no-brasil-um-comparativo-com-outros-paises.html>

admirável tendo em vista que o mesmo possui um dos tributos mais caros do mundo, porém, não demonstra retorno através de projetos inclusivos nos estados, capitais e municípios.

MUNICÍPIO DE ITACOATIARA E O DESCUMPRIMENTO DA LEI FEDERAL: ESTUDO DE CASO.

Após a conceituação e explanação realizadas, resta haver um redirecionamento da análise para os descumprimentos. Embora no Brasil, haja uma cultura pré-estabelecida de desrespeito à lei vigente, onde as necessidades especiais alheias passam despercebidas, é necessário observar a forma com que cada um dos agentes podem interagir em favor da desconstrução dessa cultura de modo que a responsabilidade seja no somente de um governo, mas de toda uma sociedade.

Os gestores estaduais e municipais por sua vez, não disponibilizam meios de fiscalização necessária, o que dá mais ênfase de que a sociedade faz o que quer pois não haverá uma punição efetiva.

No município de Itacoatiara, composto por mais de 100 mil habitantes, não seria diferente. A cultura de não observância e desrespeito é diariamente observada, constatando a afirmação de que a lei não possui vigor efetivo facilmente pois, é comum encontrar ruas sem o asfaltamento correto, sem precisar de muito esforço ver-se calçadas irregulares ou até mesmo inexistentes, falta de sinalização nas principais vias de acesso e quando tem são desrespeitadas por ultrapassagens perigosas e irregulares que se tornam comum por não haver fiscalização.

O transporte público já devia ter se tornado realidade em um município com mais de 100 mil habitantes e em sua maioria de baixa renda, pois, em virtude de Itacoatiara ser a terceira maior cidade do Estado do Amazonas e ainda por estar próximo à Capital deveria ser uma dos exemplos ao se falar em desenvolvimento no interior do Estado do Amazonas, proporcionando assim a diminuição de desigualdades que privam pessoas diariamente de serem inseridas no contexto social em que vivem realizando suas atividades da vida civil sem ter que passar por qualquer tipo de diferenciação em razão de uma limitação pré-existente ou ocasionada.

Ao falar em respeito ao deficiente, não se pode apenas responsabilizar a gestão do município, pois, apesar da maior parcela de contribuição ser responsabilidade do poder público, os próprios habitantes, por desconhecimento das leis e até mesmo negligenciando o cumprimento ao pensar apenas no interesse próprio e não no bem comum, promovem a desigualdade por meio atitudes impensadas e injustificáveis, das quais é possível evidenciar abaixo:

Os pontos elencados são poucos diante da grande extensão de descaso vivenciada constantemente por pessoas que iguais na medida de suas desigualdades buscam apenas ter uma vida digna onde possam exercer sua cidadania de forma digna e justa sem precisarem estar constantemente passando por adaptações que muitas das vezes pessoas com total capacidade física e motora não precisam passar.

Resta claro portanto, que enquanto não houver uma fiscalização efetiva do cumprimento do que está em lei pela iniciativa pública, social e privada, Itacoatiara continuará parada no tempo aguardando que o melhor aconteça enquanto a evolução dos seus direitos permanece sem garantias.

FISCALIZAÇÃO E PENALIDADES APLICADAS AO DESCUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO DE AMPARO À PESSOA COM DEFICIÊNCIA.

Existem formas pré-definidas de como penalizar àqueles que descumprem as leis em vigência, abaixo é possível verificar alguns tipos de infrações classificados por cada tipo de lei.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, traz em seus artigos 88 a 91 a relação de crimes que sempre irão ter como agente passivo a pessoa com deficiência bem como as medidas administrativas e penalizações que devem ser tomadas caso ocorram em casos específicos, como segue:

Art. 88. Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) se a vítima encontrar-se sob cuidado e responsabilidade do agente.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no **caput** deste artigo é cometido por intermédio de meios de comunicação social ou de publicação de qualquer natureza:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

O artigo 89 e 91, por sua vez, especificam em seu teor penalizações ligadas aos cuidados essenciais da Pessoa com deficiência bem como a sua manutenção:

Art. 89. Apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão, benefícios, remuneração ou qualquer outro rendimento de pessoa com deficiência:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) se o crime é cometido:

I - por tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamentário ou depositário judicial; ou

II - por aquele que se apropriou em razão de ofício ou de profissão.

Art. 90. Abandonar pessoa com deficiência em hospitais, casas de saúde, entidades de abrigamento ou congêneres:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem não prover as necessidades básicas de pessoa com deficiência quando obrigado por lei ou mandado.

Art. 91. Reter ou utilizar cartão magnético, qualquer meio eletrônico ou documento de pessoa com deficiência destinados ao recebimento de benefícios, proventos, pensões ou remuneração ou à realização de operações financeiras, com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) se o crime é cometido por tutor ou curador.

Observa-se que em todas as espécies de crimes elencados na Lei 13.146/15 existe a previsão de agravamento em até 1/3 caso sejam cometidas por tutor ou curador ou ainda por quem de alguma forma deva resguardar os direitos da pessoa com deficiência.

Além das tipificações penais, é importante salutar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou a Lei nº 7.853 de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio a pessoas com deficiência, para prever como crime punível com reclusão de 2 a 5 anos e multa as condutas elencadas em seu artigo 8º, tendo suas penas agravadas, conforme §1º

ao 4º, em 1/3 quando for praticada contra menor de 18 anos e quando praticado em atendimento de urgência e de emergência.⁹

No trânsito é comum diariamente serem visualizadas as maiores infrações e discriminações à pessoa com deficiência, situações estas vexatórias que muitas das vezes ceifam a vida de várias pessoas ou ainda ocasionam danos irreversíveis. Segundo dados fornecidos pelo Jornal Acrítica em matéria publicada em Julho de 2019, 11 vidas foram ceifadas nas rodovias do Estado do Amazonas, pelos fatores de excesso de velocidade, condições estruturais das estradas e a desobediência às normas de trânsito.¹⁰

O Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, enumera em seu artigo 181 e incisos, alguns tipos de infrações que podem vir a serem cometidas no trânsito como: estacionar em vagas destinadas ao deficiente, impossibilitar a utilização das rampas disponíveis nos estabelecimentos por estacionarem em lugares proibidos, não respeito a devida utilização das faixas de pedestres e ainda elenca a penalização aplicada a cada uma das condutas podendo ser multa e anotação de infração caracterizadas como leve, grave e gravíssima.

A Lei nº 10.048 de 08 de novembro de 2000 foi promulgada para regulamentar a Priorização de Atendimento a Grupos de Pessoas Específicos (Lei das Filas) que merecem algum tipo de atenção/facilitação. Em seu texto classifica que pessoas com deficiência, idosos com idade igual ou superior à 60 anos, gestantes, lactantes, pessoas com crianças de colo e os obesos deverão ter atendimento prioritário nas filas, repartições públicas, empresas concessionárias de serviços públicos e instituições financeiras.

Tal lei versa ainda em seu artigo 3º que:

Art. 3º. As empresas públicas de transporte e as concessionárias de transporte coletivo reservarão assentos, devidamente identificados, aos idosos, gestantes, lactantes, pessoas portadoras de deficiência e pessoas acompanhadas por crianças de colo.

São inúmeros os pontos elencados restando demonstrado que em simples atividades diárias com a colaboração do poder público, gestores municipais e ainda de

⁹ Art. 8º da Lei nº 7.853/1989 disponível na íntegra em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm.

¹⁰ Matéria completa publicada no dia 26/07/2019, disponível em: <https://www.acritica.com/channels/manaus/news/acidentes-de-transito-no-amazonas-ja-tiraram-onze-vidas-somente-em-2019>.

toda a sociedade é possível tornar o dia à dia de quem possui algum tipo de limitação melhor.

Mas diariamente, não é o que ocorre no todo, a ignorância e ainda o descaso dispensado por aqueles que estão na busca apenas de seus anseios gera um rol de desigualdades que podem ser citadas facilmente, a exemplo, pessoas que sentam em vagas prioritárias e mesmo na presença de pessoas a quem a vaga é destinada não sedem o lugar, que procuram tirar vantagens em filas pouco importando se a pessoa que está mais próxima de ser atendida é alguém com algum tipo de incapacidade ou mobilidade reduzida, banheiros que não proporcionam a devida adaptação, prédios sem rampas de acesso e elevadores o que impede o acesso a serviços essenciais fazendo assim, com que estas passem por um desgaste ainda maior ao tentarem vivenciarem suas rotinas de forma equitativa.

A Lei das Filas, dispõe em seu artigo 6º quais apenas aplicadas a quem descumprir o que estar previsto:

Art. 6º A infração ao disposto nesta Lei sujeitará os responsáveis:

I – no caso de servidor ou de chefia responsável pela repartição pública, às penalidades previstas na legislação específica;

II – no caso de empresas concessionárias de serviço público, a multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais) a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), por veículos sem as condições previstas nos arts. 3º e 5º;

III – no caso das instituições financeiras, às penalidades previstas no art. 44, incisos I, II e III, da Lei no 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único. As penalidades de que trata este artigo serão elevadas ao dobro, em caso de reincidência.

A Política Nacional de Mobilidade Urbana, institui em seu artigo 15 os meios de fiscalização a serem usados para verificação da efetiva aplicação do que está prescrito em lei, abarca como soluções a participação conjunta da sociedade e do Poder Público com a criação de órgãos colegiados que debatam sobre as questões pertinentes ao assunto, instituição de ouvidorias que realizem a verificação e cumprimento das especificações ligadas à Mobilidade Urbana, bem como a realização de audiência públicas que integram os anseios da sociedade com o poder de mudar dos seus governantes.

A partir das análises, positivadas em lei, é possível a visualização de um extenso rol de penalidades que devem ser aplicadas a nível nacional, não só no município de Itacoatiara. Todavia, trazendo a questão ao meio social vivenciado, será possível verificar que existem órgãos especializados em cada campo demonstrado em Itacoatiara que podem realizar a devida organização, incentivo e fiscalização através de implantação de projetos e políticas públicas ligadas ao tema o que não extinguirá as irregularidades mas diminuirá drasticamente os percentuais de descumprimento pelos cidadãos influenciando em um desenvolvimento social coerente.

CONCLUSÃO

Após a elucidação dos fatos trazidos ao presente estudo, pode-se inferir que não há a aplicabilidade efetiva da integralidade dos direitos assegurados na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, que muito embora tenha apresentado uma significativa evolução histórica, permanece subutilizada em muitos momentos por uma série de fatores enraizados na cultura sociológica de cada região.

Constatou-se ainda, que a inclusão da pessoa com deficiência atrelada a mobilidade urbana é sem sombra de dúvidas um dos temas que merece atenção e prioridade de todos. Pois, além de trazer à tona uma reflexão sobre a desigualdade social que é ampliada pela dicotomia existente entre as leis em vigor e o que realmente é colocado em prática também demonstra a importância da dignidade da pessoa humana em sentido material por meio da acessibilidade e da inclusão social igualando-se o cidadão na medida de suas desigualdades.

É possível ainda verificar-se que o problema em questão pode ser solucionado de forma preventiva por meio de programas educacionais de cunho informativo e inclusivo, quais sejam, palestras, amostras, seminários a fim de aproximar a escola deste debate social, bem como por meio da criação de projetos a serem desenvolvidos em coparticipação pela gestão municipal, escolas, empresas e toda sociedade itacoatiarense, além de medidas corretivas que deverão ser adotadas após os diversos setores econômicos, educacionais e fiscalizadores passarem pela devida capacitação.

Há de se falar ainda da criação e estudo de parcerias com as associações de amparo, empresas públicas e privadas na implementação de melhorias nas vias de acesso aos mais diversos estabelecimentos, como também a realização de manutenção dos

acessos já existentes na cidade, os quais deverão ser acessados através da implementação de transporte público adaptado observando-se as normas previstas pela ABNT e pelo desenho universal.

Portanto, resta claro o entendimento de que ainda há muito a ser galgado na busca pelo cumprimento efetivo da lei, o qual deverá ser priorizado através da observância pela gestão pública com participação da sociedade dos princípios fundamentais que devem nortear a elaboração de projetos e planos diretores garantindo assim a inclusão da pessoa com deficiência atrelada a mobilidade urbana com o intuito de se ter uma cidade construída por todos e para todos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Adriana Silva, Mobilidade Urbana para Pessoas com Deficiência no Brasil: um estudo de blogs. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/urbe/2015nahead/2175-3369-urbe-2175-3369008001AO03.pdf>. Acesso em: 01/09/2020.

BRASIL. Lei número 13.146, de 06 de julho de 2015, Promulga a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 05/04/2020.

BRASIL. Lei número 12.587, de 03 de janeiro de 2012, Promulga a Política Nacional de Mobilidade Urbana, Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/L12587.htm. Acesso em: 01/10/2020.

BRASIL. Lei número 10.048, de 08 de novembro de 2000, Promulga a Lei Prioridade de Atendimento às Pessoas que Especifica, Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10048.htm. Acesso em: 17/10/2020.

BRASIL. Lei número 7.853, de 24 de outubro de 1989, Promulga a Lei de Apoio às Pessoas com deficiência e a sua Integração Social, Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20apoio%20%C3%A0s,P%C3%BAblico%2C%20define%crimes%2C%20e%20d%C3%A1. Acesso em: 18/10/2020.

BUZZI, MARCOS, Superior Tribunal de Justiça – STJ, 2º Grau, Quarta Turma, Jurisprudência, Jusbrasil, Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/671909389/recurso-especial-resp-1611915-rs-2016-0085675-9?ref=serp>. Acesso em: 18/10/2020.

CÉSPEDES, Livia/ ROCHA, Fabiana dias, Vade Mecum, 28ª edição, 2019, Editora Saraiva. Acesso em: 05/09/2020.

CUNHA, Rogério Sanches. FARIAS, Cristiano Chaves, PINTO, Ronaldo Batista, Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo, 2016, Acesso em 03/07/2020

FREEDOM. Disponível em: <https://blog.freedom.ind.br/mobilidade-urbana/> Acesso em: 25/09/2020.

GARCIA, Vera, 2020. Desafios da Acessibilidade no Brasil: um comparativo com outros países. Disponível em: <https://www.deficienteciente.com.br/desafios-da-acessibilidade-no-brasil-um-comparativo-com-outros-paises.html>. Acesso em: 14/10/2020.

GONÇALVES, Bernardo José Drumond/ VORCARO, Maria Eduarda Guimarães de Carvalho Pereira. Análise objetiva das principais alterações advindas do Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei 13.146/15). Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/275942/analise-objetiva-das-principais-alteracoes-advindas-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia--lei-13-146-15> Acesso em: 25/09/2020.

IBGE. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/am/itacoatiara/panorama> Acesso em: 03/09/2020.

NOVELINO, Marcelo, Manual de Direito Constitucional, 8ª Edição, Volume Único, 2013. Acesso em: 09/10/2020.

ORMONDE, Alexandre Pereira Pinto/ SOUZA, Luiz Roberto Carboni – Constituição Federal da República Federativa do Brasil e Legislação, 27ª Edição, 2020, Acesso em: 10/09/2020.

ROCHA, Karol, Matéria Jornalística: Acidentes de Trânsito no Amazonas já tiraram onze vidas somente em 2019. Disponível em: <https://www.acritica.com/channels/manaus/news/acidentes-de-transito-no-amazonas-ja-tiraram-onze-vidas-somente-em-2019>. Acesso em: 19/10/2020.

SERRA, José. Desenho Universal – Habitação de interesse Social – Cartilha do Governo do Estado de São Paulo, PDF. Disponível em: www.mpsp.mp.br. Acesso em: 18/10/2020.

TCU – Áreas Temáticas – Mobilidade Urbana, 2010. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/contas_governo/contas_2010/fichas/Ficha%205.2_color.pdf.

TORQUES, Ricardo, Livro Eletrônico – Acessibilidade para TJ-AM (Todos os cargos) Com Videoaulas – Pós-Edital, Estratégia Concursos, 2019. Disponível em: www.estrategiaconcursos.com.br. Acesso em: 08/08/2020.

VERA, Garcia/ MATOS, André Luiz dos S. Desafios da Acessibilidade no Brasil: um comparativo com os outros países, 09.03.2020. Acesso em: 17/10/2020.

EXECUÇÃO PENAL: REFLEXÕES SOBRE O REGIME (SEMI)ABERTO EM TABATINGA/AM

CRIMINAL EXECUTION: REFLECTIONS ON THE (SEMI)OPEN SCHEME IN TABATINGA/AM

Efraym Henrique Rodrigues Reyna
Jefferson Rodrigues de Quadros

422

Resumo

A falência do sistema de cumprimento de pena pelo regime semiaberto na cidade de Tabatinga/AM constitui um problema crônico, cujas repercussões afligem não apenas os órgãos de persecução e execução penal, mas, sobretudo, toda sociedade. Não obstante o (re)conhecimento público de tal problema, a postura negligente do Estado ao não oferecer os instrumentos preconizados no ordenamento jurídico para oportunizar a ressocialização do apenado, resulta em fomentar de forma exponencial a sua dimensão. Dado tal contexto, o objetivo do artigo visa analisar as peculiaridades acerca do cumprimento do regime semiaberto, em especial, na cidade de Tabatinga/AM, com o fito de provocar uma reflexão acerca do clamor social pela necessidade da adoção de urgentes providências no sentido de que sejam observados os preceitos legais a fim de equacionar o distanciamento abismal existente entre os planos da vigência e efetividade das normas quanto à execução penal, mormente, em relação à tal regime intermediário. A título metodológico, amparado pelos entendimentos doutrinários e diplomas legais, realizou-se uma investigação de campo em uma atmosfera qualitativa para analisar com viés indutivo e propositivo a temática do cumprimento de pena no regime semiaberto na cidade de Tabatinga/AM.

Palavras-chave: Execução penal. Regime semiaberto. Tabatinga/AM.

Abstract

The failure of the sentence system by the semi-open conditions in the city of Tabatinga/AM constitutes a chronic problem, whose repercussions affect not only the bodies of prosecution and criminal execution, but, above all, the whole society. Notwithstanding the public awareness of such problem, the State's negligent approach in failing to offer the instruments recommended by the legal system to provide the re-socialization of the convict, results in exponentially increasing the dimension of said problem. Given this context, the objective of the article is to analyze the peculiarities regarding the execution of semi-open conditions, especially in the city of Tabatinga / AM, aiming the purpose of causing reflections on the social outcry for the need to adopt urgent measures so that the legal precepts are fulfilled in order to balance the abysmal distancing between the plans of the validity and effectiveness of the rules related to criminal execution. To analyze with an inductive and purposeful view the serving sentences theme in the semi-open conditions in the city of Tabatinga/AM, a field investigation was carried out in a qualitative atmosphere, methodologically supported by doctrinal understandings and legal diplomas.

Keywords: Penal execution. Semi-open regime. Tabatinga/AM.

INTRODUÇÃO

Haja vista as peculiaridades de regime intermediário de cumprimento de pena, o regime semiaberto sempre foi objeto de análise pela comunidade acadêmica e pelos operadores do direito, sobretudo, em face das dificuldades em lograr êxito em relação aos propósitos preconizados pela lei de execução penal. Segundo dados da Agência Brasil (2020), cerca de 16% da população carcerária cumpre pena no regime intermediário, totalizando 126.146 mil apenados, permitindo-se conceber que se trata do menor quantitativo de apenados a nível nacional, não sendo muito diferente no Estado do Amazonas.

423

Considerando os aspectos menos rigorosos de controle, características do regime semiaberto, combinadas com as debilidades instrumentais que deveriam ser ofertadas pelo Estado, enquanto ente responsável pela execução penal, não raramente, muitos apenados retornam à delinquência, provocando não apenas um sentimento social de impunidade, mas, especialmente, de ineficácia e falência do sistema punitivo, sobrecarregando e onerando financeiramente o sistema de persecução penal.

Tal problema não é uma novidade em todo o território brasileiro, como também em diversas cidades situadas no Estado do Amazonas, porém é ainda mais agravado em uma região longínqua dos grandes centros urbanos, como é o caso de Tabatinga, cidade do interior do Amazonas, situada na fronteira com a Colômbia e o Peru, estigmatizada pelo seu histórico vinculado à violência decorrente de disputas por facções criminosas relacionadas ao narcotráfico internacional.

Vitimizada pelo esquecimento do Estado no que tange a investimentos em segurança pública e na implantação de políticas criminais compatíveis às características criminológicas e sociais da região, resulta possível observar na referida cidade de fronteira um completo descaso em relação à aplicação da pena imposta aos apenados do regime semiaberto, provocando uma sensação de impotência pelas autoridades policiais, bem como de impunidade por todos os cidadãos tabatinguenses.

Hoje, em Tabatinga, o regime semiaberto se apresenta com características semelhantes ao regime aberto, instrumentalizado mediante a lavratura de assinaturas diárias na unidade prisional e outras medidas restritivas próprias da liberdade provisória, gerando, assim, um flagrante disparate com as disposições fixadas na Lei de Execuções Penais, haja vista o Estado

deixar de prover aos seus jurisdicionados os meios necessários para o cumprimento das sanções penais do regime semiaberto no município.

Pautado pela observação empírica e investigação qualitativa sobre os principais defeitos acerca do cumprimento de pena do regime semiaberto na cidade de Tabatinga, o objetivo deste trabalho, calcado em dados científicos coletados em investigações de campo, consiste em analisar as peculiaridades acerca do cumprimento do regime semiaberto na cidade de Tabatinga/AM, visando não apenas provocar uma reflexão acerca da adoção de urgentes providências pelo Estado a fim de equacionar o distanciamento existente entre os planos da vigência e efetividade das normas quanto à execução penal, mormente, em relação ao referido regime intermediário, como também apresentar proposições factíveis para a mitigação de um problema que aflige, holisticamente, toda a sociedade tabatinguense.

Para efeito de ordem de apresentação do trabalho, em uma primeira etapa, são abordadas as finalidades da execução penal na perspectiva doutrinária; em um segundo momento, o ordenamento jurídico que regula o cumprimento da pena no regime semiaberto; no terceiro ponto apresentam-se as características do regime semiaberto em Tabatinga/AM; e, por derradeiro, considerando os fundamentos abordados nas seções anteriores, são tecidas considerações finais a fim de lograr o cumprimento dos objetivos propostos.

Para efeito de balizar, metodologicamente, a pesquisa, calcada mediante o conhecimento empírico da região e devidamente amparada por investigações bibliográficas realizadas na doutrina penal, textos de lei, internet e reportagens jornalísticas, realizou-se investigação de campo, sob a perspectiva qualitativa para prover fundamentação com viés indutivo e propositivo sobre a temática do cumprimento de pena no regime semiaberto na cidade de Tabatinga/AM.

1. FINALIDADES DA EXECUÇÃO PENAL

Por força do “Contrato Social” e demais avanços iluministas que fundaram os alicerces do direito penal contemporâneo, cumpre ao Estado a legitimidade de retribuir ao infrator a conduta antijurídica por ele cometida através da sanção penal, como também em viabilizar o seu respectivo cumprimento de modo a restringir a liberdade do apenado.

Enquanto consectário desse poder soberano estatal, resulta o dever de promover os meios e condições a fim de zelar pela individualização da pena. De forma rasa e objetiva, essa é a essência hermenêutica que orienta o sistema de execução penal concebida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, a execução penal no Brasil constitui problemática complexa que envolve um mosaico de aspectos que resultam em acentuado distanciamento entre o plano da vigência e efetividade da Lei de Execução Penal. Neste sentido, merece destaque a afirmação anotada por Carvalho (2003, p. 26):

“A Lei de Execução Penal (LEP) brasileira é elogiada em todo mundo, e representa um dos maiores avanços jurídicos de nossa história. O grande desafio das entidades da sociedade civil que atuam nessa área, sempre foi o de reduzir a distância entre o arcabouço legal e o panorama real do sistema penitenciário.”

425

Com efeito, a efetividade das premissas consubstanciadas na Lei de Execução Penal constitui ao longo da sua história um grande desafio à sociedade brasileira, haja vista a complexidade do seu objeto que, nas palavras de Albergaria (1987, p. 9), enquanto um dos idealizadores da comissão formadora da referida lei, preconiza:

“O objeto da execução da pena consiste na reeducação do preso e sua reinserção social. A prevenção especial da pena compreende a ressocialização do preso a fim de evitar a reincidência. A moderna concepção de pena dá especial relevo aos fins da pena, sem desconsiderar a sua essência, a retribuição. A aparente antinomia entre prevenção e retribuição se resolveria com as teorias-margem ou teorias conciliatórias. A pena adequada à culpabilidade deve deixar margem aos fins da pena”.

Ainda sobre o objeto da execução penal, importante perfazer-se uma análise quanto ao art. 1º da LEP, o qual discorre sobre o seu objeto, assim sendo definido: “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Nesta linha de pensamento em relação ao objeto, complementa Brito (2020, p. 49/50):

“Efetivar no sentido de tornar concreta a submissão do condenado à sanção imposta. E integração social harmônica porquanto, ao restringir sua liberdade, não poderá execrá-lo do convívio social ao qual deverá retornar. O dispositivo transmite a intenção de submeter o preso a um tratamento penitenciário, oferecendo-se ao condenado os meios necessários a uma participação construtiva a comunidade.”

Uma vez estabelecidas às bases doutrinárias acerca do objeto da Lei de Execução Penal, resulta imperioso, preliminarmente e de bom alvitre, compreender as teorias sobre a função da pena, a qual nasceu junto com o Direito Penal, seja pela qualidade, quantidade ou legitimidade, e que durante no decurso da história teve como primeira característica o seu caráter retributivo (a prática de um mal, deve receber um mal equivalente) da sanção penal, já que muitas vezes a pena capital era sancionada aos infratores. Sendo assim, o cerceamento da

liberdade não era visto como uma punição, mas sim como uma forma de garantir o cumprimento de outras penas.

Logo foi desenvolvida a finalidade preventiva, conforme elucida Brito (2020, p. 48) em breve síntese: “Diz-se preventiva geral negativa por tentar inibir a prática de delitos pelos membros da sociedade, em geral. E preventiva especial negativa quando aplicada ao infrator, para que ele, especificamente, não cometa crimes”.

Hodiernamente, é aceito pela doutrina a renegação do caráter retributivo, porém doutrinadores como Bettiol, expõem em sentido oposto, de modo a gerar dúvidas aos penalistas. Para Bettiol (1995, p. 176) “A pena não perde a nota de ser um castigo”. Segundo este doutrinador (1976, p. 85) no que tange à finalidade da pena, “Ela sempre será retributiva”. De modo formal, a pena é a sanção como consequência do delito, e do ponto de vista substancial, a pena é malum passionis propter malum actiones, segundo Brito (2020, p. 46).

Em sentido contrário ao posicionamento firmado por Bettiol, Roxin preconiza pela função prevencionista (1981, p. 141), senão vejamos:

“Se considerarmos que a pena impõe somente um mal, negando-lhe o qualquer outro efeito, então a ressocialização do agente não será missão da execução da pena, muito pelo contrário, terá de atuar como um mal mediante a privação de liberdade e a restrição de direitos normalmente garantidos ao cidadão”.

Outrossim, Roxin (1998, p. 26) justifica o seu entendimento prevencionista ao analisar as etapas de controle estatal sob o viés do direito penal moderno, assim afirmando:

“O Direito Penal moderno enfrenta o indivíduo de três maneiras: ameaçando, impondo e executando as penas. A cada uma dessas esferas de atuação estatal, em separado independe justificação. E não somente isso: cada um desses estágios estrutura-se sobre o outro e, portanto, cada etapa deve escolher os princípios da precedente”.

Nucci (2020, p. 512/513), por sua vez, ao discorrer sobre a sanção penal e os primados que regulam as teorias relativas à função da pena, afirma:

“É a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes. O caráter preventivo da pena desdobra-se em dois aspectos, geral e especial, que se subdividem em outros dois. Temos quatro enfoques: a) geral negativo, significando o poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) especial negativo, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) especial positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando, por benefícios, a liberdade seja antecipada.”

Feitas tais abordagens doutrinárias sobre a pena e a sua função, permite-se conceber que ela tem dois objetivos na execução penal, ambos relacionados ao artigo 1º da LEP: o primeiro é aplicar a pena de forma eficaz, submetendo o condenado a sanção e regime impostos pelo Estado, para que colabore com o (re)conhecimento dos valores dispostos na sociedade e seu crescimento a fim de atingir a paz social; e o segundo, indissociável do primeiro e diretamente ligado à função do direito penal e da pena, é garantir que essa execução pautar-se pelo devido processo legal e respeito à dignidade humana, para que a “recuperação” ou “formação” do condenado tenha legitimidade. Então, qualquer pena, para manter-se com esse escopo, não poderá se afastar do Estado Democrático de Direito e com foco na dignidade humana.

Dito isso, resulta permitido entender que a teoria da prevenção especial positiva constitui aquela que mais se coaduna com os fundamentos principiológicos preconizados pelo direito penal moderno, resultando disso a necessidade da sua adequação aos regimes de cumprimento de pena, sobretudo, ao semiaberto, o qual é objeto do presente estudo, conforme doravante abordar-se-á.

2. DO REGIME SEMIABERTO

No sistema penal brasileiro tem-se que a execução penal inicia a partir do processo judicial e individualização da pena resultante do sistema trifásico adotado para a dosimetria da sanção. Discorrendo sobre a individualização da pena, Nucci (2020, p. 532) afirma que:

“A individualização executória da pena é consequência natural da adoção do princípio constitucional da individualização da pena. Esta se faz, como já mencionado, em três etapas: a individualização legislativa (fixação do mínimo e do máximo para a pena em abstrato no momento de criação da norma penal), a individualização judicial (momento de concretização da sanção penal na sentença) e a individualização executória (fase de aplicação efetiva da pena em estágios).”

Deste modo o processo judicial gera uma sanção penal devidamente correspondente ao crime, de forma individualizada, iniciando assim o seu respectivo regime de cumprimento: fechado, semiaberto e aberto.

Considerando que o objeto do presente artigo diz respeito ao regime semiaberto, o ordenamento jurídico estabelece a maneira que deveria ser executado o seu cumprimento, consoante estabelecido nos arts. 33, b, §2º, b e 35 do Código Penal, in verbis:

“Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; [...]

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto.

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§ 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.”

Em conformidade ao texto legal, tem-se que o regime semiaberto é aplicado àqueles condenados cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos. Ainda têm-se os apenados advindos do regime fechado que progridem de regime, seguindo o modelo de progressão penal adotado pelo Brasil. No que tange à progressão do regime fechado para o semiaberto, leciona Brandão (2010, p. 329/330):

“No sistema pátrio, é regra que a pena privativa de liberdade seja cumprida de forma progressiva, de forma que o agente vá do regime inicial do cumprimento de pena até o regime imediatamente menos rigoroso, cumpridos os requisitos estabelecidos pela lei penal. Deste modo, o apenado poderá progredir do regime fechado para o regime semiaberto e do regime semiaberto para o regime aberto. Em nenhuma hipótese, portanto, poderá o apenado passar do regime fechado diretamente para o regime aberto.

A ideia central do sistema progressivo radica na diminuição da intensidade da pena, que se dá em face da conduta e do comportamento do recluso. É por este suporte que o Código Penal brasileiro dispõe que a progressão se dará “segundo o mérito do condenado” (art. 33, § 2º, do Código Penal). O apenado irá, assim, do regime mais rigoroso ao regime menos rigoroso até culminar com o livramento condicional, com vistas a possibilidade, gradativamente, restabelecer o contato com a vida em sociedade, tolhido com a segregação oriunda do cárcere.

Para que o apenado obtenha a progressão de regime e passe a cumprir a pena em regime menos rigoroso que o determinado inicialmente, é necessário observar os requisitos legais”.

Com efeito, a progressão de regime constitui a regra em relação ao cumprimento da pena, consoante expressamente declinado pelo art. 112 da LEP que assim dispõe:

“a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.”

Destarte, conclui-se que o regime semiaberto é a espécie de regime intermediário entre o gravoso (fechado) e o leve (aberto), onde o apenado deve cumprir com as obrigações fixadas na lei, atendendo as diretrizes da sentença ou progressão de regime, com a oportunidade de estudar e trabalhar, tendo como premissa a ressocialização que busca dar ao apenado condições para que isso aconteça.

Apresentadas as noções gerais sobre o regime semiaberto, abordaremos as suas formas de cumprimento, em especial, sobre a Colônia Agrícola, uma vez que trata-se da natureza propositiva que reveste o presente trabalho, consoante oportunamente verificar-se-á.

2.1 Da Colônia Agrícola

Segundo os requisitos da LEP, a colônia penal agrícola constitui o local adequado para o cumprimento do regime semiaberto, conforme consagra o seu art. 91 e 92, in verbis:

“Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.

Art. 92. O condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, observados os requisitos da letra a, do parágrafo único, do artigo 88, desta Lei.

Parágrafo único. São também requisitos básicos das dependências coletivas:

a) a seleção adequada dos presos;

b) o limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena”

Discorrendo sobre os objetivos da colônia penal agrícola preleciona Brito (2020, p. 326/327):

“Colônia Penal Agrícola, Industrial ou similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semiaberto (art.91) decorrente de condenação originária nesse regime (p. ex. crimes apenados com detenção) ou por motivos que determinam a regressão do regime aberto ou progressão do fechado.”

Outrossim, MIOTTO (pág. 612, 1975), estabelece algumas características peculiares da colônia:

“De configuração arquitetônica mais simples, uma vez que aquelas precauções, artifícios e acessórios recém-mencionados são em grande parte, às vezes, quase inteiramente eliminados. Já se conta, aqui, com a capacidade de senso de responsabilidade dos condenados, que se estimula e valoriza. Conforme esse senso de responsabilidade, os condenados aqui recolhidos hão de consciente e voluntariamente cumprir os deveres e exercer os direitos próprios do seu status de condenados. Entre os deveres, o de não fugir, ainda que os obstáculos contra a fuga sejam poucos e tênues; observar as normas de disciplina interna, ainda que mínimos sejam os meios físicos, integrados ou não a arquitetura, que a isso compilam; respeitar e atacar os funcionários e outras quaisquer pessoas, ainda que não haja artifícios arquitetônicos ou outros, que os protejam e defendam contra possíveis agressões. São fechados, no sentido de que o condenado não pode sair dos limites territoriais; são de segurança média, porque os obstáculos contra a fuga, que naturais quer arquitetônicos, não são, como acabo de dizer, intransponíveis, mas tão somente de difícil transposição.”

Na mesma linha complementa Brito (2020, p. 327): “A Colônia Agrícola possuirá área extensa, própria para o plantio e o cultivo de vegetais, ou a produção de pecuária, mas sempre primando pela formação profissional”.

Feitas estas considerações sobre essas peculiaridades relativas ao cumprimento do regime semiaberto, resulta permitido estabelecer uma análise com o contexto da cidade de Tabatinga.

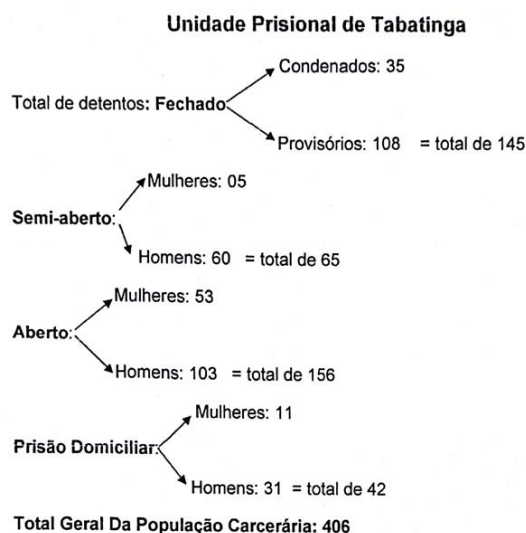
3. REGIME SEMIABERTO EM TABATINGA/AM

O Município de Tabatinga, localizado na Mesorregião do Sudoeste Amazonense, e da Microrregião do Alto Solimões, segundo o último censo do IBGE (2010), conta com uma população estimada em 67.182 pessoas, sendo que as peculiaridades inerentes ao município, sobretudo a suas características socioculturais e econômicas são diferentes daquelas que se apresentam em outros centros urbanos.

Atualmente cumprem em regime semiaberto na Comarca de Tabatinga, aproximadamente 70 (setenta) apenados, com um total de da população carcerária beirando os 406 (quatrocentos e seis) condenados.

Em contato com a direção da unidade prisional de Tabatinga foi possível obter um panorama sobre a execução penal na localidade, no qual foi apresentado um quadro com a totalidade da população carcerária e regimes semiaberto e aberto, conforme figura 1, deste artigo.

Figura 1 – População Carcerária de Tabatinga



Fonte: Unidade Prisional de Tabatinga/AM (2020)

Outrossim, foram obtidas por meio de questionário, respondido pelo diretor da unidade prisional de Tabatinga, Sr. Daniel da Silva Barbosa, informações quanto às reais condições da atual administração, assim como uma descrição do trabalho que é executado pelos servidores, conforme consta no Anexo 1 deste artigo, cuja a relevância merece destaque:

“A Unidade Prisional de Tabatinga foi inaugurada em janeiro de 2005, desde então nenhuma reforma estrutural geral foi realizada, ou seja, está bastante danificada com o tempo. Essa atual administração está à frente há 03 meses, estamos trabalhando para dá andamento as atividades em geral, com inúmeras dificuldades que o sistema

enfrenta um problema nacional. Estamos atualizando os dados da população carcerária em geral, pois havia certo descaso quanto a esses dados.”

A situação se agrava quando é revelado o quantitativo de funcionários, quando se pode ver o tamanho do problema enfrentado, e principalmente a deficiência de fiscalizar os presos em regime semiaberto:

“Temos deficiência no número de servidores. Temos atualmente 06 Agentes Carcerários, trabalham num regime de alta tensão. Existem 146 internos hoje na Unidade Prisional, entre homens e mulheres, sendo que a capacidade do estabelecimento prisional é de 108.”

431

É alarmante o baixo quantitativo de agentes para o cuidado não só dos réus em regime fechado, mas para o cuidado de apenados no regime semiaberto, segundo reportagem do G1, realizada por Clara Velasco e Gabriela Caesar (2018), é esclarecido que:

“A proporção mínima desejável é de um agente para cinco presos, segundo uma resolução de 2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ela foi baseada na proporção média dos países europeus e tem o objetivo de servir de critério para a análise dos projetos encaminhados pelos estados ao Ministério da Justiça para a construção de unidades penais com recursos da União. De acordo com a pasta, a norma continua válida hoje.”

Relembremos o que a Comarca possui 70 (setenta) apenados em regime intermediário, aplicando a fração ideal deveria ser disponibilizado 14 (catorze) agentes para que pudessem acompanhar os apenados no cumprimento de suas penas.

O grande ponto é, onde e como, conforme dados obtidos através do Diretor da Unidade Prisional de Tabatinga, foi extraída a seguinte declaração:

“Sobre o regime semi-aberto: De acordo com a Lei de Execução Penal, não dispomos de local apropriado para a execução da pena. Em tabatinga, após decisão judicial, os internos desse regime, apenas assinam o livro de controle, de segunda, sexta-feira e feriados, das 06h às 10h. Mesmo assim, mais da metade dos detentos deixam de cumprir a pena, pois a ineficiência do estado, da justiça de acompanhar o fiel cumprimento, faz com que eles abandonem.”

Em análise as declarações prestadas, resulta permitido fazer-se uma comparação com o regime aberta, na forma do art. 36 do CP. Neste sentido Brito (2020, p.362), afirma que:

“Quanto ao regime aberto, baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, este deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga (CP, art. 36).”

Muito embora o ordenamento jurídico estabeleça distinções entre os regimes aberto e semiaberto, em Tabatinga, o que se observa é a implantação das condições do regime aberto aos apenados do regime semiaberto, em face, a ausência de instrumentos prestados pelo Estado.

Com efeito, diante das informações coletadas na investigação denotasse que algo esteja muito errado, pois o Estado como detentor do encargo de zelar pelos seus cidadãos bem como oferecer as ferramentas para prover a execução penal permite o completo abandono das atividades que deveriam ser tratadas como prioritárias.

São esclarecedoras e contrastantes as informações obtidas diretamente do órgão local específico, como é o caso da unidade prisional de Tabatinga, trazendo à luz, diante da realidade vivida, um preocupante e silencioso contexto carcerário, uma vez que descumpridas pelo próprio Estado às normas de execução penal que ele deveria primar.

432

Neste mesmo sentido de crítica ao sistema semiaberto, podemos usar o debate jurídico realizado e registrado através de uma reportagem do site Consultor Jurídico, tendo como autor Haidar (2013), que trouxe o seguinte ponto:

“O debate irá subsidiar o julgamento do Recurso Extraordinário 641.320, no qual o MP gaúcho questiona decisão do Tribunal de Justiça do estado que concedeu prisão domiciliar a um condenado do regime semiaberto. O TJ gaúcho decidiu de forma mais favorável ao réu porque não havia vaga em estabelecimento voltado para o regime semiaberto para que ele cumprisse pena dentro das condições previstas em lei. Como era de se esperar, o debate foi polarizado. Defensores públicos com o argumento de que o preso não pode ser apenado com mais rigor por conta da falta de organização do Estado em organizar o sistema prisional. Membros do Ministério Público com a justificativa que a “sociedade cordata” não pode arcar com o risco e as consequências de ter criminosos na rua por conta da falta de estrutura estatal. Em meio ao debate polarizado, houve sugestões interessantes e a apresentação de dados alarmantes. O juiz auxiliar do Conselho Nacional de Justiça, Luciano André Losekann, revelou como é complexa e complicada a situação dos presos que cumprem pena em regime semiaberto no Brasil. Coordenador do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário do CNJ, Losekann mostrou que, na prática, o regime semiaberto no país é uma ficção. “Na maioria dos estados, os presos aguardam em eternas listas de espera sua progressão do regime fechado para o semiaberto. Mas as listas são absolutamente ilusórias porque quem consegue Habeas Corpus acaba passando na frente de presos que esperam a mais tempo pela progressão”, afirmou Losekann. O juiz disse que em um dos mutirões carcerários feitos pelo CNJ em São Paulo, em 2011, “havia sete mil presos já com progressão deferida aguardando no regime fechado a vaga no semiaberto”.

Fica evidente pelas palavras de um juiz auxiliar do CNJ, como o regime semiaberto é ineficaz, usando o mesmo termo, tem a ficção de um regime existente na lei e inaplicável na prática.

Por outro lado, o diretor da Unidade Prisional em Tabatinga, o Sr. Daniel, em relatório apresentou a seguinte constatação em tom de reflexão: “Para que o Sistema Penitenciário possa ter realmente a sua função principal de ressocialização de apenados, devem-se pôr em prática as ações, retirar do papel as leis, pois são excelentes as opções previstas, porém não são executadas”.

Em complemento, ainda opinou quanto às medidas que devem ser observadas pelos operadores do direito e autoridades públicas:

“Portanto cabe ao estado brasileiro investir mais, não é questão de construir mais presídios e menos escolas, mas sim de um problema social já instalado e que necessita de urgente intervenção, a fim de amenizar os transtornos decorrentes da prática delituosas oriundas das Unidades Prisionais, que vem se arrastando de longa data, mas que não devem assim continuar, é um processo longo, mas deve ser iniciado. O interesse deve ser de toda a sociedade”.

Diante disso, resultou possível observar na visão de quem vive a realidade da execução penal, que é preciso investir não apenas recursos, mas também, tempo de trabalho em seriedade quanto ao cumprimento da pena, o que, infelizmente incorre em Tabatinga.

433

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da realidade assistida pelos operadores do direito e as informações apresentadas pelo diretor do presídio, corroboradas com o que a doutrina, a lei e os números nos apresentam, resulta possível conceber que na cidade de Tabatinga/AM a execução penal em regime semiaberto encontra-se completamente abandonada, uma vez que as medidas então tomadas são apenas uma forma de apresentar o mínimo de controle do Estado, porém passam muito longe dos objetivos da pena e finalidade da execução penal.

Sendo a pena de caráter preventivo geral e especial, não são oferecidas as ferramentas necessárias para o efetivo cumprimento por parte dos apenados, e sucessivamente não são respeitados os parâmetros que estabelecem a finalidade da execução, ou seja, oportunizar ao apenado a chance de se ressocializar, cumprindo assim o ciclo moderno de execução penal, em que a sanção penal tem por finalidade impedir que novos crimes sejam cometidos, através do receio de sofrer uma punição; e mesmo que cometa ter a garantia de que essa pena aplicada esteja conforme os ditames normativos e ao apenado sejam ofertados os meios necessários para cumprir a pena.

Por mais absurdo que se pareça, foi constatado que o regime aberto e o semiaberto, se equivalem em Tabatinga/AM, gerando não apenas um sentimento de impunidade, mas também desprezo aos operadores do sistema persecutório, judicial e de execução penal, pois, existem réus condenados por crimes mais graves cumprindo pena da mesma forma que um sentenciado ao regime aberto, provocando uma atmosfera de descrédito aos órgãos públicos.

O que mais impressiona é ver o descaso do Estado em proporcionar ao apenado um meio de cumprir integralmente com a pena, diante das informações cedidas, vemos que a mais de quinze anos a penitenciária não recebe os cuidados necessários, o que impossibilita o recebimento de apenados em regime semiaberto, que em tese deveriam pernoitar sob os cuidados da administração pública.

Considerando os dados obtidos na investigação, possível entender que o sistema do regime semiaberto em Tabatinga beira à falência, uma vez que deturpado as regras estabelecidas na lei.

Deveras, quando pensamos em regime semiaberto não vemos de qualquer forma uma eficácia e eficiência em relação à aplicação da sanção penal em concreto, nenhum dos dois objetivos para a finalidade da execução penal apresentados parece se adequarem ao problema. Existe uma lacuna tão grande que as leis de execução do penal e cumprimento do regime semiaberto parecem apenas preencher espaço no ordenamento jurídico, de fato e de direito, pois, não existe semiaberto em Tabatinga, corroborado pelo fato que Estado não proporciona, por falta de investimento e treinamento em segurança, as condições necessárias para que o apenado em regime semiaberto cumpra com suas obrigações.

Oportuno destacar que quanto à forma de aplicação, nada que a lei apresenta aparenta ser um meio viável para ser posto em prática, certo que colônias agrícolas demonstram excelente alternativa de complementar o cumprimento da pena no regime semiaberto em Tabatinga/AM, haja vista a disponibilidade de condições para tanto.

Em sede de propositiva, que configura um dos objetivos do presente artigo, permite-se provocar uma proposta para efeito de minimizar a problemática de regime semiaberto na cidade de Tabatinga/AM.

No que compete à colônia agrícola, no município de Tabatinga, pouco é explorado a cultura de plantio, abrindo espaço para experimentos sociais e comerciais; já que não possui indústrias de grande e médio porte, ficando então aberto o debate para as colônias similares, de forma que seria possível aproveitar o espaço físico do município, com a oportunidade de oferecer cursos profissionalizantes aos apenados em regime intermediário, visando então uma parceria não somente do judiciário, mas também do poder executivo, que poderia atuar como parceiro.

O município, enquanto ente diretamente interessado no desenvolvimento local, em primeiro momento poderia financiar ou oferecer suporte técnico ao projeto piloto de tal maneira a afetar não somente a realidade local do município, mas também, servindo como modelo para

tantas outras regiões do Estado do Amazonas que sofrem com a mesma problemática. Outros órgãos de educação, por exemplo o IFAM, através do curso de Ciências Agrárias, os alunos em formação poderiam estagiar nessas colônias como forma de aprendizado, e os apenados obterem certificação das atividades exercidas, deste modo, gerando conhecimento e oportunidades de negócios, materializando a ressocialização, na forma preconizada pelo ordenamento jurídico brasileiro e sobretudo com a função prevencionista da pena.

REFERÊNCIAS

- ALBERGARIA, Jason. **Comentários à Lei de Execução Penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1976.
- _____. **El problema penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1995.
- BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7210 de 11 de julho de 1984.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal** – Parte Geral. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 329/330.
- BRITO, Alex Couto de Brito. **Execução Penal/Alexis Couto de Brito** – 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação. 2020.
- BARBOSA, Daniel da Silva (org.) **Unidade Prisional de Tabatinga**. Tabatinga, 2020.
- CARVALHO. Sandra (org.) **Relatório anual do centro de justiça global. Direitos humanos no Brasil: 2003**. Trad. Carlos Eduardo Gaio. Rio de Janeiro, Justiça Global, 2004.
- IBGE. **Censo Tabatinga** - IBGE. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/am/tabatinga/panorama>>. Acesso em: 05/10/2020.
- CAESAR, Gabriela; e VELASCO. Clara. **Brasil tem média de 7 presos por agente penitenciário**. Termo In: G1. Globo. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/brasil-tem-media-de-7-presos-por-agente-penitenciario-19-estados-descumprem-limite-recomendado.ghtml>>. Acesso em: 06/10/2020.

HAIDAR, Rodrigo. **Debate mostra que regime semiaberto no Brasil é ficção.** Termo In: **Consultor Jurídico.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2013-mai-27/audiencia-stf-mostra-regime-prisao-semiaberto-brasil-ficcao>>. Acesso em: 06/10/2020.

MIOTTO, Armida Bergamini. **Curso de direito penitenciário.** São Paulo: Saraiva, 1975. v. 1 e 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal/** Guilherme de Souza Nucci. – 16. ed. – Rio de Janeiro: Forensse, 2020.

436

NASCIMENTO, Luciano. **Brasil tem mais de 773 mil encarcerados, maioria no regime fechado.** Termo In: Agência Brasil. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-02/brasil-tem-mais-de-773-mil-encarcerados-maioria-no-regime-fechado>>. Acesso em: 29/10/2020.

ROXIN, Claus. **Iniciación del derecho penal de hoy.** Sevilha: Universidade de Sevilha, 1981.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal.** Lisboa: Veja, 1998.

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NOS IMPEDIMENTOS DE INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

THE PRINCIPLE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE IN REGISTRATION IMPEDIMENTS IN THE ORDER OF BRAZILIAN LAWYERS

Hingrid Romão de Souza¹¹

Ygor Felipe Távora da Silva¹²

Denison Melo de Aguiar¹³

437

Resumo

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil editou as Súmulas nº 09, 10 e 11 de 2019, que estabelecem que aqueles bacharéis em direito com históricos de agressão a mulheres, crianças, adolescentes, idosos, pessoas com deficiência física e mental, e pessoas LGBTI+, serão impedidos de realizar sua inscrição como advogado, em razão de descumprimento do requisito de idoneidade moral estabelecido pelo Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. O objetivo geral foi descrever a legalidade das súmulas do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sob a luz do princípio da presunção de inocência. A metodologia empregada foi a pesquisa teórica e bibliográfica. Faz-se necessário analisar a sua aplicação sob a égide do princípio da presunção de inocência, garantia estabelecida pela Constituição Federal ao indivíduo, e, segundo o qual ninguém deve ser considerado culpado até o trânsito em julgado de

¹¹Graduanda em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Membro da Comissão Geral de Licitação do Município de Itacotiara (CGLMI).Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7865962158941285>Contato: hingrid.romao19@outlook.com.

¹² Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas. Advogado. Graduado em Administração e Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Amazonas. Mestre em Gestão de Áreas Protegidas da Amazônia pelo Instituto Nacional de Pesquisa da Amazônia. Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA-UEA). Doutor em Geografia pela Universidade Federal de Goiás. Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado de Minas Gerais (PPGD-UFMG). Professor Permanente da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Contato: ysilva@uea.edu.br

¹³ Graduado em Direito pela Universidade da Amazônia. Advogado. Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA-UEA). Professor Permanente da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado de Minas Gerais (PPGD-UFMG). Coordenador da Clínica de Mecanismos de Soluções de Conflitos (MARbIC-UEA). Link do Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9956374214863816> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5903-4203> Contato: denisonaguiarx@hotmail.com.

sentença penal condenatória. Contrapondo o princípio da independência entre as instâncias de forma a assegurar à vinculação da instância administrativa a sentença criminal que decidir pela absolvição do indivíduo.

Palavras-Chave: Idoneidade Moral. Impedimento. Presunção de Inocência. Advogado.

Abstract

The Federal Council of the Order of Lawyers of Brazil has published Summaries nº 09, 10 and 11 of 2019, which establish that those law graduates with a history of assaulting women, children, adolescents, the elderly, people with physical and mental disabilities, and LGBTI +, will be prevented from registering as a lawyer, due to non-compliance with the requirement of moral integrity established by the Statute of the Advocacy and the Brazilian Bar Association. The general objective was to describe the legality of the overviews of the Federal Council of the Bar Association of Brazil, in the light of the principle of the presumption of innocence. The methodology used was theoretical and bibliographic research. It is necessary to analyze its application under the principle of the presumption of innocence, a guarantee established by the Federal Constitution for the individual, and, according to which no one should be found guilty until a final sentence is passed. Contradicting the principle of independence between the instances in order to ensure the binding of the administrative instance the criminal sentence that decides for the acquittal of the individual.

Keywords: Moral suitability. Off-side. Presumption of Innocence. Lawyer.

INTRODUÇÃO

O presente estudo questiona a aplicação e constitucionalidade das Súmulas nº 09, 10 e 11/2019 do Conselho Federal da OAB sem a observação do princípio da presunção de inocência, uma vez que segundo o texto dos referidos dispositivos, o bacharel em direito é considerado inidôneo “independente de instância criminal”. Nesse diapasão, o simples registro de um boletim de ocorrência já o tornaria impedido? Bastaria a existência de um inquérito policial apurando eventual delito? Ou a formulação de uma denúncia por parte do titular da ação penal? Ou seu recebimento pelo Poder Judiciário?

O presente tema tem uma grande repercussão diante do atual contexto brasileiro quanto ao posicionamento contra as violências constantemente praticadas em face das minorias. No entanto, cabem aos juristas analisarem as medidas a serem efetivamente tomadas com base na Constituição Federal, seus princípios e demais legislações pertinentes, tentando, tecnicamente, se

afastar do senso comum e observando, sobretudo, a constitucionalidade e legalidade de tais medidas.

Dessa forma, a escolha do tema teve como influência um importante passo jurídico na edição das referidas súmulas, que envolvem temas de caráter relevante e significativo, se levado em consideração o contexto histórico de preconceito e opressão pelos quais os indivíduos protegidos passaram e sobreviveram ao longo dos anos até tempos vindouros.

Portanto, não se pretende afastar totalmente a aplicabilidade das súmulas ora analisadas, mas encontrar uma solução para que essa aplicabilidade se amolde aos princípios constitucionais, especialmente após a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal de que é constitucional a regra do Código de Processo Penal (CPP) que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena. Ressalte-se que a decisão da Corte não veda a prisão antes do esgotamento dos recursos, mas estabelece a necessidade de que a situação do réu seja individualizada, com a demonstração da existência dos requisitos para a prisão preventiva previstos no artigo 312 do CPP.

O objetivo geral deste artigo é descrever a legalidade das súmulas do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sob a luz do princípio da presunção de inocência, que determinam o impedimento da inscrição nos quadros da OAB de bacharéis em direito por serem declarados inidôneos em decorrência da prática de violência contra mulher, crianças e adolescentes, idosos e pessoas com deficiência física e mental e pessoas LGBTI+, independente de instância criminal.

Num primeiro momento, se ressaltar a importância da aplicação do princípio da presunção de inocência disposto na Constituição Federal o qual estabelece que ninguém será condenado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, estando as referidas súmulas em desacordo com o princípio constitucional, uma vez que os consideram inidôneos independente de instância criminal. Num segundo momento, se discorrer sobre a aplicabilidade e constitucionalidade das Súmulas do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que tratam do impedimento da inscrição nos quadros do órgão aos bacharéis que forem inidôneos por terem praticado violência contra as minorias elencadas nas súmulas e por fim, se modelará uma alternativa de aplicação do impedimento de inscrição nos quadros da OAB de forma que não haja confronto aos princípios estabelecidos pela Constituição Federal, bem como amoldando-se ao princípio da isonomia para que não sejam atingidos apenas os bacharéis envolvidos em casos de violência mas também aqueles que já estão no exercício da função, nos termos do artigo 38, inciso II do Estatuto da Advocacia e da OAB.

Se utilizará como tipo de pesquisa com abordagem indutiva, se valendo de estudo específico e pesquisa qualitativa, por se tratar que se procederá para o levantamento bibliográfico e pesquisa teórica. Assim sendo, a técnica empregada para coleta e análise de dados foi a revisão bibliográfica, especificando em leis, com levantamento de doutrinas especializadas, somando-se a pesquisa em artigos científicos sobre cada tema do objeto de pesquisa. Por derradeiro, vale salientar que, haverá a pesquisa de coleta de jurisprudências sobre o tema.

2. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

440

Preliminarmente, para que se possa entender a importância da aplicação do princípio da presunção de inocência no processo administrativo disciplinar, que definirá se o bacharel em direito se encontra apto a exercer a advocacia faz-se necessário analisar o conceito de justiça no direito brasileiro.

Nader (2016, p. 106) entende que: “A justiça é uma das primeiras verdades que afloram ao espírito. Não é uma idéia inata, mas se manifesta já na infância, quando o ser humano passa a reconhecer o que é seu. A semente do justo se acha presente na consciência dos homens.”

Dessa forma, pode-se entender que a justiça tem relação com a moral de cada indivíduo, assim, observa-se o comportamento do indivíduo e se este se adéqua aquilo que é definido como correto, portanto, caberia a justiça impor o direito de cada indivíduo em conformidade com as condutas por ele praticadas.

Para tanto, objetivando a construção de um processo justo, a Constituição Federal estabelece os princípios constitucionais do processo, dentre eles o Princípio da Presunção de Inocência, o qual é um princípio basilar no ordenamento jurídico brasileiro, consubstanciado no inciso LVII, art. 5º da Constituição Federal objetiva o protecionismo ao acusado, assim: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”.

Na mesma senda, a Convenção Americana de Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário, dispõe o seguinte “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”.

Da mesma forma a Declaração Universal de Direitos Humanos prevê o seguinte:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (DUDH, 1948)

Por esse motivo, o Princípio da Presunção de Inocência visa garantir que seja mantida a condição de inocente do suposto autor até que seja provada sua culpa, vejamos o que preleciona Cordeiro, et al. (2015):

Atualmente, o Princípio da Presunção de Inocência está previsto na Constituição Federal, e tem como objetivo respeitar o estado de inocência em que todo acusado se encontra até que sua sentença transite em julgado definitivamente, um direito humano e fundamental de liberdade e dignidade, que apesar de insistentemente ameaçado por prisões arbitrárias, vem sendo reafirmado e protegido pelo Supremo Tribunal Federal. (CORDEIRO, et al., 2015)

Nesse sentido, entende-se que o princípio da presunção de inocência protege não apenas o direito do acusado garantindo a manutenção do estado de inocência, bem como seus direitos a liberdade e a dignidade, portanto, em se tratando de um direito estabelecido pela Carta Magna, sua aplicação deve ser defendida em todos os casos, seja em instância criminal ou administrativa.

Considerando que o princípio da presunção de inocência tem aplicabilidade também na instância administrativa, uma vez que está previsto na própria Constituição Federal, observa-se o art. 44, inciso I do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados Brasil:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

Conforme estabelecido no dispositivo supramencionado, cabe a Ordem dos Advogados do Brasil institucionalmente a defesa da Constituição Federal bem como os princípios e regras por ela definidos, assim:

Impedir que alguém se inscreva nos quadros da Ordem por falta de idoneidade moral é afirmar que essa pessoa não é inocente aos olhos da Ordem. Entretanto, é justamente a OAB que possui a missão institucional de defender a presunção de inocência. Como podemos defender nos tribunais que a presunção de inocência deve ser respeitada, se não a respeitamos na nossa própria Casa? (MEDEIROS, 2019)

Considerando o dever institucional da OAB de defender a Constituição Federal, não existe a possibilidade de se afastar a aplicabilidade do princípio da presunção de inocência no processo administrativo disciplinar que tramita no conselho competente da Ordem dos Advogados do Brasil, mesmo não se tratando de um processo judicial e sim administrativo, seus objetivos não devem divergir, uma vez que o processo busca pela justiça em todas as instâncias.

Dessa forma, considerando os deveres institucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, na proteção da constituição e dos direitos individuais e coletivos por ela estabelecidos, e sendo o princípio da presunção de inocência uma garantia estabelecida pela Constituição Federal, cabe a OAB suscitar, sobretudo a aplicação do referido princípio não apenas nos processos que tramitem na esfera criminal, bem como principalmente aqueles tramitem na esfera administrativa da instituição.

Ressalta-se que a Constituição Federal, em seu art. 133, estabelece que o advogado é indispensável à administração da Justiça, garantindo a inviolabilidade do profissional por aqueles atos e manifestações executados no exercício da profissão. Desse modo, sabe-se que a atuação do advogado deve estar moldada na incansável busca e realização da Justiça.

Nestes termos, é no mínimo contraditório que o Conselho Federal responsável pelos profissionais os quais foi conferida a missão constitucional de busca pela justiça, de forma a empregar os princípios a ela inerentes, tais como o princípio da presunção de inocência, seja o mesmo conselho responsável por reprimir os direitos do profissional quando se trata do pedido de inscrição inaugural.

3. SÚMULAS SOBRE IMPEDIMENTOS DE INSCRIÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

As Súmulas do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que tratam dos impeditivos aos bacharéis em direito de se inscreverem nos quadros da OAB sob o aspecto da Constituição Federal, no que concerne ao princípio da presunção da inocência, disposto no artigo 5º, LVII. O princípio da presunção da inocência é uma garantia processual dada aos acusados pelas práticas de ilícitos penais, dando-lhe o direito de não ser considerado culpado até que eventual sentença penal condenatória transite em julgado.

O Supremo Tribunal Federal, no ano de 2019 (BRASIL, 2019) decidiu que o “cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos” (STF, 2019), concluindo o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, que foram julgadas procedentes. Nesse contexto, verifica-se que o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal nº 8.906, de 4 de julho de 1994), estabelece em seu artigo 8º, inciso VI, que “para inscrição como advogado é necessário: idoneidade moral”. Também consta na referida legislação que “a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: defender a Constituição”.

Portanto, a prima facie, se “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, da Carta Magna), e o Conselho Federal da OAB já havia editado as Súmulas nº 09, 10 e 11/2019 (em 18 de março as Súmulas nº 09 e 10/2019 e em 10 de junho de 2019 a Súmula nº 11 /2019), seria o caso de adequá-las ao posicionamento dado pela Corte Máxima?

Assim, o presente projeto pretende verificar a pertinência do problema proposto e a viabilidade na especificação e formulação desse problema, conforme será visto abaixo. A Constituição Federal adotou o Princípio da Presunção de Inocência como um dos pilares a serem seguidos pelo ordenamento jurídico, tal princípio tem como objetivo a aplicação da verdadeira justiça. Para se analisar, verifica-se que o texto constitucional: “Art. 5º.[...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória “ (BRASIL, 1988). Assim, presume-se a inocência daquele que for suspeito de práticas criminosas.

No entanto, se observa a formulação e validade das Súmulas nº 09, 10 e 11/2019 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB, 2019) conjuntamente com o Princípio da Presunção de Inocência. Destaca-se o conteúdo das Súmulas in verbis:

O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Proposição n. 49.0000.2019.002283-2/COP, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 18 de março de 2019, editar a Súmula n. 09/2019/COP, com o seguinte enunciado: INIDONEIDADE MORAL. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. ANÁLISE DO CONSELHO SECCIONAL DA OAB. Requisitos para a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Inidoneidade moral. **A prática de violência contra a mulher, assim definida na “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – ‘Convenção de Belém do Pará’ (1994)”, constitui fator apto a demonstrar a ausência de idoneidade moral para a inscrição de bacharel em Direito nos quadros da OAB, independente da instância criminal, assegurado ao Conselho Seccional a análise de cada caso concreto.**

O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Proposição n. 49.0000.2019.002283-2/COP, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 18 de março de 2019, editar a Súmula n. 10/2019/COP, com o seguinte enunciado: INIDONEIDADE MORAL. VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES, IDOSOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA OU MENTAL. ANÁLISE DO

CONSELHO SECCIONAL DA OAB. Requisitos para a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Inidoneidade moral. **A prática de violência contra crianças e adolescentes, idosos e pessoas com deficiência física ou mental constitui fator apto a demonstrar a ausência de idoneidade moral para a inscrição de bacharel em Direito nos quadros da OAB, independente da instância criminal, assegurado ao Conselho Seccional a análise de cada caso concreto.**

O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Proposição n. 49.0000.2019.003152-3/COP, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 10 de junho de 2019, editar a Súmula n. 11/2019/COP, com o seguinte enunciado: INIDONEIDADE MORAL. VIOLÊNCIA CONTRA PESSOA LGBTI+. ANÁLISE DO CONSELHO SECCIONAL DA OAB. Requisitos para a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Inidoneidade moral. **A prática de violência contra pessoas LGBTI+, em razão da Orientação Sexual, Identidade de Gênero e Expressão de Gênero, constitui fator apto a demonstrar a ausência de idoneidade moral para inscrição de bacharel em Direito nos quadros da OAB, independente da instância criminal, assegurado ao Conselho Seccional a análise de cada caso concreto.**

As referidas súmulas estabelecem que serão considerados inidôneos os bacharéis em direito que tenham praticado violência contra: mulheres; crianças; adolescentes; idosos; pessoas com deficiências físicas ou mentais e pessoas LGBTI+, dessa forma, estarão impedidos de se inscrever nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

A pena é uma resposta do estado ao sujeito que comete uma infração penal, sendo necessário compreender que o poder de punir do Estado não é absoluto, não devendo em hipótese alguma essa punição ferir princípios constitucionais. Destaca-se que a pena, possui finalidades, sendo elas: preventiva; reeducativa e retributiva.

Posto isso, a aplicabilidade das súmulas ora analisadas deve ser feita conjuntamente ao texto constitucional, sobretudo ao dispositivo que estabelece o princípio da presunção de inocência, devendo ser analisada, inclusive, a finalidade atribuída a sanção imposta pelas Súmulas ora tratadas, bem como sua forma de aplicação.

Considerando que trata-se de uma proteção aqueles que são considerados as partes vulneráveis de uma relação, seja ela familiar ou não, e analisando a sanção imposta ao agressor pelas súmulas ora analisadas, podemos perceber que a finalidade é tanto preventiva quanto retributiva, vez que tem o escopo de inibir a prática de tais violências, bem como retribuir o mal praticado contra os indivíduos protegidos.

Assim, o agressor será impedido de realizar a sua inscrição, visto que a prática de determinadas violências o tornam inidôneos, requisito indispensável para o ingresso nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Faz-se necessário então, entender o conceito do que é idôneo tanto no Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil, bem como na doutrina, veja-se então, o dispositivo correspondente a ausência de idoneidade do bacharel em direito conforme dispõe o art. 8º do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/1994):

Art. 8º. Para inscrição como advogado é necessário:

[...]

VI – idoneidade moral;

[...]

§3º. A inidoneidade moral, suscitada por qualquer pessoa, deve ser declarada mediante decisão que obtenha no mínimo dois terços dos votos de todos os membros do conselho competente, em procedimento que observe os termos do processo disciplinar.

§4º. Não atende o requisito da idoneidade moral aquele que tiver sido condenado por crime infamante, salvo reabilitação judicial.

A idoneidade moral suscitada pelo dispositivo supracitado é um dos requisitos para inscrição do bacharel em direito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, percebe-se que a idoneidade moral é essencial para a manutenção do caráter estimado do profissional da advocacia uma vez que a conduta idônea está ligada a moral do indivíduo. Assim, a moral do indivíduo dá a ele a capacidade de discernimento do “bem” e do “mal”, é por esse motivo que a idoneidade moral tem caráter subjetivo e de difícil conceituação.

Segundo o Estatuto da OAB a conduta inidônea não é compatível com a atividade da advocacia, Alano (2020) entende que “não há um conceito de idoneidade moral e inidoneidade moral, visto que cada caso terá que ser apreciado detalhadamente pelo conselho competente, ou seja, faz-se necessária uma análise justa da conduta, bem como da pessoa requerente à inscrição.”, dessa forma tais condutas causariam desprestígio aos profissionais.

Ainda em análise as súmulas aqui apresentadas, devemos observar a complexidade da declaração de inidoneidade, vez que o estatuto estabelece a utilização de procedimento especial, qual seja, um processo disciplinar o qual deve obedecer a um quórum de dois terços dos votos dos membros do conselho competente.

Levando em consideração a subjetividade do conceito do que é idôneo, a declaração de que determinado indivíduo não possui idoneidade moral para se inscrever como advogado deve ser cuidadosamente analisada.

Tem-se ainda, o crime infamante, que tal como inidoneidade moral fere a honra daquele que o praticou, encontram previsão no art. 34, inciso XXVIII do Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil, o qual estabelece o crime infamante no rol das infrações disciplinares. O § 4º do art. 8º do referido estatuto prevê ainda que aquele que tiver sido condenado por crime infamante, não preenche o requisito da idoneidade moral, salvo nos casos de reabilitação judicial.

Assim, considerando que o crime infamante não é uma conduta específica, mas que está ligado a prática de condutas que causam desprestígio ao exercício da profissão, percebemos que da mesma forma que a inidoneidade moral o crime infamante é de difícil conceituação, dada a sua subjetividade, vez que a própria legislação não define quais condutas são consideradas crimes infamantes.

Alano (2020) entende que “a violência perpetrada contra a mulher nos moldes da LMP, para ser considerada crime infamante, deverá macular a advocacia e atingir a boa fama do requerente a inscrição.”, portanto, da mesma forma que a violência deve ser considerada crime infamante, quaisquer violência praticada contra os indivíduos protegidos pelas demais súmulas também deve ser considerado crime infamante, sujeito a declaração de inidoneidade, conforme demonstrado no § 4º do art. 8º do EAOAB.

As súmulas estabelecem que tal declaração “independe de instância criminal”, ou seja, se determinado caso estiver sub judice tanto na esfera criminal quanto na esfera administrativa, é possível que haja decisões divergentes.

Deste modo, faz-se necessário a análise do princípio da independência entres as instâncias, segundo o qual a análise de uma conduta considerada ilícita pode tramitar em diferentes esferas, sem que uma exerça influência sobre a outra.

No entendimento de Gomes (2011):

Uma conduta pode ser classificada ao mesmo tempo como ilícito penal, civil e administrativo. Nesse caso poderá ocorrer a condenação em todas as esferas ou não, ou seja, na ação civil poderá ser condenado e na ação penal absolvido, pois vale a regra da independência e autonomia entre as instâncias.

Contudo, deve se observar que embora haja independência entre as instâncias, penal e administrativa, como no caso ora analisado, os processos devem tramitar segundo os preceitos

constitucionais não devendo contrapor a norma hierarquicamente superior, qual seja, a Constituição Federal, bem como os princípios por ela estabelecidos.

Dessa forma, pode-se exemplificar situações em que o princípio da independência entre as instancias não pode ser aplicado de forma absoluta, o art. 126 da Lei nº 8.112/1990 prevê que nos casos em que a absolvição criminal de servidor negar a existência do fato ou a sua autoria, a responsabilidade administrativa do mesmo deverá ser afastada, neste caso, a instância administrativa estará vinculada a decisão exarada na instância criminal.

Da mesma maneira, a lei de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019), além de reforçar o princípio da independência entre as instâncias, trouxe exceções a ele, a exemplo do art. 7º do referido dispositivo legal, ao estabelecer que: “As responsabilidades civil e administrativa são independentes da criminal, não se podendo mais questionar sobre a existência ou a autoria do fato quando essas questões tenham sido decididas no juízo criminal.”.

Assim, percebemos que a lei de abuso de autoridade trouxe mais uma exceção ao princípio da independência entre as instâncias, na leitura do caput do art. 8º, vejamos:

Art. 8º. Faz coisa julgada em âmbito cível, assim como no administrativo-disciplinar, a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento d

e dever legal ou no exercício regular de direito.

Dessa forma, as decisões de instâncias distintas, embora independentes e autônomas entre si, em determinados casos específicos deverão estar em harmonia, principalmente aquelas nas quais estiverem sob análise condutas tipificadas pelo Código Penal Brasileiro, de forma que a independência entre as instâncias desde uma instância não assuma a competência de outra, assim, se o indivíduo provou sua inocência na esfera criminal não estando presentes os requisitos de existência do fato ou autoria, não poderá ser considerado culpado na esfera administrativa.

Tem-se ainda, a possibilidade de declaração de inidoneidade após o deferimento da inscrição como advogado, nessa hipótese o profissional encontra-se em pleno exercício da profissão, portanto, serão analisadas aquelas condutas praticadas pelo então advogado.

Ressalta-se que, o procedimento necessário a declaração de inidoneidade moral dos inscritos nos quadros da ordem, é o mesmo aplicado aqueles que pleiteiam a inscrição inaugural, devendo ser declarada mediante decisão com no mínimo dois terços dos votos de todos os membros do conselho competente, em procedimento que observe os termos do processo disciplinar.

No entanto, no que diz respeito à inidoneidade moral, o Estatuto da OAB pune com exclusão aqueles advogados que incidirem nas condutas elencadas nos incisos XXVI a XXVIII do art. 34, dentre elas estão: tornar-se moralmente inidôneo para o exercício da advocacia e a prática de crime infamante.

Para tanto, faz-se necessária a manifestação favorável de dois terços dos membros do Conselho Seccional competente, conforme estabelece o parágrafo único do art. 38, do Estatuto da OAB, tal dispositivo constitui uma garantia ao profissional acusado de descumprir o requisito estabelecido da idoneidade moral, assegurando a aplicação do princípio da presunção de inocência.

Portanto, as infrações disciplinares elencadas no art. 34 do Estatuto da OAB devem ser precedidas de instauração de processo ético disciplinar, levando-se em consideração o princípio da independência entre as instâncias a decisão tomada pelo conselho competente pode ser divergente daquela exarada no juízo criminal.

No entanto, a autonomia da seara administrativa deve ser relativizada, sobretudo naqueles casos nos quais forem analisados fatos tipificados pelo Direito Penal como aqueles abordados pelas súmulas ora analisadas.

Tem-se ainda, os crimes infamantes, que tal como inidoneidade moral ferem a honra daquele que o praticou, encontram previsão no art. 34, inciso XXVIII do Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil, o qual estabelece o crime infamante no rol das infrações disciplinares. O art. 8º do referido estatuto prevê ainda que aquele que tiver sido condenado por crime infamante, não preenche o requisito da idoneidade moral, salvo nos casos de reabilitação judicial.

Assim, considerando que o crime infamante não é uma conduta específica, mas que está ligado a prática de condutas que causam desprestígio ao exercício da profissão, percebe-se que da mesma forma que a inidoneidade moral o crime infamante é de difícil conceituação, dada a sua subjetividade, vez que a própria legislação não define quais condutas são consideradas crimes infamantes.

Alano (2020) entende que “a violência perpetrada contra a mulher nos moldes da LMP, para ser considerada crime infamante, deverá macular a advocacia e atingir a boa fama do requerente a inscrição.”, portanto, da mesma forma que a violência deve ser considerada crime infamante, quaisquer violência praticada contra os indivíduos protegidos pelas demais súmulas também deve ser considerado crime infamante.

4. INFLUÊNCIA EXTERNA NO PROCESSO DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE MORAL DO PROFISSIONAL DO DIREITO

Outro ponto importante a ser analisando é o atual contexto de virtualização da sociedade é impossível não observar que com o avanço da tecnologia e o advento da internet as informações chegam cada vez mais rápido as pessoas, por esse motivo é necessário analisar o tipo de influência que as informações divulgadas nos meios de comunicação exercem sobre diversos casos judiciais no Brasil.

É importante frisar que a mídia divulga diversas notícias com o objetivo de atrair público, e o público em um Brasil no qual as visualizações e a audiência trazem lucro, faz surgir um jornalismo sensacionalista empenhado em transmitir a verdade que trouxer maior número de telespectadores, comprometendo a opinião daqueles que irão receber tais notícias.

Deste modo, vê-se bastante a divulgação de pessoas suspeitas de cometer algum ilícito penal no qual tramita apenas inquérito policial, aparecendo nos telejornais como se já estivessem condenados, mostrando uma realidade distorcida, esse tipo de posicionamento causa transtorno as partes do processo uma vez que sociedade influenciada pela mídia acaba decidindo o futuro de um indivíduo, por vezes influenciando o júri e o juiz.

Assim entende Budó (2005):

O juiz, apesar de sua formação para abstrair questões externas ao processo no momento de julgar, é um ser humano que vive em sociedade. Assim, o questionamento que se faz é se, com a insistência midiática em fazer de um suspeito ou acusado, culpado, pode-se influenciar juízes e jurados na emissão de suas decisões e julgamentos. Isto parece ainda mais concreto quando se observa a divulgação extremada dos atos de investigação, que deveriam ser sigilosos, e a exposição de provas obtidas por meios ilícitos pela mídia.

Da mesma forma que notícias distorcidas e infundadas podem influenciar decisões na instância criminal, o mesmo pode ocorrer na instância administrativa, é por esse motivo que nas decisões das quais forem objeto a declaração de inidoneidade de bacharel em direito, deve haver a primazia pela aplicação do princípio de presunção de inocência de modo que o conselho competente possa emitir a decisão mais imparcial possível.

Assim, conforme podemos analisar em diversos casos ocorridos no Brasil com o passar dos anos, mesmo quando a internet não era tão presente quanto na atualidade, predominando o jornalismo televisivo ou impresso, havia interferência principalmente pelo clamor público, o qual segue sendo influenciado por uma abordagem jornalística impositiva.

5. ALTERNATIVA DE APLICAÇÃO DO IMPEDIMENTO DE INSCRIÇÃO NOS QUADROS DA OAB

Faz-se mister destacar que as sanções disciplinares estabelecidas na Lei nº 8.906/2006 são aquelas atinentes a conduta do advogado, assim, se a conduta do profissional for considerada incompatível com o exercício da profissão, esta será passível de uma punição, dentre aquelas definidas no EAOAB.

No que tange aos bacharéis que forem considerados inidôneos, as súmulas ora analisadas definem que a prática de violência contra as minorias protegidas pelas referidas súmulas, demonstra ausência de idoneidade impedindo a efetivação da inscrição dos bacharéis nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Dessa forma, faz-se necessário analisar as sanções disciplinares elencadas na Lei nº 8.906/2006 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), bem como as situações nas quais elas são aplicadas aos advogados.

As sanções disciplinares encontram previsão no art. 35 do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, sendo elas: censura: suspensão, exclusão e multa. Sendo definido no parágrafo único do referido dispositivo que após o trânsito em julgado da decisão as sanções devem constar nos assentamentos do inscrito, devendo ser objeto de publicidade, com a exceção a censura que é registrada nos assentamentos do inscrito.

A censura é a sanção mais branda, e, portanto aplicada aquelas infrações menos graves tais como aquelas definidas do inciso I ao XVI e XXIX do art. 34, do EAOAB, bem como a violação a preceito do Código de Ética e Disciplina e violação a preceito do EAOAB, quando para a infração não se tenha estabelecido sanção mais grave. Ainda nas sanções mais brandas, o art. 40 do EAOAB prevê a advertência, sendo uma alternativa a censura, não é publicada, no entanto não consta nos assentamentos do inscrito, mas em ofício reservado e de conhecimento apenas da OAB, assim não pode ser considerada para fins de primariedade.

A suspensão encontra guarida no art. 37 do EAOAB, e é aplicada aquelas infrações definidas nos incisos XVII a XXV do art. 34 do Estatuto, bem como nos casos de reincidência, impede o exercício da advocacia no território nacional pelo prazo de 30 dias a 12 meses.

A exclusão é a sanção mais grave prevista no Estatuto da OAB, tem previsão no art. 38 do EAOAB, aplicável as infrações elencadas nos incisos XXVI a XXVIII do art. 34 do EAOAB e após a aplicação de suspensão por três vezes, em razão da gravidade da sanção, o estatuto exige a aprovação de dois terços dos membros do Conselho Seccional competente.

A multa está prevista no art. 39 do EAOAB, é aplicada apenas de forma cumulativa não podendo ser aplicada de forma isolada, portanto, é uma sanção agravante, o valor da multa corresponderá ao valor de uma anuidade e o máximo de seu décuplo.

Após análise das sanções disciplinares estabelecidas no Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil, podemos depreender que o Conselho Federal é responsável pela aplicação das sanções disciplinares aqueles que compuserem a ordem, sejam advogados ou estagiários, conforme interpretação do §6º, do art. 77, da Lei nº 13.105/2015:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

[...]

§ 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, **devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará. (grifo nosso)**

Em análise ao dispositivo supramencionado, Reche (2017) entende que:

a Ordem dos Advogados do Brasil somente pode aplicar penalizações a aqueles que inscritos como advogados ou estagiários, ou seja, não pode atribuir infrações disciplinares aos não inscritos, sendo que neste caso, deverá comunicar as autoridades que competentes para que as apurações necessárias sejam realizadas.

Portanto, após análise do dispositivo supramencionado, podemos novamente concluir que a decisão de impedir o bacharel em direito de realizar sua inscrição nos quadros da OAB não deve ser efetuada através da seara administrativa, considerando que as sanções disciplinares são dirigidas aqueles que já realizaram sua inscrição, não podendo ser estendida aquele que ainda não é inscrito.

Isto posto, a alternativa observada é a vinculação do processo administrativo disciplinar a decisão proferida na instância criminal, logo, haveria a flexibilização do princípio da independência entre as instancias, para dessa forma não haja decisões divergentes na apuração do mesmo caso em diferentes instâncias, havendo ainda a aplicação do princípio da presunção de inocência uma vez que a vinculação das decisões reforça a idéia de que o acusado terá acesso a um processo justo e livre de vícios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo busca descrever a forma de aplicação das Súmulas n. 09, 10 e 11/2019 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB, 2019), vez que têm como fim a proteção dos indivíduos que se encontram em situação de vulnerabilidade, e o caráter preventivo e retributivo da pena ao agressor.

Cumprе salientar que foram encontradas controvérsias, onde de um lado tem-se a rígida aplicação das súmulas ora analisadas, relativizando o princípio constitucional da presunção de inocência, e de outro lado a presunção de inocência se sobressai ao princípio da independência entre as instâncias.

Assim, a declaração de inidoneidade realizada pelo conselho competente deve estar vinculada a decisão exarada pela instância criminal, não havendo hipótese da decisão emitida pela instância administrativa divergir daquela competente para julgar as condutas tipificadas pelo Código Penal Brasileiro.

Ficou demonstrado que dada a complexidade da declaração de inidoneidade do bacharel em direito, esta exige que os procedimentos e normas estabelecidos na Constituição Federal relacionados a respeitabilidade do processo e principalmente a efetivação dos direitos do acusado deve ser seguida com rigidez.

Não se pretende afirmar que as súmulas ora pesquisadas ferem a Constituição Federal, porém sua forma de aplicação pode contrapor os princípios e normas do processo por ela estabelecidos, se não levados em consideração, ressalta-se ainda que a existência das súmulas no atual contexto evolutivo da sociedade mostra o propósito da Ordem dos Advogados do Brasil na consistente busca pela proteção do indivíduo e dos princípios fundamentais estabelecidos pela Carta Magna.

Constata-se ainda, a proteção aos próprios profissionais que exercem a advocacia visto que a prática de determinadas condutas por alguns profissionais, gera descrédito não apenas ao profissional responsável, mas para todos os profissionais que lutam pela valorização do profissional da advocacia, por este motivo a OAB ao editar tais súmulas visa impedir a inscrição de futuros profissionais que possam trazer a inidoneidade para os demais profissionais.

Portanto, após o presente estudo depreendeu-se que a efetivação do princípio constitucional da presunção da inocência está ligada a relativização do princípio da independência entre as instâncias, em virtude de haver a necessidade de vinculação da decisão proferida no juízo criminal ao processo administrativo disciplinar.

REFERÊNCIAS

ALANO, M. S. Possibilidade de inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e inidoneidade moral em razão de violência contra mulher. **Âmbito jurídico** mar. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/possibilidade-de-inscricao-nos-quadros-da-ordem-dos-advogados-do-brasil-oab-e-inidoneidade-moral-em-razao-de-violencia-contramulher/#_ftn1>. Acesso em: 21 de jun. 2020.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do**. Congresso Nacional, Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abril 2020.

_____, **Convenção Americana sobre Direitos Humanos da**. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 21 jun. 2020.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dez. de 1940**. Institui o Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 06 mar. 2020.

_____. **Declaração Universal de Direitos Humanos da**. ONU, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 21 jun. 2020.

_____. **Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994**. Institui o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 06 mar. 2020.

_____. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2019**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 set. 2020.

_____. **Lei n. 13.869, de 05 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm>. Acesso em: 23 jun. 2020.

_____. Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Súmula n. 09/2019/COP.** Inscrição. Inidoneidade Moral. Violência contra a Mulher. Análise do Conselho Seccional da OAB. Diário Oficial da União, Brasília, 07 de julho 2018. Seção 1, p. 129.

_____. Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Súmula n. 10/2019/COP.** Inscrição. Inidoneidade Moral. Violência contra Crianças e Adolescentes, Idosos e Pessoas com Deficiência Física e Mental. Análise do Conselho Seccional da OAB. Diário Eletrônico da Ordem dos Advogados do Brasil, Brasília, 21 de março 2019. pp. 3/4.

_____. Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Súmula n. 10/2019/COP.** Inscrição. Inidoneidade Moral. Violência contra Pessoa LGBTI+. Análise do Conselho Seccional da OAB. Diário Eletrônico da Ordem dos Advogados do Brasil, Brasília, 12 de junho 2019. p. 01.

BUDÓ, M. D. O jornalismo e os julgamentos: uma abordagem acerca da possibilidade de influência da mídia em decisões judiciais. **Intercom.** 2005. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2005/resumos/R1213-1.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2020.

CORDEIRO, T. L. C. et al. Princípio da Presunção de Inocência. **JUS.** set. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42932/principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 21 de jun. 2020.

GOMES, L. F. O que se entende por independência das instâncias administrativa, civil e criminal? **JUS Brasil.** jan. 2011. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2544395/o-que-se-entende-por-independencia-das-instancias-administrativas-civil-e-criminal>>. Acesso em: 23 de jun. 2020.

MEDEIROS, F. R. **As novas súmulas da OAB sobre idoneidade moral e a presunção de inocência.** 2019. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/705584832/as-novas-sumulas-da-oab-sobre-idoneidade-moral-e-a-presuncao-de-inocencia#:~:text=As%20novas%20S%C3%BAmulas%20da%20OAB%20sobre%20idoneidade%20moral%20e%20a%20presun%C3%A7%C3%A3o%20de%20inoc%C3%Aancia,-5&text=No%20dia%2018%20de%20mar%C3%A7o,moral%20para%20inscri%C3%A7%C3%A3o%20na%20Ordem.&text=Inidoneidade%20moral.>>. Acesso em: 21 de jun. 2020.

NADER, P. **Introdução ao Estudo do Direito.** 38.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RECHE, C. P. F. Responsabilidade Disciplinar no Exercício da Advocacia. **Âmbito Jurídico.** 2017. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/responsabilidade-disciplinar-no-exercicio-da-advocacia/>>. Acesso em 30 de set. 2020.

STF. **STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos.** 2019. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>>.
Acesso em: 06 de mar. 2020.

DIREITO PENAL COMPARADO: A LAVAGEM DE DINHEIRO NA TRÍPLICE FRONTEIRA AMAZÔNICA

COMPARED CRIMINAL LAW: MONEY LAUNDERING AT THE AMAZON BORDER TRIPLE

Andres Juan Pablo Silva Sanchez
Jefferson Rodrigues de Quadros

456

RESUMO

A dimensão dos impactos da lavagem de dinheiro na região da tríplice fronteira amazônica urbana, compartilhada entre Brasil, Colômbia e Perú, em especial, entre as cidades de Tabatinga/BR, Leticia/CO e Ilha de Santa Rosa/PE, respectivamente, constitui um fenômeno socioeconômico complexo, cujas causas e consequências relacionam-se à criminalidade organizada transnacional; merecendo, portanto, contínua e constante avaliação acerca da efetividade das políticas criminais na região. Dada tal contextualização, o presente artigo tem como objetivo analisar, em sede de direito comparado, os instrumentos jurídicos destinados à prevenção e repressão ao crime de lavagem de dinheiro estabelecidos pelos referidos países para efeito de provocar uma reflexão acerca da efetividade das políticas criminais adotadas na região da tríplice fronteira amazônica urbana. A título metodológico empregou-se o método descritivo e indutivo, amparados pela investigação doutrinária e pelo ordenamento jurídico brasileiro, colombiano e peruano.

Palavras-chaves: Lavagem de dinheiro. Tríplice fronteira amazônica urbana. Aspectos criminológicos. Cooperação internacional.

ABSTRACT

The scale of the impacts of money laundering in the triple urban Amazonian border region, shared between Brazil, Colombia and Peru, in particular, between the cities of Tabatinga / BR, Leticia / CO and Ilha de Santa Rosa / PE, respectively, constitutes a complex socioeconomic phenomenon, the causes and consequences of which are related to transnational organized crime; therefore deserving a continuous and constant assessment of the effectiveness of criminal policies in the region. Given this context, this article aims to analyze, in terms of comparative law, the legal instruments intended for the prevention and repression of the crime of money laundering established by the referred countries for the purpose of provoking a reflection on the effectiveness of the criminal policies adopted in the region of the triple urban Amazonian frontier. Methodologically, the descriptive and inductive method was used, supported by the doctrinal investigation and by the Brazilian, Colombian and Peru legal system.

Keywords: Money laundering. Criminological aspects. International cooperation.

INTRODUÇÃO

Enquanto região longínqua dos principais centros urbanos e demográficos amazônicos, as cidades situadas no cerne da tríplice fronteira amazônica compartilhada entre Brasil, Colômbia e Peru, especificamente, Tabatinga/BR, Leticia/CO e a Ilha de Santa Rosa/PE, constituem ambiente estratégico e logisticamente fértil para a prática do delito de lavagem de dinheiro. Diversos são os fatores que contribuem para tais debilidades, os quais não se pretende aqui esgotar, porém, passível de identificação alguns: vulnerabilidades relativas à presença estatal; facilidades logísticas de trânsito e escoamento de drogas; as atividades ilícitas de garimpagem de ouro; a extração ilegal de madeira, bem como a corrupção.

Não obstante, o Brasil, a Colômbia e o Peru assumirem compromissos internacionais, bem como disporem de legislações específicas quanto à prevenção e repressão do delito de lavagem de dinheiro, no plano da efetividade, sobretudo, nas aludidas cidades, observam-se debilidades funcionais que remetem à necessidade de revisitação das políticas criminais adotadas, verdadeira vulnerabilidade.

Diante de tal contexto e tendo como âmbito geográfico de investigação a tríplice fronteira amazônica urbana, o objetivo do presente artigo consiste em analisar, sob o viés do direito comparado, o aparato jurídico brasileiro, colombiano e peruano, destinados à prevenção e repressão ao crime de lavagem de dinheiro com o intuito de provocar uma reflexão acerca da efetividade das políticas criminais adotadas na aludida região amazônica.

Quanto à estrutura, o artigo está dividido em quatro partes: inicialmente, de maneira sucinta, discorre-se acerca da região de estudo, enfatizando o cenário socioeconômico e criminológico na qual está inserida; em seguida, perfaz-se uma abordagem sobre a terminologia “lavagem de dinheiro”, apreciando as suas fontes normativas, aspectos criminológicos, teorias, bem como a sua participação no contexto do crime organizado transnacional

Na terceira parte, são apresentadas as normas específicas que tratam sobre a lavagem de dinheiro entre os países que compartilham a região da tríplice fronteira amazônica, os órgãos regulamentadores e de apoio técnico para investigação, bem como a tendência internacional de prevenção e repressão à lavagem de ativos com o uso de normas convencionais e grupos de atuação.

Na quarta parte, dispensa-se atenção ao princípio da cooperação internacional como medida preventiva e repressiva para o enfrentamento do crime de lavagem de dinheiro, destacando o papel desempenhado pelas entidades intergovernamentais no sentido de promover o desenvolvimento de políticas públicas que tornem as medidas de prevenção e repressão à lavagem de ativos um trabalho periódico e constante; por derradeiro, em sede de considerações finais, e considerando a fundamentação dispensada em todas as seções anteriores, permite-se tecer uma leitura do atual contexto acerca da efetividade das políticas criminais adotadas na aludida região amazônica para prevenir e reprimir o crime de lavagem de dinheiro.

A metodologia utilizada pautou-se em uma abordagem descritiva e indutiva, consubstanciadas na doutrina específica e nos ordenamentos jurídicos dos países que compartilham a tríplice fronteira amazônica.

1. TRÍPLICE FRONTEIRA AMAZÔNICA URBANA

A região da tríplice fronteira amazônica entre as cidades de Tabatinga (BR), Letícia (CO) e Santa Rosa (PE), é dividida pelo Rio Solimões, sendo este o principal itinerário da região. A inexpressiva fiscalização neste trajeto propicia a livre circulação de barcos que realizam diariamente o transporte de pessoas, mercadorias, drogas, armas, e até mesmo dinheiro. As cidades de Tabatinga e Letícia são consideradas “cidades gêmeas” pela proximidade entre si, o que torna cristalino a dificuldade em prevenir e reprimir diversas atividades ilegais.

A proximidade entre as cidades vizinhas torna evidente uma realidade paralela vivida entre as fronteiras. Observe que, conquanto o Brasil considere jogos de azar uma atividade ilegal, na região de Letícia (CO), por exemplo, ambientes como cassinos são uma opção de entretenimento. Na região do Peru, o cultivo da folha de coca é comum, e a destinação é muitas das vezes ilícita.

Embora os três Estados pactuem das mesmas normas convencionais, possuam os mesmos órgãos reguladores, participem de entidades intergovernamentais, e sejam signatários de normas convencionais que preconizam o combate à atividade delituosa, tornam-se frágeis e vulneráveis dadas às dimensões territoriais da aludida região.

Os danos causados pelo crime de “lavagem de dinheiro” são incalculáveis e de proporções inimagináveis. O aumento da corrupção, do comércio de drogas, da

proliferação de armas e do terrorismo são problemáticas ocasionadas com o auxílio permanente de crimes de cunho econômico.

A troca de informações nessa modalidade de crime é fundamental, devendo ser constante para o efetivo desempenho da persecução penal. O dever de cooperar impõe medidas que viabilizem a troca de informações, de rastreamento, confisco, e etc. O que se vê é que não há uma iniciativa nesse sentido, por outro lado, a criminalidade organizada vale-se de conexões, contatos e relações internacionais para a realização das empreitadas ilegais.

2. DA LAVAGEM DE DINHEIRO

Diversas doutrinas divergem quanto à origem da expressão “lavagem de dinheiro”, entretanto, a maioria dos estudos aponta que tal expressão teria sido empregada na cidade de Illinois, na primeira metade do século XX, como “money laundering”, uma referência as aquisições de lavanderias pelo grupo mafioso chefiado por Al capone. Nesse passo, é importante destacar que a organização criminosa valia-se de diversas lavanderias de roupas e carros no Estado de Chicago como forma de dissimular o dinheiro advindo da venda proibida de bebidas alcoólicas, nos Estados Unidos.

De acordo com Badaró e Bottini (2013), a expressão teria sido usada pela primeira vez em um processo judicial nos Estados Unidos em meados de 1982, e desde então passou a fazer parte das ciências criminais econômicas.

Jordan (1999), explica que antes, nos Estados Unidos, a lavagem de dinheiro era um processo relativamente simples, bastavam que fossem realizados grandes depósitos em espécie nos bancos. Contudo, com a evolução das leis que regulamentavam tais depósitos, a lavagem do dinheiro “sujo” começou a ser realizada em instituições financeiras localizadas fora do território americano, em países com a regulamentação financeira menos rigorosa. Note que ao primeiro passo de enfrentamento a atividade ilícita, os agentes criminosos buscaram novos meios para realizar a prática fraudulenta, valendo-se de entidades financeiras muitas vezes situadas na região do México.

Pela natureza de cunho financeiro, a atividade ilícita é considerada uma prática intermediária, entretanto, essencial e fundamental para as empreitadas criminosas transnacionais, uma vez que é praticada com o intuito de dissimular a natureza, origem de valores provenientes, direta ou indiretamente de outras infrações penais, como por

exemplo: o dinheiro advindo do tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, do tráfico de armas, do terrorismo, da exploração sexual, contrabando, corrupção entre outras infrações penais, até mesmo famosos jogos de azar, capazes de movimentar vultosas quantias em espécie.

Como se observa tal atividade é um fenômeno criminológico típico da sociedade pós-industrial, voltado principalmente a ocultar produtos de outras infrações penais, característica dos crimes na era da globalização econômica.

Para Callegari (2003), o bem jurídico tutelado neste tipo de crime financeiro é a ordem socioeconômica, ainda que outros bens possam ser protegidos indiretamente pela lei brasileira. Atualmente essa é a posição majoritária das demais doutrinas.

Prado (2004) conceitua a ordem econômica como a regulação jurídica da intervenção do Estado na economia. Ou seja, a regulação jurídica da produção, da distribuição e do consumo de bens e serviços.

2.1. CONCEITO E AS CARACTERÍSTICAS DO CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL

O art. 3º, parágrafo 2º, do decreto n. 5.687/2006 que promulgou a Convenção das Nações Unidas declara expressamente que:

“(...) um crime será considerado como transnacional se for: consumado em mais de um Estado; consumado em Estado, mas substancialmente planejado, preparado, controlado ou dirigido a partir de outro Estado; consumado dentro de um Estado por uma organização criminosa dedicada a cometer ilícitos penais em mais de um Estado; consumado em um Estado, mas com efeitos produzidos, em sua maior parte em outro território”.

Dessa forma, sob a tutela regulamentar da ONU, a Convenção de “Palermo” aduziu que, para qualquer delito que repercuta em mais de um Estado deve-se empregar a locução “crime transnacional”. Uma forma de uniformizar e instrumentalizar as entidades responsáveis pela persecução penal ao combate à atividade delituosa.

De acordo com Saldarriaga (1998), o crime organizado é uma atividade coletiva, caracterizada pela hierarquia, com atuação atividades econômicas, com destaque para os empreendimentos mercantis. Com o efeito da globalização as fronteiras ficaram menores propiciando uma rede internacional, configurando a transnacionalidade da atividade.

Nesse sentido, Costa (2003), afirma que a criminalidade econômica que atuava nos limites territoriais dos Estados nacionais, ao dar-se conta de que vivia em um mercado mundial, se expandiu, se internacionalizou, se mundializou.

A característica transnacional do crime, em especial a prática de lavagem de dinheiro pressupõe uma a necessidade de uma cooperação internacional entre os países envolvidos para combater tal delito com adoção de medidas efetivas, consubstanciadas em políticas públicas internacionais de prevenção e repressão.

Com base nessas constatações, o professor Silva Sánchez (2002), aduz que o objetivo fundamental do direito penal na era da globalização deve ser em concentrar esforços proporcionando respostas uniformes, ou, ao menos harmônicas à delinquência transnacional.

2.2. TEORIA DA “CEGUEIRA DELIBERADA” E SUA APLICAÇÃO NOS TRIBUNAIS EM RELAÇÃO À LAVAGEM DE ATIVOS

De acordo com as lições de Callegari (2017), a teoria da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*) ou *conscious avoidance doctrine* (evitar a consciência), se refere ao avestruz que esconde sua cabeça no chão, ou, por outro lado, a pessoa que evita a própria consciência.

Comumente utilizada pelos tribunais, tal teoria possibilitou construir uma ponte para a aplicação do chamado *dolo eventual*, elemento subjetivo na conduta do agente.

Como já fora suscitado, a lavagem de dinheiro é uma atividade que admite o chamado *dolo eventual* “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” (art. 18, I, do Código Penal Brasileiro). Conforme ensina Zaffaroni (1997), aqui não há uma aceitação do resultado como tal, e sim sua aceitação como possibilidade, como probabilidade. A indiferença do agente em relação ao ato delituoso é, pois, equivalente ao instituto jurídico denominado “*dolo eventual*”.

De acordo com Bottini e Badaró, estes sustentam que ainda que se afirme o *dolo eventual* exige-se suspeita razoável da procedência dos recursos financeiros visando evitar riscos e insegurança para aqueles que operam recursos alheios, como os bancos.

A teoria da cegueira deliberada é uma exteriorização daquilo que a Convenção de Palermo convencionou com seus signatários, prevenir e reprimir a prática da lavagem de

dinheiro de modo que reproduza um sistema internacional de cooperação entre os Estados-membros, Brasil, Peru, Colômbia e demais signatários.

3. LAVAGEM DE DINHEIRO NO DIREITO COMPARADO: BRASIL, COLÔMBIA E PERÚ.

Com base no direito comprado esta seção irá dispensar atenção às legislações específicas de cada região da tríplice fronteira, bem como aos órgãos reguladores financeiros.

462

3.1 BRASIL

Primeiramente, é importante apontar que a infração penal foi criminalizada pelos legisladores brasileiros em meados dos anos 80, através da lei n. 9.613/88. Não bastasse a criminalização da conduta a lei também buscou implantar uma Unidade de Inteligência Financeira (antigo COAF), com a finalidade de prevenir e reprimir referida atividade ilegal.

De forma sucinta, faz-se necessário salientar que a legislação penal estabeleceu regras ao órgão regulador, tais como: aplicar sanções administrativas, receber, examinar, e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas, sem o prejuízo da apreciação por outros órgãos e entidades intergovernamentais, conforme disciplina a norma.

Tais órgãos regulamentadores mostram-se essenciais para o pleno exercício da lei, é por meio destas agências que as atividades de repressão e prevenção são realizadas, diversas vezes com o auxílio entidades intergovernamentais, conforme já fora suscitado.

Ainda sob a égide da lei 9.613/88, o legislador pátrio teria optado pela especificação dos crimes que seriam antecedentes a prática delituosa de lavagem de dinheiro, ou seja, estabeleceu-se um rol taxativo na lei para que a conduta de lavagem de dinheiro viesse a ser imputada alguém.

À época da criação da lei, observou-se uma verdadeira lacuna no que dizia respeito ao rol de crimes antecedentes, o que propiciava verdadeira insegurança na aplicação da norma, uma vez que a conduta de lavagem de dinheiro deveria estar condicionada ao rol de crimes já estabelecidos na lei de 1988.

Passados seis anos, no ano de 2012 passa a vigorar a nova lei n. 12.683, sendo nessa revogada o rol taxativo dos crimes antecedentes agora se empregando a expressão “infração penal” como forma de englobar todas as práticas criminosas que utilizassem essa prática fraudulenta, em consonância com o que preconiza a norma convencional e destacando-se como uma legislação de terceira geração. De maneira geral,, a criminalização da lavagem de representa uma nova política de prevenção e repressão da atividade criminal organizada.

Para efeito de contextualização, é importante frisar que, em 29 de maio de 2003, o Congresso Nacional Brasileiro, por meio do decreto legislativo n. 231 ratificou a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional e em 28 de fevereiro a citada Convenção de Palermo entrou em vigor no país, sendo promulgada já em 2004, pelo Decreto 5.015. Nesse passo, o Brasil passa a ser obrigado a cumprir a norma convencional devendo adotar todas as medidas que foram convencionadas.

3.2 COLÔMBIA

Com efeito, na República da Colômbia, a prática do crime de “lavagem de dinheiro” está positivada no art. 323, I, da lei n 599/2000, Código Penal do país. A lei, não diferente do que preconiza a legislação brasileira, imputa o delito a quem adquire, guarda, inverte, transporta, transforma, custodia ou administra bens que tenham sua origem mediata e imediata em atividades de tráfico de migrantes, de pessoas, de extorsão, enriquecimento ilícito, extorsão mediante sequestro, rebelião, tráfico de armas, crimes contra o sistema financeiro, administração pública ou vinculada com o produto dos crimes de formação de quadrilha; relacionados com o tráfico de drogas tóxicas, entorpecentes ou substâncias psicotrópicas; dê aos bens provenientes do crime aparência de legalidade ou legalize, oculte ou esconda a sua verdadeira origem.

De igual modo, a Colômbia também criou sua Unidade de Informação e Análise Financeira, para prevenir e reprimir a prática delituosa. Neste caso, a unidade é composta por um diretor-geral que é nomeado pelo próprio Presidente da República, logo em seguida o diretor passa a nomear os funcionários do órgão regulador.

Em relação às atividades a desempenhadas, não difere das demais entidades de repressão e prevenção. Recebe comunicados com operações suspeitas e encaminha o relatório com indícios de crime ao membro do Ministério Público, para que este proceda

com o intercâmbio de informações entre as unidades financeiras vizinhas, e posteriormente responsabilizar criminalmente o agente que cometa a infração penal.

Da mesma maneira, a legislação colombiana prevê um rol de crimes antecedentes a conduta de lavagem de dinheiro. Nessa esteira, é importante ressaltar que os países que adotam essa mecânica são considerados pela doutrina como legisladores de “segunda geração”, ou seja, adotam uma espécie de sistema legislativo que elenca hipóteses de crimes originários e conexos ao delito analisado, impedindo uma atuação mais firme e incisiva por parte do Estado.

De acordo com os ensinamentos de Moro (2010) é dita legislação de segunda geração, a classificação que tem como critério os modelos adotados cronologicamente para a tipificação do delito. Por conseguinte, legislações ditas de terceira geração, o rol taxativo de crimes antecedentes é eliminado, o que significa que qualquer atividade criminosa pode ser antecedente ao crime de lavagem, facilitando a repressão e a prevenção por parte do Estado.

A Colômbia por intermédio do Decreto 3.173 de 1º de outubro de 2004, também promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, dessa maneira, inserindo-se assim no contexto mundial de prevenção e repressão a esse tipo de crime financeiro.

3.3 PERU

Por sua vez, a república peruana criminalizou a prática de lavagem de capital através da lei n. 27.693. E embora aqui esteja por último, o Peru foi o primeiro entre os países vizinhos em não estabelecer um rol de crimes antecedentes, podendo ser considerado um legislador de terceira geração. Ademais, a lei peruana assevera que o conhecimento da origem ilícita pelo agente corresponde a condutas puníveis.

No que tange ao órgão de prevenção e repressão, o Peru também conta com Unidade de Inteligência Financeira – UIF, a entidade possui as mesmas funções das entidades vizinhas, recebendo comunicações de operações suspeitas, comunicando ao membro do Ministério Público para que este possa proceder com as diligências cabíveis.

Como já fora suscitado, a república peruana também é signatária da Convenção de Palermo, e vêm cada vez mais empreendendo esforços no sentido de elaboração de medidas ao combate do crime organizado transnacional.

Legisladores peruanos têm ampliado cada vez mais suas regras no âmbito da persecução criminal, seguindo a tendência de seus países vizinhos. E até mesmo impulsionando novas políticas públicas de persecução ao crime organizado transnacional.

É importante destacar que a lei peruana classifica a lavagem de dinheiro como um crime autônomo, em razão da Convenção de Mérida. Embora supracitada norma convencional verse sobre cooperação internacional em matéria de corrupção, a Convenção retirou o rol taxativo de crimes antecedentes, caracterizando a atividade delituosa como um crime autônomo.

De acordo com Prado (2013), a técnica legislativa de retirar o rol de crimes antecedentes é moderna, uma vez que a atividade é classificada como autônoma passa a ser distinta independente.

4. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

O princípio da cooperação internacional pressupõe, principalmente, a ideia de igualdade entre os países e, atenção mútua ao dever de colaborar com um fim semelhante. Tal princípio busca viabilizar a cooperação direta entre instituições judiciárias e estatais.

De acordo com a Organização das Nações Unidas, todos os Estados e entidades devem cooperar por meio das Nações Unidas ou de qualquer outra forma na prevenção e no controle do crime como um elemento indispensável para a promoção da segurança e bem estar da humanidade.

Para Lessa (2013), o dever dos Estados de cooperar não se funda na, ou melhor, precede a própria celebração de pactos internacionais de cooperação. Trata-se dever ínsito à tessitura da sociedade internacional. Com isso temos que a cooperação internacional pode ser exercida entre os países membros desde que haja respeito mútuo aos princípios de cada nação, devendo ser observada a soberania de cada um. Não podendo representar ameaça a sua soberania, segurança, ordem pública ou aos seus interesses fundamentais.

Como podemos observar, para o crime organizado transnacional não há fronteiras, a cooperação jurídica em matéria penal faz-se crucial para o bom desempenho das instituições que atuam no combate as atividades ilícitas.

As normas convencionais somente se integram ao direito interno com o decreto legislativo do Congresso e posterior decreto do chefe do executivo, somente produzindo efeitos após a sua publicação, prezando pelos princípios de ordem democrática. Além disso, é de competência exclusiva da União manter relação com os Estados estrangeiros.

Para uma melhor exploração do fenômeno criminológico que é a lavagem de dinheiro optou-se por uma convenção específica, destinada a construir mecanismos para combater de forma direta, e prevenir de forma mais célere a lavagem de dinheiro batizada de “Palermo” em razão da cidade em que foi redigida.

Sob a égide da ONU, a Convenção de Palermo é o instituto jurídico multilateral destinado às medidas de cooperação, seja de forma direta ou indireta, bem como as demais medidas de combate ao crime organizado transnacional. É importante nos atemos que as normas convencionais têm como escopo atividades delituosas, disciplinam normas que devem ser seguidas tanto no plano internacional, como no nacional.

O sistema de prevenção e repressão adotado pela norma convencional reproduz um modelo global, com variações socioeconômicas em cada país em que é aplicada, como na Colômbia e no Peru. Nesse contexto, surge o Grupo de Ação Financeira (GAFI) sobre Lavagem de Dinheiro, atualmente o GAFI-FATF é um dos principais órgãos do sistema internacional de combate à lavagem de capital, possuindo 34 membros, entre eles Brasil, Peru e Colômbia.

4.1.COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA INTERNACIONAL

A expressão “cooperação” pressupõe igualdade entre os cooperadores, e não submissão de um Estado fraco para os ditames do mais forte, ou a um favor deste para um subalterno. Para Lessa (2013), essa igualdade somente é possível pelo respeito aos limites que a soberania impõe ao exercício do poder estatal no plano internacional.

Além de essencial, a cooperação internacional visa estabelecer uma relação de igualdade para que os Estados possam promover em conjunto à prevenção e repressão

de crimes transnacionais, a fim de manter o progresso econômico, o bem-estar das nações. Nesse sentido, a ONU na Assembleia Geral n. XXV editou a resolução n. 2625, e preconizou que os Estados cooperarão na promoção do respeito e da observância universal dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos, bem como na eliminação de todas as formas de discriminação racial e intolerância religiosa. Como se vê, a Carta compreende que a cooperação é um dever mútuo. Para Accioly (1995), a assistência mútua, em suas várias modalidades, dentre as quais se destaca a cooperação para administração da justiça, seria o principal dever moral dos Estados.

A abordagem feita pela norma compreende que a cooperação deve se pautar em entender o fenômeno criminológico que cruza fronteiras, para que possa ser combatida de forma eficaz e não enfraqueça o poder público.

Com base nessas premissas, recentemente, a Câmara dos Deputados instituiu uma comissão de juristas responsáveis na elaboração do anteprojeto de reforma a lei de lavagem de ativos, a comissão abordará questões como a relação da lavagem de dinheiro com a prática do “caixa 2”, a prescrição, a necessidade da ampla defesa, bem como a possibilidade de investigações por meio de cooperação internacional.

4.2.GAFI E AS RECOMENDAÇÕES

Criado em 1989, o GAFI-FATF (Grupo de Atuação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro Financiamento ao Terrorismo) é uma organização que possui natureza intergovernamental cujo propósito é desenvolver e promover políticas públicas internacionais de prevenção e prevenção, buscando, principalmente, estabelecer um padrão internacional ao combate à lavagem de dinheiro entre outros crimes, como a proliferação de armas e da corrupção.

Como forma de cumprir o objetivo, o GAFI-FATF editou ao todo 40 recomendações estabelecendo um sistema abrangente e consistente de medidas para países prevenirem e combaterem a lavagem de dinheiro, bem como o financiamento da proliferação de armas, este último responsável pelos altos índices de criminalidade local. Em colaboração com outros atores internacionais, o GAFI também trabalha para identificar vulnerabilidades nacionais com o objetivo de proteger o sistema financeiro internacional do uso indevido.

De maneira periódica, a entidade intergovernamental realiza avaliação dos países e das recomendações. Com tais recomendações editadas, estabelece-se um padrão internacional que os países devem adotar por meio de medidas adaptadas às suas circunstâncias locais. Entre as medidas estabelecidas pelo grupo de ação financeiro, destaca-se: a aplicação de medidas preventivas para o setor financeiro e outros setores designados, aumentar a transparência e disponibilidade das informações sobre propriedade de pessoas jurídicas e de outras estruturas jurídicas estabelecer poderes e responsabilidades para as autoridades competentes (por exemplo: autoridades investigativas, policiais e fiscalizadoras) bem como estimular a cooperação internacional.

No que tange à cooperação internacional exercida, com a crescente globalização das ameaças do crime de lavagem de dinheiro, o GAFI também aumentou o alcance da cooperação internacional entre agências governamentais e grupos financeiros.

Atualmente as medidas já foram adotadas por mais de 180 países, sendo reconhecidas pela Organização das Nações Unidas - ONU, como o padrão internacional antilavagem de dinheiro e de combate ao financiamento do terrorismo. Cabendo as Unidades de Inteligência Financeira tomar a frente das discussões no âmbito do GAFI, e fornecer o posicionamento sempre que solicitado.

4.3. AS OPERAÇÕES “DIRTY CASH” E A “COLLUSIONE”

Como forma de ilustrar, cumpre destacar a realização de algumas operações recentes envolvendo o crime de lavagem de dinheiro. No ano de 2015 a operação “dirty cash” foi deflagrada pela polícia federal com o propósito de desarticular uma organização criminosa que atuava na tríplice fronteira. O nome “Dirty cash” significa “dinheiro sujo” em português, uma alusão aos proventos ilegais da organização criminosa. De acordo com o delegado titular a época dos fatos, na operação foram identificadas inúmeras conexões com comerciantes, transportadores, pessoas físicas e jurídicas estrangeiras¹⁴.

Com base nesses dados foi possível observar as características e a dinâmica das operações financeiras, do comércio de drogas e armas. No que tange a lavagem de dinheiro, foram detalhadas diversas operações bancárias dissimuladas em depósitos

¹⁴ <https://www.acritica.com/channels/cotidiano/news/pf-prende-11-pessoas-suspeitas-de-traffic-internacional-de-drogas>. Acesso em 17/10/2020.

fracionados, garantindo a movimentação dos recursos provenientes de infrações penais, como: tráfico de drogas, de armas.

De forma sucinta é possível identificar as fases do crime. A realização de depósitos de grandes quantidades, de forma fracionada em contas bancárias alheias insere o dinheiro no sistema financeiro buscando dissimular a origem. Em seguida as aquisições de bens de grande valor para que possam ser pagos em dinheiro espécie, nesse contexto podemos inserir: terras, automóveis, empresas, entre outras coisas. Por fim, o dinheiro sujo ingressa no sistema financeiro com a aparência lícita.

Tal fenômeno dos aluguéis de contas bancárias se repete em todas as cidades vizinhas, a fiscalização e segurança frágil torna a região do trapézio amazônico um lugar propício para a prática de empreitadas criminosas financeiras.

Fato notório, a prática da lavagem de dinheiro na região da tríplice fronteira tem fortes laços com o crime organizado. O Ministério Público do Estado do Amazonas, através do GAECO (Grupo de Atuação Especial no Combate a Organizações Criminosas) no ano de 2019 deflagrou a operação “Collusione”. Uma referência à palavra “conluio”, dirigindo-se àqueles que agem em cumplicidade com a empreitada criminosa.

Naquela ocasião, verificou-se que o agente investigado “alugava” a conta bancária e movimentava o dinheiro de forma dissimulada, recebendo uma porcentagem para efetuar a operação clandestina e posteriormente remeter ao verdadeiro detentor através de casas de câmbio na região trapézio amazônico, promovendo a saída de valores do país sem a devida comunicação aos órgãos reguladores, incorrendo na prática do crime de evasão de divisas, importante notarmos que ocorrem múltiplas infrações penais no decurso dessa operação fraudulenta.

A lei brasileira n. 7.492, sobre a evasão de divisas, em seu art. 22 aduz que:

“efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País. Pena – reclusão, de 2 (dois) anos a 6 (seis) anos e multa”, diz o parágrafo único que incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados a repartição federal competente.”

Como já fora dito, tal prática mostra-se fraudulenta e comumente utilizada por organizações criminosas que atuam nesta região para financiar a prática de outros crimes. Ademais, é importante frisar que na região da tríplice da fronteira essa prática pode ser

feita tanto de maneira fluvial como pelas vias terrestres, o que dificulta muito o trabalho de repressão dos órgãos competentes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora os países que compartilham a tríplice fronteira amazônica urbana disponham de legislações específicas para a prevenção e repressão ao delito de lavagem de dinheiro, no âmbito da efetividade, observa-se um distanciamento significativo. Com efeito, a tríplice fronteira amazônica urbana, representada pelas cidades de Tabatinga/BR, Leticia/CO e Ilha de Santa Rosa/PE, constitui um ambiente fértil e estratégico para a prática de diversos crimes, entre eles o de lavagem de dinheiro, que antecede crimes como o narcotráfico, mineração ilegal, extração ilegal de madeira, exploração sexual, tráfico de armas e corrupção. Posteriormente, o dinheiro inserido “dissimuladamente” no sistema econômico converte-se em investimentos imobiliários e de empreendedorismo, tudo com a intenção de ludibriar a sua origem ilícita.

Diante desse cenário de vulnerabilidades e debilidades funcionais, faz-se necessário que as políticas criminais relativas à prevenção e repressão à lavagem de dinheiro sejam revisitadas constantemente. Os dados atuais demonstram que as políticas criminais adotadas na região da tríplice fronteira amazônica não são capazes de prevenir e reprimir tal delito econômico, e que a delinquência globalizada está sempre renovando os seus “modus operandi”. Por isso, imperiosa a adoção constante medidas organizadas entre as instituições intergovernamentais, em homenagem ao princípio da cooperação, pois isso resultará possível a redução dos altos índices de criminalidade da região.

A abordagem baseada no risco é feita diante de um cenário de inexistência de políticas criminais que estimulam medidas preventivas e ensejadoras de cooperação internacional de modo que viabilize a persecução penal de modo geral. A insegurança causada pela infração penal conduz ao “estado da prevenção”.

Não pairam dúvidas de que a cooperação entre os países interessados em combater o crime representa a ação mais indicada para enfraquecer o crime organizado transnacional, cercear a corrupção e diminuir a violência na região.

Não havendo articulação a nível de cooperação internacional como medidas de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro, inevitavelmente, observar-se-á o aumento

desenfreado do tráfico de drogas, da proliferação de armas, do aumento da corrupção, bem como os seus respectivos reflexos nos altos índices de criminalidade na região da tríplice fronteira amazônica urbana.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, H. Manual de direito internacional público. 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995.

AMAZONAS ATUAL. <https://amazonasatual.com.br/operacao-collusione-combate-lavagem-de-dinheiro-do-trafico-entre-empresarios-no-amazonas/>. Acesso em 17/10/2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais. Comentários à Lei 9.613/98 com alterações da Lei 12.683/12. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. <https://www.diariodepernambuco.com.br/noticia/mundo/2016/03/colombia-desarticula-rede-internacional-de-lavagem-de-dinheiro.html>. Acesso em 15-9-2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo/gafi>. Acesso em 15-9-2020.

CALLEGARI, André Luís. Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos/André Luís Callegari. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

COLÔMBIA, Constituição da República da Colômbia. Promulgada em 1991. Bogotá.

PERU, Constituição da República do Peru. Promulgada em 31 de dezembro de 1993. Lima.

COSTA, José de Faria. Direito penal econômico. José de Faria Costa. – Coimbra: Imprensa de Coimbra, 2003.

Crime organizado – aspectos processuais. Coordenação: Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida, Mauricio Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raul. (1997). Crime organizado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

JORDAN, David C. Política de drogas. Oklahoma. Norman, 1999.

LESSA, Luiz Fernando Voss Chagas. Persecução Penal e Cooperação Internacional Direta pelo Ministério Público. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2013.

MORO, Sergio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. Sergio Fernando Moro. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRADO, Luiz Regis. Direito penal econômico. Luiz Regis Prado. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

RESEK, José Francisco. Direito Internacional Público. Curso elementar. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002 (série as ciências criminais no século XXI, vol 11).

AS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA E A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Glaucia Maria de Araújo Ribeiro

Neiciane Carvalho da Silva

RESUMO

Partindo da ideia de que os direitos fundamentais possuem força normativa e aplicação imediata, há de se falar no presente artigo a respeito do princípio da isonomia, com previsão expressa no artigo 5º da Constituição Federal, conferindo igualdade, com vistas a ensejar a justiça social, sendo o Estado o encarregado de positivar ações que visem eliminar as inúmeras desigualdades, com o intuito de igualar o direito material. Com essa pretensão, surge a Fazenda Pública como ente público, trazendo consigo várias prerrogativas do Poder Público quando parte processual, baseada no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, onde ainda se faz necessário entender como atua a Administração Pública frente ao poder Judiciário, dentre as quais, o presente artigo irá explanar, primeiramente, sobre o conceito de Fazenda Pública e quais entes públicos esse conceito abrange, ao mesmo tempo identificar e discorrer sobre tais prerrogativas, a saber: os prazos diferenciados para contestar e para recorrer, previstos no artigo 183 do Código de Processo Civil, e a sua interligação com a supremacia do interesse público, seja ele primário ou secundário, assim como a remessa necessária que lhe beneficia.

Palavras-chave: Fazenda Pública. Prazos Diferenciados. Remessa Necessária. Supremacia do Interesse Público.

INTRODUÇÃO

Em nosso ordenamento jurídico brasileiro, o Código de Processo Civil (CPC/2015) discorre sobre demandas que envolvem partes que, no entanto, recebem tratativas ou tutelas diferenciadas, visto gozarem de prerrogativas constitucionalmente expressas.

O objeto de estudo deste artigo está dividido em tópicos, iniciando o item 2 com o conceito de Fazenda Pública e a necessidade de se conferir prerrogativas processuais. No item 3 serão analisados, com base no artigo 183 do CPC/2015, as prerrogativas dos prazos diferenciados e da remessa necessária tendo, por fim, no item 4, a explanação da supremacia do interesse público.

Nesse ponto serão abordadas as prerrogativas conferidas à Fazenda Pública, visto ser essencial submetê-la aos princípios e regras de Direito Público, avaliando ainda normas que são aplicadas em conjunto com a supremacia do interesse público, que, por

sua vez, é dividido em primário, que diz respeito à sociedade, e o secundário que se referem ao próprio Estado.

O presente estudo utilizou como metodologia o método de pesquisa explicativa, utilizando-se de meios bibliográficos, artigos científicos, sites.

1. FAZENDA PÚBLICA E A NECESSIDADE DE PRERROGATIVAS PROCESSUAIS

O termo Fazenda Pública está estritamente ligada com a área da Administração Pública, relacionando-se com as finanças estatais, podendo ser tratadas como “erário”, sendo representada pelo Estado, abrangendo desta forma as pessoas jurídicas de direito público. Quando estas estão em juízo, são representadas por procuradores judiciais, titulares de cargos públicos e regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, sendo imperioso ressaltar, que tais procuradores, uma vez representantes deste órgão público, não necessitam de procuração para atuarem, pois mantêm um vínculo com a Administração Pública, através de sua aprovação em concurso público e sua consequente nomeação em Diário Oficial, legitimando-os para que possam atuar em nome da Fazenda Pública quando esta estiver em juízo.

No dizer de José dos Santos Carvalho Filho:

Em algumas espécies de demanda, as pessoas de direito público têm sido nominadas de Fazenda Pública, e daí expressões decorrentes, como Fazenda Federal, Fazenda Estadual e Fazenda Municipal. Trata-se de mera praxe forense, usualmente explicada pelo fato de que o dispêndio com a demanda é debitado ao Erário da respectiva pessoa. Entretanto, Fazenda Pública igualmente não é pessoa jurídica, de modo que, encontrando-se tal referência no processo, deverá ela ser interpretada como indicativa de que a parte é a União, o Estado, o Município e, enfim, a pessoa jurídica a que se referir a Fazenda. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1044).

A título explicativo, quando a legislação processual utiliza-se do termo Fazenda Pública está a referir-se à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e às suas respectivas autarquias e fundações, sendo o Estado maior litigante de todos, possuindo regras processuais, que podem ser chamadas também de prerrogativas, sendo na maioria das vezes, mais favorável do que aos demais litigantes.

No que concerne à atuação da Fazenda Pública em juízo, há explícito o princípio da igualdade, atrelado ao princípio da supremacia do interesse público, sendo desta forma numerosa as prerrogativas concedidas ao Estado, quando este é parte em

processos judiciais, pois muitas das vezes se encontra em conjunturas diferentes da outra parte do processo, merecendo um tratamento diferente dos demais, e segundo visão de José Roberto de Moraes,

Quando a Fazenda Pública está em juízo, ela está defendendo o erário. Na realidade aquele conjunto de receitas públicas que pode fazer face às despesas não é de responsabilidade, na sua formação, do governante do momento. É toda a sociedade que contribui para isso. [...] Ora, no momento em que a Fazenda Pública é condenada sofre um revés, contesta uma ação ou recorre de uma decisão, o que se estará protegendo, em última análise, é o erário. É exatamente essa massa de recursos que foi arrecadada e que evidentemente supera, aí sim, o interesse particular. Na realidade, a autoridade pública é mera administradora. (MORAES, José Roberto de, Prerrogativas da Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (coords.). Direito Processual Público: **A Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000. P.69)

Segundo Leonardo Carneiro da Cunha (2018) “o princípio da isonomia traduz a ideia aristotélica (...) de “igualdade proporcional”, própria da “justiça distributiva”, segundo a qual deve tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. Sendo a Fazenda Pública desigual frente ao particular, somente estará atendido o princípio da igualdade se lhe for conferido tratamento desigual.

Mas no ponto de vista da lei, tais prerrogativas seriam constitucionais, previstas na legislação vigente? Pois conforme estudos, muitos são os pesquisadores e estudiosos contrários às prerrogativas conferidas a este órgão público, neste caso, podemos citar Dinamarco, que em seu livro “A Reforma da Reforma”, questiona a validade das regras diferenças conferidas ao órgão fazendário, como aduz o trecho a seguir:

Pensando com realismo, na atual conjuntura do falso equilíbrio entre os Poderes, no Estado brasileiro: valeria alguma coisa às entidades patrocinadoras das Reformas do Código de Processo Civil propor a eliminação desse mal, quando a escalada que se vê em nossa recente história legislativa é no sentido de radicalizar os privilégios do Estado em juízo? Em um clima de rolo compressor, dispondo o Poder Executivo e seus áulicos de poder suficiente para restringir a admissibilidade de medidas cautelares em face do Estado, para ampliar o prazo para as ações rescisórias a serem propostas por este, para outorgar efeito suspensivo aos recursos que a Fazenda interpõe em causas onde ordinariamente a apelação não tem esse efeito, etc.- e ainda têm o desplante de aludir desrespeitosamente aos tribunais, falando de um manicômio judiciário e atribuindo aos juízes a indecência de uma indústria de liminares – o cidadão deve resignar-se e aceitar as garantias constitucionais do processo como flores de um jardim utópico que o Estado não é obrigado a frequentar.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. “A Reforma da Reforma”. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 127.

O que deve ser lembrado ao fazer este questionamento é a paridade de armas entre os litigantes, um dos princípios do processo civil, previsto nos artigos 7º e 139, I do CPC, sendo assegurada às partes tratamento igual em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, competindo ao juiz da causa zelar pelo contraditório, assegurando desde já a devida igualdade no tratamento processual.

É mister alinhar o parafraseio do artigo de lei acima com o que pensa o ilustre Jurista, Hans Kelsen (1998) que corrobora cada vez com a constitucionalidade das prerrogativas conferidas à Fazenda Pública, onde “a igualdade entre indivíduos perante o ordenamento jurídico, assegurada pela Constituição, não significa afirmar que todos devem ser tratados de forma idêntica, sobretudo em face das leis infraconstitucionais. É inconcebível pretender a igualdade nestes termos, pois, inviável impor a todos os indivíduos exatamente os mesmos ônus ou lhes conferir precisamente os mesmos direitos sem fazer qualquer distinção entre eles”.

Não sendo portanto, inconstitucionais as prerrogativas processuais aplicadas à Fazenda Pública, pois o que realmente interessa é o interesse público, sendo um dos alicerces do direito público, ou seja, o interesse da coletividade, cabendo a Fazenda Pública zelar por sua proteção, e conforme leciona Maria Sylvia Zanela Di Pietro (DI PIETRO, 1991, p.160), descreve a Administração Pública como não titular do interesse público, mas apenas sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção. Daí a indisponibilidade do interesse público.

Sendo imperioso ressaltar que o Supremo Tribunal Federal sufragou entendimento pela constitucionalidade das prerrogativas conferidas à Fazenda Pública:

“Não se equipara ao particular a Fazenda Pública. A relevância do interesse público, por esta preservado, separa-a, na sua natureza, do particular.” (STF, RE 83041, Rel. Min. Cordeiro Guerra, publicado no DJU de 14.08.80). “RECURSO. IGUALDADE PROCESSUAL. PRIVILÉGIO DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 74 DO DL 960/38.

Deste modo, quando a Fazenda Pública se encontra em juízo, a Administração Pública necessita percorrer um caminho muito maior que o particular, pois necessita produzir provas reais para que possa juntar aos autos, justificando assim as prerrogativas na razão da divergência processual existente entre o órgão público e o órgão particular, inexistindo inconstitucionalidade com respeito à indagação feita, sendo esta a forma de se dar efetividade ao princípio da igualdade, tratando de forma desigual os desiguais.

Superado a indagação feita, e conforme já narrado anteriormente, muitas são as prerrogativas conferidas à Fazenda Pública, onde neste ponto, falaremos de forma direta, a respeito dos prazos diferenciados e da remessa necessária, sendo tais prerrogativas, abonáveis pela grande demanda de processos, problemas funcionais e a lentidão inerente à sua atividade, embaraçando o acesso aos fatos, elementos e dados da causa. Estando clara a desigualdade entre a Fazenda Pública e os particulares.

Trata-se de problemática recorrente devido a diversos fatores, conforme citados, que juntos ou intercalados, facilitam para que não haja celeridade processual nos atos judiciais, sendo notório que o excesso de processos que tramitam envolvendo a Fazenda Pública é o principal, como exemplo, em cidades interioranas, onde há dois ou três procuradores gerais, e quando há diversos advogados particulares, que dispõem de um ou dois processos envolvendo o órgão fazendário, gozando estes de um maior tempo para elaborar defesas, sem que haja um prejuízo ao erário público.

No que diz respeito aos prazos processuais diferenciados, o Novo Código de Processo Civil disciplina-o, conferindo à Fazenda Pública prazos em dobro, tendo em vista a grande quantidade de processos existentes tramitando em nossos Tribunais, o que em muitas ocasiões causa a ineficiência da tutela jurisdicional.

Há de se falar ainda sobre a prerrogativa da remessa necessária

1.1 PRERROGATIVAS – PRAZO EM DOBRO E INTIMAÇÃO PESSOAL

O primeiro ponto a ser estudado é a benesse do artigo 183 do Novo Código de Processo que concede a Fazenda Pública o seguinte benefício:

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação.

Sendo assim, determinou-se em função disso que a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas, tem prazo diferenciado previsto na lei processual.

Sabedores de que quando uma ação judicial é ajuizada, o objetivo principal de ambas as partes é a solução integral do litígio, compreendendo também de que há possibilidade de morosidade judicial, devendo para tanto os atos judiciais serem praticados no momento certo, ou seja, os prazos devem ser cumpridos dentro do que a

lei estabelece, sendo o prazo na verdade, segundo Leonardo Carneiro citando Antônio Dall'Agnol :

o lapso dentro do qual devem os figurantes do processo desenvolver determinada atividade ou absterem-se de agir. É sequência temporal que se situa entre um momento (termo a quo) e outro (termo ad quem). A estes momentos denomina-se termos: inicial, ao que fixa o momento do início; final, ao que fixa o momento do término. (DALL'AGNOL, Antônio. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2000. v. 2, p. 306 e307.)

Concomitantemente, passaremos a abordar a redução dos prazos concedidos a Fazenda Pública, fazendo menção inicial ao texto do artigo 219 do CPC/2015, onde na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, serão computados apenas os dias úteis, estando dessa forma, conseqüentemente, sábados, domingos e feriados excluídos da contagem de dias úteis.

Ademais, para começar a contagem desse prazo, a regra é clara, ao analisar o artigo 244, parágrafos 1º e 2º, aduzindo que os prazos serão contados, excluindo o dia do começo e incluindo o dia de vencimento.

No mais, há de ser falar sobre a suspensão de contagem de prazo que trata o artigo 220 do CPC/2015, o chamado “recesso forense”, estando os prazos suspensos nos dias compreendidos entre 20 de dezembro a 20 de janeiro, voltando os prazos a serem contados normalmente após esses dias.

Como dito acima, a prerrogativa da contagem em dobro para a prática de todos os atos processuais praticados pelos procuradores, lhes é conferida através da norma jurídica, objetivando a prestação contínua de um serviço baseado na qualidade, eficiência e eficácia de seu resultado processual, pois, a demanda de trabalho é deveras volumoso, não sendo diferente de qualquer outro serviço público, representando essa prerrogativa, baseada na ideia de Hely Lopes Meireles (1992, p. 74) “uma verdadeira ação afirmativa do Estado ao tratar desigualmente um desigual, municiando-o com mecanismos para que não haja desequilíbrio no trato com a parte adversa da relação jurídica, seja ela de direito material, seja ela de direito processual”.

No que tange o aspecto processual, terá seu termo inicial a partir da intimação pessoal, que deverá ser feita mediante carga, remessa ou meio eletrônico, cabendo ainda mencionar que as citações e intimações dos processos envolvendo a Fazenda Pública, estão previstas na Lei n. 6.830/1980, especificamente em seu artigo 25, conforme descrito abaixo:

Artigo 25 – Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judícia da Fazenda Pública será feita pessoalmente.

Parágrafo Único – A instituição de que trata este artigo poderá ser feita mediante vistas dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública, pelo cartório ou pela secretaria.

A referida intimação exposta acima, poderá ser realizada por carga, remessa ou por meio eletrônico, conforme letra da lei do parágrafo 1º do artigo 183 do CPC/2015, sendo ainda importante lembrar o que diz Leonardo Cunha (2018) onde a contagem dos prazos devem ser feitos a depender da forma de intimação:

I - Por carga – o início da contagem dos prazos deve se dar no dia da carga (Novo CPC, Artigo 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo: (...))VIII - o dia da carga, quando a intimação se der por meio da retirada dos autos, em carga, do cartório ou da secretaria.

II - Por remessa dos autos – o dia da remessa dos autos com vistas e não da manifestação do ciente pela Administração Pública;

III - Por meio eletrônico – o dia útil seguinte à consulta ao teor da intimação ou término do prazo para que a consulta se dê (Novo CPC, Artigo 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo: V - o dia útil seguinte à consulta ao teor da citação ou da intimação ou ao término do prazo para que a consulta se dê, quando a citação ou a intimação for eletrônica;)

Contudo estes prazos só podem ser contados em dobro quando se tratarem de prazos legais, sendo diferente a aplicação de prazos judiciais, ou seja, aqueles fixados pelo juiz, conforme previsão expressa do parágrafo 2º do artigo 183 CPC/2015:

Parágrafo 2º - Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.

Na esteira desse raciocínio, significa que não há aplicação o artigo 183 quando o juiz fixar prazo próprio, sendo abaixo relacionados a título exemplificativo, alguns casos que não podem ser aplicados o benefício do prazo em dobro quando a Fazenda Pública for parte processual, a saber:

(i) Prazo para contestar Ação Popular, nos termos do art. 7º, IV, da Lei nº 4.717/1965, o prazo para contestar é de 20 (vinte) dias, prorrogáveis por mais 20 (vinte), onde a dilação de prazo é comum as partes envolvidas;

(ii) Prazos nos Juizados Federais e nos Juizados da Fazenda Pública, nos termos do art. 7º da Lei nº 10.259/2001, o prazo dispõe que “não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de trinta dias”;

(iii) Depósito do rol de testemunhas, nos termos do art. 455, §5º do CPC, a testemunha tem o dever de comparecer e depor em juízo, quando efetivamente intimada, no entanto o juiz ao fixar o prazo, já deve levar em conta a presença do procurador da Fazenda Pública;

(iv) Prazo para impugnação ao cumprimento da sentença e para embargos à execução pela Fazenda Pública, nos termos do art. 535 do CPC, a Fazenda

Pública é intimada no cumprimento da sentença para apresentar impugnação no prazo de 30 (trinta) dias;

(v) Prazos na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade, nos termos do art. 4º, parágrafo único; art. 15, parágrafo único da Lei nº 9.868/199 cabendo agravo a decisão que indeferir a petição inicial, mas o julgamento final proferido no controle de constitucionalidade é irrecurível, ressalvada a oposição de Embargos de Declaração, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória¹⁵;

(vi) Prazo para o Estado Estrangeiro, nos termos do art. 105, II, c, art. 109; art. 1.027, II, b do CPC, dispõe que as causas entre o Estado estrangeiro e município ou pessoa domiciliada ou residente no país, devem ser ajuizadas na primeira instância da Justiça Federal, onde os recursos serão encaminhados ao STJ, que exerce o segundo grau de jurisdição. Já nos casos de Recurso Ordinário, compete ao SJ julgar as causas que forem partes o Estado Estrangeiro e município ou pessoa residente e domiciliada no país;

(vii) Prazos para suspensão de segurança e Prazo para a Fazenda Pública responder à Ação Rescisória.

Por fim, a prerrogativa do prazo em dobro e da intimação pessoal visa tão somente o interesse público, onde o administrador, investido de poderes, zela pelos interesses da sociedade.

1.2 PRERROGATIVAS – REMESSA NECESSÁRIA

O Novo Código de Processo Civil, em vigência, não fez mudanças quanto ao instituto da remessa necessária, podendo ser definida como o reexame das decisões que são contrárias à Fazenda Pública, nas circunstâncias delineadas em lei, e enquanto não for julgada a remessa necessária, o título judicial estará inexigível, não tendo qualquer eficácia com vistas a lastrear a pretensão executória.

A previsão legal da remessa necessária está preconizada no artigo 496 do CPC/2015:

Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

Destarte, entende-se por remessa necessária, a possibilidade das partes de se submeterem matéria já apreciada e decidida pelo juízo originário a novo julgamento por órgão hierarquicamente superior, aplicando tal instituto a Fazenda Pública, quando esta após a sentença precisa ser submetida ao tribunal, mesmo que não haja recurso por parte do ente vencido.

15 STF, Pleno, ADI 2.130-Agr/SC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.10.2001, DJ 14.12.2001, p.31.

Leonardo Carneiro da Cunha (2018, p. 194) explica nas linhas abaixo a perfeita aplicação da remessa necessária como:

A remessa necessária é interposta por simples declaração de vontade, com a provocação do juiz, que deve verificar se o caso é mesmo de remessa necessária ou se incide alguma hipótese de dispensa. É, enfim, um recurso de ofício, interposto, geralmente, na própria sentença. É possível, todavia, que sua interposição ocorra posteriormente. O juiz determina que os autos sejam remetidos ao tribunal; há, como o próprio nome indica, uma remessa necessária. Não há razões do juiz, nem das partes ou de terceiros. O juiz provoca a remessa, a fim de que o tribunal promova o reexame pelo tribunal. Tanto a remessa como o reexame são necessários.

Estando este instituto de igual forma atrelado com o interesse público, pois visa a proteção aos interesses do órgão fazendário, que por sua vez busca a proteção dos direitos da sociedade, por isso, ser necessário erigirem-se mecanismos protetivos constitucionais. Vejamos a seguir.

2. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Superada as questões relativas à Fazenda Pública e suas prerrogativas, passemos a análise do interesse público alinhando com tais prerrogativas, apesar de que durante a explanação das prerrogativas, foi citada sua incidência com este, descrevendo de início que o interesse público, legalmente definido como o que está posto sob a responsabilidade do Estado e tido como finalidade de sua ação, não é outro senão, em síntese, o interesse geral da sociedade, ou, em se preferindo, o bem comum, como acepção metajurídica inspiradora da ação política, que o Direito, definirá discriminadamente: para cada sociedade e para cada tempo. (FIGUEIREDO, p. 67).

Destacando ainda que é atribuída à Administração Pública a função de atender ao interesse público, por isso a necessidade de serem conferidas tais prerrogativas à Fazenda Pública, não havendo no que se falar em violação ao princípio da isonomia. Havendo conexão entre as prerrogativas da Fazenda Pública e a supremacia do interesse público, pois conforme dito antes, a máxima de tudo isso está no interesse da coletividade.

Ainda segundo o professor Hely Lopes Meirelles (2008, p. 105-106), assevera que a “supremacia do interesse público é o motivo da desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados no estudo da interpretação do Direito Administrativo”. Bem por isso, a Lei n. 9.784/99, no inc. XIII do parágrafo único do art. 2º, diz que se deve interpretar a “norma administrativa de forma que melhor garanta o entendimento do fim público a que se dirige”. Ali também indicamos que, dada a prevalência do interesse geral

sobre os individuais, várias prerrogativas são reconhecidas ao Poder Público. Da mesma forma, quando abordamos a natureza e fins da Administração também demonstramos a vinculação da Administração Pública na busca e cura do interesse público.

Este interesse é dividido ainda em interesse público primário e secundário, que serão apresentados separadamente nos textos seguintes, a fim de demonstrar a funcionalidade e interesse de cada um.

Neste sentido, o Procurador da Fazenda Nacional de Minas Gerais, Dr. Mácio José de Aguiar, diz que se tratando dos interesses primário e secundário, a doutrina italiana se debruçou¹⁶ e criou a distinção entre “interesse público primário” e “interesse público secundário”. O primeiro diz respeito ao interesse da coletividade, que não se vincula imediatamente a nenhum interesse particular de nenhum dos partícipes da ordem jurídica. O segundo seria aquele ligado à personalidade jurídica do ente estatal, enquanto sujeito de direitos e deveres próprios, contrapostos aos direitos e deveres dos demais partícipes da ordem jurídica.

Ou seja, interesse primário diz respeito aos interesses do Estado propriamente dito, atuando no interesse da coletividade, agindo para o bem comum, visando acima de tudo a preservação do Erário, e bom funcionamento dos cofres públicos. Enquanto os secundários são aqueles instrumentais ao interesse público, visto que o Estado como pessoa jurídica, possui de forma individualizada seus próprios interesses, no entanto, é mister ressaltar que desses interesses privados, lhe é apenas permitido caso estes não se choquem com o interesse público primário.

A título de enriquecimento, quem defende o interesse público primário no processo é o órgão julgador, velando pelo atendimento da ordem jurídica como um todo, controlando os litigantes, impedindo que um se sobrepuje sobre o outro, estabelecendo ao final uma norma individual para o caso concreto. Já na seara do interesse público secundário é a Administração Pública que defende imediatamente este interesse, estando o órgão isonomicamente postado ao lado dos demais litigantes, pois seus atos em juízo não tem nenhuma imperatividade, devendo-se dessa forma reconhecer que não há a obrigação do Procurador ater-se imediatamente ao interesse público primário, pois tem a obrigação de defender o interesse público secundário, ou seja, o interesse do Estado-

16 Atribui-se frequentemente a Renato Alessi, em sua obra Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano, de 1960, a mais coerente distinção entre os dois interesses acima e a defesa da sua existência - sob pena de não se conseguir compreender a atividade administrativa, em sua prática.

Pessoa, não podendo defender seu interesse particular, de nenhum outro que não seja o interesse do ente estatal.

Por fim, cabe ressaltar que a Fazenda Pública deve atender à finalidade da lei de consecução do bem comum, visto que mesma não é titular do interesse público, e sim um órgão destinado à proteção do interesse da coletividade.

CONCLUSÃO

Restou patente, pelos fundamentos expostos, que as prerrogativas conferidas a Fazenda Pública são baseados em princípios, buscando a proteção e igualdade e dignidade da pessoa humana, não contrariando assim o princípio da isonomia, tão somente fazendo com que o Estado como ente público, defenda equitativamente os interesses da coletividade, visto sua estrutura funcional ser complexa e tendo como um dos objetivos, se não o principal, defender o interesse de toda uma sociedade, tomando decisões que acarretem resultados positivos para todos, não sendo desta forma possível a aplicação de medidas judiciais idênticas com os demais particulares, pois estes defendem seu próprio interesse e o órgão fazendário, sem dúvida, possui uma realidade totalmente diferente do particular, sendo os prazos necessários para atender cada um deles, e caso haja um efeito negativo, cabe salientar que haverá um prejuízo a sociedade em geral, pois, é o erário que está correndo o risco de ser perdido, de ser extraviado, agindo o Estado como defensor de direitos públicos.

Por fim, as prerrogativas conferidas são verdadeiros mecanismos de combate ao interesse maior de nosso ordenamento jurídico, tutelando o interesse público.

Portanto, as prerrogativas conferidas são verdadeiros mecanismos de combate ao interesse maior de nosso ordenamento jurídico brasileiro, sendo necessário a criação de um juízo específico para as causas envolvendo a Fazenda Pública e os prazos processuais mais alargados, além de outras diferenciações presentes no ordenamento jurídico, tais como o prazo em dobro e a remessa necessária, representa, na realidade, prerrogativas conferidas à Fazenda Pública para melhor se defender e assim fazendo estará resguardando o interesse público. Não se trata, pois, de privilégios e nem de favorecimento sem uma razão de ser. A razão da discriminação se compatibiliza com os princípios constitucionais, especialmente o da isonomia, bem como com outros princípios informadores do direito público.

REFERÊNCIAS

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

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 15. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução João Batista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____, Direito Administrativo Brasileiro. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALESSI, Renato. Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano. Milão: Itália. Giuffrè Editore, 1960.

MORAES, José Roberto de. Prerrogativas da Fazenda Pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (coords.). Direito Processual Público: A Fazenda Pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BARBOSA, Márcio José de Aguiar. Qual interesse público a administração defende em juízo? Disponível em: <http://www.repositorio.fjp.mg.gov.br/bitstream/123456789/2458/1/Artigo-%20Qual%20o%20interesse%20%20p%C3%BAblico%20a%20adm.%20defende%20>
Acesso em: 03 de ago.2020

PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL (IN)APLICADO: ESTUDO DE CASO SOBRE O CONTRABANDO DE GASOLINA NA CIDADE DE TABATINGA/AM

PRINCIPLE OF APPLIED SOCIAL FITNESS: A CASE STUDY ON GASOLINE CONTRABAND IN THE CITY OF TABATINGA / AM

Kézia Gomes Florentino¹⁷

Jefferson Rodrigues de Quadros¹⁸

486

RESUMO

Em que pese ilícito penal, o comércio ostensivo de gasolina contrabandeada trata-se de conduta socialmente adequada e aceita na cidade de Tabatinga/AM, situada na tríplice fronteira amazônica compartilhada com a Colômbia e o Perú, justificando uma análise hermenêutica peculiar, em especial, quando articulada com o princípio da adequação social de direito penal. Dada tal contextualização, o presente trabalho tem como objetivo analisar algumas peculiaridades sociais transfronteiriças amazônicas que norteiam o contrabando de gasolina em Tabatinga/AM, visando provocar uma reflexão sobre a justificação – ou não – da repressão penal em relação ao aludido tipo, sob o viés do princípio da adequação social. A metodologia empregada caracteriza-se como qualitativa e indutiva, fomentada a partir da observação empírica local, investigações doutrinárias e jurisprudências, bem como por outros fundamentos sociológicos.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da adequação social. Contrabando de gasolina. Tabatinga/AM.

ABSTRACT

Regardless of the criminal offense, the ostentatious trade in smuggled gasoline is a socially appropriate and accepted conduct in the city of Tabatinga/AM, located on the triple Amazonian border shared with Colombia and Peru, justifying a peculiar hermeneutic analysis, in particular, when articulated with the principle of social adequacy of criminal law. Given this

¹⁷ Acadêmica do curso de Direito da Universidade do Estado do Amazonas. E-mail: zakieflor@gmail.com.

¹⁸ Professor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Advogado. Doutorando em Estudios Amazónicos pela Universidad Nacional de Colombia (UNAL). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Mestre em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de la Empresa de Montevideú/Uruguai (UDE). Especialista em Direito Penal Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra/Portugal (UC). Téc. em Meio Ambiente pela Escola Factum de Porto Alegre. Membro do Grupo de Estudos em Direito de Águas (GEDA) da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/3524464256392764>. E-mail: jquadros@uea.edu.br.

contextualization, the present work aims to analyze some Amazonian cross-border social peculiarities that guide the smuggling of gasoline in Tabatinga/AM, aiming to provoke a reflection on the justification - or not - of the criminal repression in relation to the mentioned type, under the bias the principle of social adequacy. The methodology used is characterized as qualitative and inductive, fostered from local empirical observation, doctrinal investigations and jurisprudence, as well as other sociological foundations.

Keywords: Principle of social adequacy. Smuggling of gasoline. Tabatinga/AM.

INTRODUÇÃO

487

Situada às margens do rio Solimões, na tríplice fronteira amazônica compartilhada com a Colômbia e o Perú, a cidade brasileira de Tabatinga/AM constitui o maior centro urbano e populacional na região do Alto Solimões. Posicionada ao lado da cidade colombiana de Leticia, capital do Estado do Amazonas colombiano, e fixada na margem esquerda do rio Amazonas, fazendo fronteira fluvial com a Ilha peruana de Santa Rosa, encrostada na outra margem do rio Amazonas, o município de Tabatinga caracteriza-se pela sociodiversidade entre brasileiros, colombianos e peruanos.

Outrossim, cumpre destacar que em face da existência de diversas comunidades indígenas e povos tradicionais que vivem em localidades remotas e de difícil acesso, e que habitam a região antes mesmo do estabelecimento dos marcos fronteiriços e de soberania entre os três países, bem como da acentuada dinâmica migratória de cidadãos nacionais oriundos dos três países, Tabatinga tornou-se uma cidade referência para o oferecimento de bens e serviços. Dispondo de portos, bancos, farmácias, instituições de ensino básico, tecnológico e universitário, órgãos governamentais, bases militares das Forças Armadas, hospital, órgãos do poder judiciário, lojas, bares, restaurantes, supermercados e postos de combustível, Tabatinga constitui-se como importante polo urbanístico para toda a região da tríplice fronteira amazônica urbana.

Todavia, enquanto cidade de interior amazônica apresenta os mesmos problemas socioeconômicos característicos das cidades interioranas da Amazônia brasileira: miserabilidade, desemprego, subemprego, atividades informais, carências de oportunidades laborativas, dependência de políticas assistencialistas governamentais, entre outros.

Contudo, experimenta tais problemas agregando outros fatores peculiares: dificuldades de logística em face ao distanciamento de Manaus (1.200 km,

aproximadamente); posição geográfica de fronteira com o Peru e Colômbia; população flutuante composta por cidadãos dos três países; dinâmica econômica, pautada não apenas pelo aumento da demanda por bens e serviços em razão do crescimento populacional interno, mas também pela dependência recíproca das relações econômicas lícitas – formais e informais – e ilícitas, realizadas entre brasileiros, colombianos e peruanos.

Dados os costumes culturais e a dinâmica socioeconômica de Tabatinga, na condição de cidade de fronteira cuja população fixa e móvel é composta por brasileiros, colombianos e peruanos, provenientes das mais diversas regiões dos seus respectivos países, e ainda por muitos descendentes de indígenas e de povos tradicionais, a venda de gasolina contrabandeada (proveniente do Peru e da Colômbia) nos logradouros públicos é um fenômeno socioeconômico habitual, cotidiano, ostensivo, aceito com naturalidade pela sociedade e, aparentemente, tolerado pelos órgãos da Administração Pública, uma vez que os seus agentes, eventualmente, realizam operações de repressão a tal crime – o que pode ser explicado por diversas hipóteses.

Todavia, diante da natureza ilícita do contrabando de gasolina, raramente também, ocorre a repressão policial contra a prática de tal conduta proibida, promovendo prisões, apreensões e desencadeando processos penais cujas decisões nos Tribunais, invariavelmente, resultam em condenações. E aqui, encontra-se o ponto nevrálgico da investigação proposta: com fundamento nos dogmas que orientam a teoria do delito e nas diretrizes principiológicas, enquanto fontes de interpretação do direito penal, questionar a legitimidade da aplicação da lei penal como meio de justificar – ou não – a repressão à conduta que reveste o crime de contrabando de gasolina na cidade de Tabatinga/AM, situada na tríplice fronteira amazônica.

Assim, desprovido do propósito de esgotar o tema, sob o viés indutivo, o presente estudo tem como objetivo analisar algumas características sociais locais que norteiam o contrabando de gasolina em Tabatinga/AM, visando provocar uma reflexão sobre a justificação – ou não – da repressão penal em relação ao aludido tipo, sob o viés do princípio da adequação social.

Para efeito de ordem de exposição: em uma primeira etapa, realiza-se especialmente uma análise elementar do princípio da adequação social de direito penal no âmbito do conceito analítico de crime; em segundo momento, destacam-se alguns princípios basilares específicos, com seus respectivos fundamentos doutrinários e jurisprudenciais, que podem ser invocados e considerados como instrumentos

complementares à adequação social na esfera da teoria do delito; em terceiro plano, examinam-se as principais características que conformam o crime de contrabando com o fito de, posteriormente, convergi-los com as peculiaridades sociais de Tabatinga/AM para fins de avaliar se a criminalização do contrabando de gasolina é justificável ou não; em penúltimo, apresentam-se algumas peculiaridades sociais inerentes à cidade de Tabatinga; e, por fim, em sede de conclusão, considerando toda a fundamentação discorrida, propõe-se provocar uma reflexão acerca da criminalização do contrabando de gasolina e sua possível aplicação do princípio da adequação social em relação à conduta do contrabando de gasolina em Tabatinga/AM.

Com o escopo de balizar metodologicamente a pesquisa, empregaram-se os métodos indutivo e qualitativo, fundamentados a partir da observação empírica e mediante investigação bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial acerca da temática proposta.

1 ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL DE DIREITO PENAL NO ÂMBITO DO CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME

Enquanto ramo do direito público dedicado à repressão e reprovação de condutas que ofendam bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito Penal pauta-se por um conjunto de normas e princípios que legitimam (ou não) a sua aplicabilidade. É a manifestação do poder punitivo do Estado decorrente da prática de um delito que, por consequência, sujeitará o infrator ao cumprimento de uma pena. Pena, essa, condicionada à materialização de todos os elementos que constituem o conceito analítico de crime.

De acordo com Greco (2017, p.61), o conceito analítico de crime subsiste em “analisar os elementos ou características que integram a infração penal, permitindo ao intérprete, após sua averiguação, concluir ou não pela sua prática”; destacando, ainda, que a função do conceito analítico é “analisar cada um dos elementos constitutivos do delito, sem que com isso se queira fragmentá-lo (2017, p. 39)”. Dito isso, segundo as bases doutrinárias firmadas pelo Direito Penal, para que se possa falar em crime é necessário identificar que o agente tenha praticado uma ação típica, ilícita e culpável.

Considerando que, a tipicidade está diretamente relacionada à análise do Princípio da Adequação Social, para efeito metodológico e melhor compreensão é

essencial realizar uma abordagem sobre os seguintes itens: a) a ilicitude; b) a culpabilidade; e, c) o fato típico.

Nesta esteira, a ilicitude traduz-se em uma relação de contrariedade, de antagonismo entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Segundo Toledo (1994, p. 119), o conceito de ilicitude frequentemente confunde-se com o de injusto (correlação entre tipo e ilicitude), e por isso, para fins didáticos, cabe destacar que: “O crime é, pois um, um injusto culpável; mas, o injusto é uma conduta ilícita que pode não se aperfeiçoar como um verdadeiro crime, pela ausência da culpabilidade”.

A culpabilidade por sua vez, por sua vez, diz respeito ao juízo de reprovação pessoal depositado sobre a conduta ilícita do agente. Consoante as lições de Greco (2017, p. 25) a culpabilidade possui três sentidos essenciais, merecendo destaque o seguinte:

[...]

Culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico do crime – exerce papel fundamental na caracterização da infração penal. A culpabilidade é o terceiro elemento integrante do conceito analítico de crime, sendo estudada após a análise do fato típico e a ilicitude, ou seja, após concluir-se que o agente praticou um injusto penal. Após essa constatação, inicia-se um novo estudo, que agora terá seu foco dirigido à possibilidade ou não de censura sobre o fato praticado.

Outrossim, Greco (2017, p. 62) aponta que o fato típico possui os seguintes elementos: “a) conduta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva; b) resultado; c) nexos de causalidade entre a conduta e o resultado; d) tipicidade (formal e conglobante)”. Em relação à conduta, especificamente, Greco (2017, p. 63) explica que é “qualquer comportamento humano comissivo (positivo) ou omissivo (negativo)”, “dolosa (quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado) ou culposa (quando o agente infringe o seu dever de cuidado, atuando com negligência, imprudência ou imperícia)”. Assim, se porventura algum elemento da ação estiver ausente, a mesma será considerada um irrelevante penal.

Quanto ao resultado, pode-se auferir que este é o efeito resultante da conduta, ou seja, é a lesão ou o perigo de lesão de um interesse protegido pela norma penal.

Sobre o nexos de causalidade, este compreende o vínculo existente entre a conduta do agente e o resultado ilícito. Em outras palavras, trata-se de uma relação de causa entre a conduta e o resultado, proporcionando um modo de ligar a conduta com um efeito resultante tipicamente em uma lesão.

Quanto à tipicidade, extrai-se que ela é a adequação perfeita da ação praticada pelo agente ao modelo de conduta incriminadora descrita na lei penal. No entanto, a mera acomodação do comportamento do agente ao molde penal não basta para que se possa falar em tipicidade penal, pois esta é formada pela análise da tipicidade formal (ou legal) e a tipicidade conglobante.

Nesse diapasão, mais uma vez, Greco (2017, p. 67) explica que:

Mediante o conceito de tipicidade formal podemos verificar se o comportamento praticado pelo agente encontra moldura em alguma das figuras típicas previstas em nosso ordenamento jurídico-penal (...). A tipicidade conglobante surge quando comprovado, no caso concreto, que a conduta praticada pelo agente é considerada antinormativa, isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por ela, bem como ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal (tipicidade material) (...).

491

Pontua-se aqui que, no âmbito penal, toda ação ou omissão passível de penalidade é formada por elementos, ditos subjetivos, que se expressam pela análise acerca da reprovação social da conduta. Nesse sentido, Capez (2018, p. 97) leciona que: “A comunidade pode valorar tais condutas como jurídicas ou antijurídicas, culpáveis ou não.”.

Na mesma esteira, Bitencourt (2014, p. 57) explica que “o tipo penal implica uma seleção de comportamentos e, ao mesmo tempo, uma valoração (o típico já é penalmente relevante).” Porém, não se pode ignorar o fato de que, certos comportamentos em si mesmos típicos precisam de relevância por ser corrente no meio social, pois, muitas vezes existe um distanciamento entre as normas penais incriminadoras e o que seria socialmente permitido ou tolerado. Diante disso, resulta permitido conceber que o comportamento que se encaixa a determinada descrição típica formal, porém, materialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica, revelando a ausência do injusto penal, razão pela qual a aceitação pela sociedade de uma conduta tipificada pelo direito penal, legitima a revisão da sua tipicidade material, uma vez que se trata de um dos elementos constitutivos do delito.

A teoria da adequação social, preconizada por Hans Welzel, encontra-se intrinsecamente ligada à conduta do agente, pois parte da premissa de que toda conduta formalmente típica seria materialmente atípica em virtude da aceitação e tolerância de sua prática pela sociedade, ou seja, estabelece que, em que pese uma conduta se subsumir ao modelo legal, tal conduta não será considerada típica se for socialmente adequada ou

reconhecida. Em outras palavras, se porventura, a referida conduta estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada, não caberia espaço para se falar em tipicidade. Neste sentido, Capez (2018, p. 82) discorre que “todo comportamento que, a despeito de ser considerado criminoso pela lei, não afrontar o sentimento social de justiça (aquilo que a sociedade tem por justo) não pode ser considerado criminoso”.

Noutro giro, segundo as lições de Toledo (1994, p. 131), se “o tipo delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpretá-lo, em certas situações aparentes, como se estivesse também alcançando condutas lícitas, isto é, socialmente aceitas e adequadas (...)”. Para ele, a ação socialmente adequada encontra-se desde o início, extirpada do tipo, justamente “porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social (...)”.

Ainda nos dizeres de Toledo (1994, p. 132):

[...]

A adequação social exclui desde logo a conduta (...) do âmbito de incidência do tipo situando-a entre os comportamentos normalmente permitidos, isto é, materialmente atípicos. (...)

O princípio da adequação social se desdobra para alcançar inúmeras situações nem sempre ajustadas a regras (...). Vale dizer: podem as condutas socialmente adequadas não ser modelares (...). Delas se exige apenas que se situem dentro da moldura do comportamento socialmente permitido ou, (...) dentro do quadro da liberdade de ação social.

Cumprir destacar que o princípio da adequação social idealizado por Welzel não pretende revogar tipos penais incriminadores. Por mais que sejam constantes as práticas de algumas infrações penais, cujas condutas incriminadas a sociedade já não mais considera censurável, não cabe ao agente infrator alegar que o ato que praticou se encontra socialmente adequado.

Por seu turno, Capez (2018, p. 82), mais uma vez, destaca que:

O tipo penal pressupõe uma atividade seletiva de comportamento, escolhendo somente aqueles que sejam contrários e nocivos ao interesse público, para serem erigidos à categoria de infrações penais; por conseguinte, as condutas aceitas socialmente e consideradas normais não podem sofrer este tipo de valoração negativa, sob pena de a lei incriminadora padecer do vício de inconstitucionalidade.

Portanto, denota-se que para a teoria da adequação social a conduta deixa de ser punida por não mais ser considerada injusta pela sociedade. Todavia, é importante deixar claro que, é isto que torna o princípio em análise diferente do princípio da insignificância, pois nesse último, a conduta é considerada típica, porém não justificadora de penalização.

Nessa esteira, segundo Aguiar (2017, p. 1), em seu artigo sobre o princípio da adequação social, pontua-se que:

Certos comportamentos em si mesmos típicos carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado. O comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém socialmente irrelevante, adequando-se ao permitido ou tolerado pela sociedade como um todo, não realiza materialmente a descrição típica.

Dessa forma pode-se dizer que sob a premissa da adequação social, existem condutas que, apesar de formalmente se adequarem a algum tipo penal, não podem ser consideradas criminosas.

Para Bitencourt (2014, p. 59), o princípio da adequação social divide-se em um duplo juízo de valoração:

Um juízo ex ante, que pretende excluir do âmbito do injusto (negando o desvalor de ação) a conduta que não seja gerada em condições de previsibilidade de produção de um resultado típico; e um juízo ex post que pretende excluir do âmbito do injusto consumado (negando o desvalor de resultado) a conduta que, mesmo sendo adequada a perspectiva ex ante, não se verifica no resultado, pois, conhecidas todas as circunstâncias do caso, se demonstra que outros fatores incidiram para a sua produção.

Destarte, com fulcro nos aludidos entendimentos doutrinários, permite-se conceber que o princípio da adequação social constitui relevante instrumento que deve(ria) orientar a aplicação do direito penal moderno, haja vista a sua capacidade de adaptação às múltiplas diversidades culturais e regionais, bem como à dinâmica da vida em sociedade. Todavia, impende destacar que existem posições contrárias à aplicação do princípio da adequação social. Capez (2018, p. 82-83) classifica duas críticas referentes a este princípio:

Em primeiro lugar, costume não revoga lei, e, em segundo, (...) não pode o juiz substituir-se ao legislador e dar por revogada uma lei incriminadora em plena vigência, sob pena de afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes, devendo a atividade fiscalizadora do juiz ser suplementar e, em casos extremos, de clara atuação abusiva do legislador na criação do tipo.

Desse modo, para uns o princípio da adequação social afasta a tipicidade, e para outros afasta a ilicitude. Outra crítica a ser mencionada diz respeito ao seu conceito, pois muitos operadores do direito entendem que é um tanto quanto vago e impreciso, e, por isso não é amplamente usado pela doutrina ou pela jurisprudência como uma via aberta de aplicação.

Nesse sentido, oportuno destaque merece o entendimento jurisprudencial quanto a sua inaplicabilidade no caso de vendas de CD's e DVD's piratas:

APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA – INAPLICABILIDADE – TIPICIDADE DA CONDUTA. **Não se pode dizer que a conduta praticada pelo réu de vender CD's e DVD's "falsificados" é aceita no meio social ou não se reveste de gravidade, pois viola tanto os interesses dos titulares dos direitos autorais, quanto do Fisco, portanto, sendo inviável o reconhecimento dos princípios da intervenção mínima ou adequação social.** VV. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – ADEQUAÇÃO SOCIAL – CASO CONCRETO – ABSOLVIÇÃO – MEDIDA QUE SE IMPÕE. I – O Direito penal moderno não atua sobre todas as condutas moralmente reprováveis, mas seleciona aquelas que efetivamente ameaçam a convivência harmônica da sociedade para puni-las com a sanção mais grave do ordenamento jurídico que é – por enquanto – a sanção penal. II – O princípio da adequação social assevera que as condutas proibidas sob a ameaça de uma sanção penal não podem abraçar aquelas socialmente aceitas e consideradas adequadas pela sociedade. (TJ-MG – APR: 10024096746037001 MG, Relator: Eduardo Machado, Data de Julgamento: 02/04/2013, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 10/04/2013)

Também nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu decisão em recurso repetitivo manifestando-se contrário à aplicabilidade do princípio da adequação social no contrabando, o que também se encontra consolidado no enunciado da Súmula nº 502: “Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas”.

Nesta esteira, o Tribunal Regional da 1ª Região pronunciou-se nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRABANDO DE GASOLINA. PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL INAPLICABILIDADE. AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO DEMONSTRADOS. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. **A atipicidade material da conduta, em face do princípio da insignificância, não merece aplicação na hipótese.** O crime de contrabando se caracteriza pela presença da elementar do tipo “importar ou exportar mercadoria proibida”, conforme dispõe a primeira parte do art. 334-A do Código Penal. 2. A importação de gasolina automotiva, cuja introdução no território nacional é proibida, caracteriza o crime de contrabando, pois constitui monopólio da União (arts. 177, III, e 238 da CF/1988 e art. 4º, III, da Lei 9.478/1997), salvo prévia e expressa autorização da ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. 3. **Da mesma forma, não há falar-se na incidência do princípio da adequação social ou inexigibilidade de conduta diversa, já que dificuldades financeiras e alto preço da gasolina jamais servirão como justificativas para a prática de crimes, sobretudo, o de contrabando.** 4. Desprovemento da apelação. (TRF-RR – APR: 00003929120144014200 RR, Relator: Des. Olindo Menezes. Data de julgamento: 11/02/2020, 4ª Turma do TRF da 1ª Região, Data de publicação: 27/02/2020, Fonte: e-DJF1 27/02/2020)

Conforme os arestos jurisprudenciais transcritos, observa-se que apesar de serem adotados vários institutos que orientam os demais precedentes jurisprudenciais (súmulas vinculantes, recursos repetitivos etc.), os mesmos repelem a consideração do costume e da aceitação social a fim desconstituir a tipicidade de uma conduta. Todavia, em que pese o fato do princípio da adequação social não ser acolhido na atual conjuntura, não há como ignorar a sua importância na oportunidade cognitiva desempenhada pelo julgador, pois trata-se de um princípio suscetível de aplicabilidade no plano concreto, uma vez que inserido no sistema penal que orienta a teoria do delito adotada pelo direito penal brasileiro.

Por derradeiro, e considerando a fundamentação calcada em todo o arcabouço doutrinário citado, como já explanado anteriormente, o conceito analítico do crime é composto pelo fato típico, pela ilicitude e pela culpabilidade. Para que o fato típico venha a se materializar é preciso que estejam presentes no caso concreto os quatro requisitos: conduta, resultado, nexo de causalidade e tipicidade. Desta forma, se alguém realiza uma conduta de forma a causar a alguém (nexo de causalidade) algum dano (resultado), resta imprescindível proceder o exercício para saber se realmente existe o elemento da tipicidade para que tal ato possa ser considerado típico, haja vista a natureza subjetiva que reveste a responsabilidade penal.

Destarte, em que pese às críticas de “baterem na mesma tecla” em relação às imprecisões semânticas e terminológicas que cercam o princípio da adequação social, não se pode olvidar que o mesmo interage e se articula com outros princípios de direito penal que gozam de força para complementá-lo. Neste sentido, Bitencourt (2014, p. 59) reconhece e recomenda a possibilidade de “complementá-lo” através de “outros princípios complementares que sejam mais exatos”, o que justifica a necessidade de analisar alguns deles, sobretudo, os princípios que entendemos como mais significativos.

2 PRINCÍPIOS COMPLEMENTARES À ADEQUAÇÃO SOCIAL

Haja vista o seu espectro de abrangência e interconexões, existem outros princípios de direito penal suscetíveis de complementação ao princípio da adequação social, razão pela qual entende-se plausível discorrer sobre aqueles que reputamos como mais relevantes. O primeiro deles é o princípio da dignidade humana (CF, art. 1º, III) consagrado pela Constituição. Não há como trazer à baila o princípio da adequação social

sem mencionar tal princípio, pois é dele que parte toda a orientação do sistema principiológico constitucional.

Nesse sentido, Capez (2018, p. 68-69) aclara que:

Trata-se de um braço genérico e abrangente, que deriva direta e imediatamente deste moderno perfil político do Estado brasileiro, a partir do qual partem inúmeros outros princípios próprios afetos à esfera criminal, que nele encontram guarida e orientam o legislador na definição das condutas delituosas.

Noutra senda, Bitencourt (2014, p.59) explica que “a dignidade da pessoa humana é um bem superior aos demais e essencial a todos os direitos fundamentais do Homem, que atrai todos os demais valores constitucionais para si (...)”. Por meio deste princípio, o poder punitivo do Estado não pode aplicar sanções que possam atingir a dignidade da pessoa humana ou que venham lesionar “a constituição físico-psíquica dos condenados”. Desse modo, fica acentuada a importância do princípio da dignidade da pessoa humana e sua ligação com o princípio da adequação social, pois deriva deste.

O segundo princípio que será brevemente apreciado é o da culpabilidade. De acordo com Greco (2017, p. 25) quando se fala em culpabilidade, estamos nos referindo ao juízo de censura, que nada mais é do que “o juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita do agente”. Trata-se da “exigência de um juízo de reprovação jurídica” firmado sob a crença – fundada na experiência da vida cotidiana – de que ao homem é dada a possibilidade de, em certas circunstâncias, “agir de outro modo”.

O terceiro é o princípio da insignificância ou da bagatela. Discorrendo sobre este princípio, Capez (2018, p. 73-74) afirma:

Segundo tal princípio, o Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o bem jurídico. A tipicidade penal exige um mínimo de lesividade ao bem jurídico protegido, pois é inconcebível que o legislador tenha imaginado inserir em um tipo penal condutas totalmente inofensivas ou incapazes de lesar o interesse protegido.

Considerando tais fundamentos doutrinários, resulta possível conceber que a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico relevante, ou seja, sempre que a lesão a este bem for insignificante de modo que se torne incapaz de lesar o interesse protegido pela sociedade, não haverá o que se falar em adequação típica.

Contrariamente a esse princípio, os tribunais superiores não admitem a sua aplicação no contrabando de combustível. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça entende que:

Inaplicável o princípio da insignificância ao crime de contrabando de gasolina, uma vez que a importação desse combustível, por ser monopólio da União, sujeita-se à prévia e expressa autorização da Agência Nacional de Petróleo, sendo concedida apenas aos produtores ou importadores, de modo que sua introdução, por particulares, em território nacional, é conduta proibida. Precedentes” (AgRg no REsp 1.309.952/RR, DJe 14/04/2014).

Trata-se de matéria pacificada, na qual, não se leva em conta apenas e tão somente o valor subtraído (ou pretendido à subtração) como parâmetro para aplicação do princípio da insignificância, mas também, leva-se em conta a importância do bem jurídico possivelmente atingido no caso concreto.

Tal princípio deverá ser verificado em cada caso concreto, de acordo com as suas especificidades. Por esta razão, é preciso que seja aplicado com equidade, de forma plena e não apenas formal. Nessa esteira, de acordo com Capez (2018, p. 71), tal fenômeno implica “aliar ao ordenamento jurídico positivo a interpretação evolutiva, calcada nos costumes (...), padrões culturais, morais e sociais de determinado grupo social ou que estejam ligados ao desempenho de determinada atividade”.

Outro princípio, não menos importante, capaz de articular-se com a adequação social, diz respeito ao princípio da intervenção mínima. No âmbito do direito penal, este só deve considerar e se atentar apenas para os bens mais importantes e essenciais à vida em sociedade. Considerando que no crime de contrabando o sujeito passivo é o Estado, representado pela União, este princípio apresenta-se suscetível de análise, sobretudo, no que tange ao poder punitivo estatal, quando o próprio Estado comporta-se com naturalidade e indiferença em relação à conduta tipifica, como o que ocorre na cidade de Tabatinga/AM, consoante melhor será analisado posteriormente.

O direito penal deve pautar-se pela intervenção mínima e assim interferir o menos possível no que diz respeito a vida em sociedade. Segundo as lições de Greco (2006, p. 53) este princípio “é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo (...), mas se presta também a fazer com que ocorra a chamada descriminalização.” Este princípio orienta e seletiza os bens de maior relevância, também com base nele é que, de acordo com Greco (2006, p. 54) “o legislador, atento às mutações da sociedade deixa de dar importância aos bens que, no passado, eram da maior relevância”,

provocando as suas exclusões do nosso ordenamento jurídico-penal, enquanto tipos incriminadores.

Por fim, em complemento ao princípio anteriormente mencionado tem-se o princípio da fragmentariedade. Segundo Greco (2006. p. 65) tal princípio parte da premissa de que, “uma vez escolhidos aqueles bens fundamentais, comprovada a lesividade e a inadequação das condutas que os ofendem, esses bens passarão a fazer parte de uma pequena parcela que é protegida pelo Direito Penal, originando-se, assim a sua natureza fragmentária”. Portanto, a fragmentariedade se desdobra diante de uma consequência dos usos dos princípios da intervenção mínima e também da adequação social, os quais serviram de base para nortear o legislador dentro do processo de criação dos tipos penais.

Desta forma, delineados os fundamentos doutrinários e principiológicos norteadores da teoria do delito, resta permissivo ingressar com segurança na análise do crime de contrabando com o fito de, posteriormente, convergi-los com as peculiaridades culturais e socioeconômicas de Tabatinga/AM para fins de avaliar se a criminalização do contrabando de gasolina é justificável ou não.

3 DO CRIME DE CONTRABANDO

O crime de contrabando encontra-se disposto no art. 334-A do Código Penal brasileiro e materializa-se na importação ou exportação de mercadoria proibida, cuja pena é fixada entre 2 a 5 anos de reclusão. Todavia, haja vista a semelhança de algumas peculiaridades com o crime de descaminho, visando uma melhor compreensão, preliminarmente, reputa-se como relevante delinear a diferença entre os aludidos delitos. A Lei 13.008/2014 modificou o antigo delito do art. 334 do CP, dividindo os delitos de contrabando e descaminho, os quais outrora pertenciam a um único tipo penal, de forma que, atualmente, o descaminho (art.334) e o contrabando (art. 334-A) são tratados separadamente.

No crime de contrabando (Art. 334-A, CP), o que ocorre é a importação ou exportação de mercadoria proibida, cuja natureza afeta bens jurídicos relevantes como a saúde pública, a proteção da indústria nacional e outros. Por sua vez, no crime de descaminho (art. 334, CP), a mercadoria não é proibida, mas consubstancia-se na falta de pagamento de direito ou imposto devido, ou seja, o agente procura iludir a Administração Pública, no sentido de não declarar ou não pagar fraudulentamente o tributo, sendo de

cunho econômico ou tributário a lesão ao bem jurídico. Diante disso, é essencial traçar alguns elementos que possibilitam uma melhor compreensão dessa norma: o bem jurídico, sujeito ativo e passivo, tipo objetivo, tipo subjetivo, objeto, consumação e competência.

De acordo com Baltazar Júnior (2017, p. 383), no que diz respeito ao bem jurídico, “são protegidas a saúde pública (...), a moralidade, a higiene, a ordem e a segurança (...)”. No que toca ao sujeito ativo, por trata-se de crime comum, este pode ser cometido por qualquer pessoa. Quanto ao sujeito passivo, este é o Estado sendo representado pela União.

O tipo objetivo do crime de contrabando envolve um ato que se traduz em importar e/ou exportar mercadoria proibida, configurando-se norma penal em branco, pois a proibição tem que ser buscada em outras normas legais. Quanto ao tipo subjetivo é o dolo. Baltazar Júnior (2017, p. 388) esclarece que o dolo consiste “na vontade livre e consciente de introduzir a mercadoria no território nacional.” É necessário que haja a manifestação dolosa do agente para fins de inserção do objeto do contrabando em território nacional.

Os objetos de contrabando podem variar desde o pescado até a carne importada clandestinamente. Todavia, destaca-se aqui o contrabando de gasolina.

No Brasil, a regulação e fiscalização quanto ao comércio de combustíveis é de competência da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis –ANP. Por constituir-se em monopólio da União (arts. 177, III, e 238 da CF/88 e art. 4º, III, da Lei 9.478/97) a importação de gasolina é proibida, salvo prévia e expressa autorização da ANP.

Nesse sentido, a ANP ao regulamentar o tema expediu a Portaria nº 314, de 27 de dezembro de 2001, que preconizava em seu artigo 1º, que:

Art. 1º. Fica sujeito à prévia e expressa autorização da ANP o exercício da atividade de importação de gasolinas automotivas a ser concedida somente aos produtores ou importadores, consoante definições abaixo elencadas:

I – Produtor: refinarias, centrais de matérias-primas petroquímicas ou formuladores conforme definidos e autorizados pela ANP a produzir gasolinas;
II – Importador: empresa cujo objeto social contemple a atividade de importação e não exerça, cumulativamente, outras atividades reguladas pela ANP, exceto a de exportação.

Parágrafo único. Fica vedada a importação de gasolinas para consumo próprio.

Em meados de 2019, a ANP elaborou a Resolução de nº 777 de 05 de abril de 2019 que revogou a Portaria retromencionada, e passou a ter a seguinte redação quanto aos requisitos e definições:

Art. 1º Ficam estabelecidos os requisitos necessários para:

I – a autorização para o exercício da atividade de comércio exterior de biocombustíveis, petróleo e seus derivados e derivados de gás natural; e

II – a anuência prévia dos pedidos de importação e de exportação de produtos.

Art. 2º Para fins desta Resolução, serão adotadas as seguintes definições:

I – anuência prévia: procedimento pelo qual a ANP, por meio do Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex), analisa e concede anuência a cada pedido de importação e de exportação, seja individual, por tempo ou por lote, para os produtos cujas nomenclaturas comum do Mercosul (NCMs) estão sujeitas à aprovação pela ANP;

II – atividade de comércio exterior: atividade de importação ou de exportação de produtos cujas NCMs estão sujeitas à anuência prévia da ANP;

III – consumidor final: pessoa jurídica que utiliza os produtos para consumo próprio, na produção de bens ou na prestação de serviços, sem comercializá-los;

IV – distribuidor: pessoa jurídica autorizada pela ANP que realiza atividade de distribuição de produtos.

V – exportador: pessoa jurídica que realiza atividade de comércio exterior na modalidade de exportação de produtos cujas NCMs estão sujeitas à anuência prévia da ANP;

VI – importador: pessoa jurídica que realiza atividade de comércio exterior na modalidade de importação de produtos cujas NCMs estão sujeitas à anuência prévia da ANP;

VII – nomenclatura comum do Mercosul (NCM): código de oito dígitos que identifica a natureza das mercadorias e cuja classificação constitui em condição necessária para a realização da atividade de comércio exterior por importadores e exportadores sujeitos à anuência prévia pela ANP;

VIII – pedidos de importação e de exportação: solicitação de licença de importação e de exportação que contém dados sobre a operação de comércio exterior e contempla pedido individual, por tempo ou por lote, inserida pelos importadores e exportadores no Siscomex para análise e anuência prévia da ANP;

IX – produtor: pessoa jurídica autorizada pela ANP para o exercício da atividade de produção de solventes, biocombustíveis e derivados de petróleo, incluindo refinarias, centrais petroquímicas, formuladores e produtores de biocombustíveis, de lubrificantes acabados e de solventes;

X – produtos: biocombustíveis, petróleo e seus derivados e gás natural e seus derivados com classificação de acordo com a NCM e sujeitos à anuência prévia da ANP para importação e exportação; (...)

Art. 14. Somente poderão importar ou exportar produtos:

I – agentes autorizados pela ANP a exercer a atividade de comércio exterior;

II – distribuidores autorizados pela ANP;

III – produtores autorizados pela ANP; e

IV – consumidores finais.

§ 1º Os distribuidores e produtores autorizados somente poderão importar produtos que estejam autorizados a comercializar, nos termos de sua autorização para exercício de atividade outorgada pela ANP (...)

§ 4º O consumidor final que importar diesel ou gasolina deverá informar à distribuidora que fará a adição do biodiesel ou etanol anidro necessário para atender à mistura obrigatória. (grifo nosso)

Em que pese a nova redação resolutiva, a realidade fática não mudou, pois a situação restritiva é a mesma. Segundo o Diário do Comércio (2020, p. 1), pode-se auferir

que, a gasolina é um dos combustíveis mais consumidos no Brasil. Neste sentido, Weinfurter (2019, p.1), destaca que, não obstante seu alto grau de consumo, ela não sai barata, pelo contrário: “(...) o preço da gasolina no Brasil está cerca de 25% acima da média internacional, o que significa que importar gasolina está mais barato para os distribuidores do que comprar da Petrobrás(...)”.

É por isso que, devido ao cenário econômico, bem como outras motivações possíveis, acabam que por culminarem na importação irregular de gasolina pelos brasileiros em área de fronteira.

Quanto à consumação, esta ocorre com a entrada da gasolina no território nacional. Já em relação à competência, esta é fixada de acordo com o local da apreensão, nos termos do Enunciado da Súmula 151 (STJ): “A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do juízo federal do lugar da apreensão dos bens.”. Nessa linha, Baltazar Júnior (2017, p. 390) aclara que a ação penal “é pública e incondicionada, de competência da Justiça Federal”, tornando-se assim um crime federal.

Uma vez expostos os principais pontos suscitados, resta analisar as características inerentes ao local onde ocorre a realidade fática, objeto da presente análise contida aqui.

4 PECULIARIDADES SOCIAIS DE TABATINGA

Em breves linhas, importante acentuar que a história de Tabatinga/AM converge com o período colonial, quando Portugal no afã de marcar território, funda em 1766 o Forte de São Francisco Xavier de Tabatinga, visando impedir a ocupação espanhola por razões geopolíticas estratégicas. Segundo Steiman (2002, p. 61), apesar de o Forte ter sido destruído umas duas vezes, o povoado de Tabatinga perdurou no tempo e em 1983, foi reconhecida a municipalidade de Tabatinga.

Gize-se que, Tabatinga é vizinha da cidade de Letícia, constituindo fronteira com a Colômbia, bem como também da ilha de Santa Rosa de Yavarí, do Perú. Os meios de transporte utilizados para se chegar até a região se dá por meio da via fluvial ou aérea. De barco, levam-se no mínimo três dias de ida e sete dias de volta em relação à cidade de Manaus. Imprescindível frisar que, conforme o serviço de atendimento da INFRAERO (Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária) existe somente uma empresa que realiza o percurso até o município: a Azul Linhas Aéreas.

Considerando o acentuado distanciamento entre Tabatinga e Manaus, isso acaba de certa forma “excluindo” o município do eixo socioeconômico produtivo do Estado. Por causa do distanciamento, o custo de vida torna-se alto devido à complexidade logística demandada para o transporte dos bens de consumo.

Consequentemente, por se tratar de área isolada de tríplice fronteira, o oferecimento de bens e serviços pelos seus habitantes é indispensável para essa longínqua região. Nessa linha, Dorfman (2008, p. 10) afirma que:

A força própria ao lugar fronteiriço chama a si certos tipos de práticas legais e ilegais, atraindo pessoas que desejam beneficiar-se das vantagens locais, na forma de um leque amplo de serviços (de saúde, energia e comunicações, por exemplo), custo de vida menor, maiores oportunidades de trabalho, ainda que, para isso, certos aspectos da legalidade estatal sejam esquecidos ou francamente burlados.

De acordo com Mello (2019, p. 2) a cidade de Letícia “dá suporte mais favorável”, pois, “a cidade é livre de todo imposto colombiano, recebendo mercadorias vindas pelo canal do Panamá e Bogotá a preços baixos, o que geralmente também serve aos brasileiros que moram em Tabatinga”. A mesma benesse também é disponibilizada a eles por intermédio da cidade de Santa Rosa no Perú, situada no outro lado da margem do rio Solimões.

Cumprir destacar que, por se tratar de um município às margens do rio, a agricultura, a pecuária e o turismo também são fatores importantes na economia tabatinguense. Em tese, esses elementos deveriam fazer dessa cidade um grande potencial de desenvolvimento no decorrer dos anos. Ocorre que, na realidade, o contexto local é bastante diferente, pois Tabatinga possui um baixo grau de desenvolvimento e sofre com grandes carências de infraestrutura, o estigma das drogas e violência, serviços públicos básicos de saneamento precários, ausência na assistência hospitalar, desemprego e outros.

Além disso, a demanda por combustível na região brasileira do Alto Solimões é altíssima, porém a quantidade de postos é reduzida. De acordo com reportagem do Jornal Nacional (2015, p.1), “nas áreas mais isoladas do Estado o combustível só chega de balsa. Em um Estado do tamanho do Amazonas, a diferença no preço cobrado no litro da gasolina, entre a capital e os municípios do interior pode chegar a 40%”. Daí pode-se auferir que, quanto mais distante for a localidade, mais difícil é o transporte e mais caro o produto ficará.

Várias comunidades, inclusive, sequer possuem postos de abastecimento. Não raramente, a única gasolina encontrada para a venda é de procedência peruana ou colombiana, acabando sendo comercializadas pelas ruas em garrafas pet's.

Frise-se que de acordo, com os dados constantes no Portal do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, o município de Tabatinga/AM conta atualmente com uma população estimada de mais de 67.182 (sessenta e sete mil, cento e oitenta e dois) habitantes que são atendidos por apenas dois postos de combustível, estabelecimentos que, não raramente, também atendem aos habitantes dos municípios circunvizinhos de Atalaia da Norte/AM e Benjamin Constant/AM que integram o fluxo rotativo e contínuo local.

Como já suscitado anteriormente, m Tabatinga há dois pequenos postos de combustíveis, que, frequentemente, em especial na época de seca, não é suficiente para atender toda a demanda por combustível. É um fato conhecido na região que, só compram gasolina no posto oficial aquelas pessoas que detém maior poder financeiro, e assim compram e usam para abastecer seus automóveis. Todavia, boa parte da população é pobre e o principal meio de locomoção mais usado – e mais perigoso, diga-se de passagem, pois os casos de acidentes são frequentes – no município, não é o carro, mas sim, a motocicleta e os barcos/canoas.

A região é bem diferente das capitais das grandes cidades. Não há estradas que liguem os municípios. Como já mencionado anteriormente, para locomover-se de um lugar para outro, somente é possível através da rota fluvial por meio dos barcos, e para o restante dos lugares afora da região somente pela via aérea. Cabível mencionar que há meses, nos quais a passagem aérea chega a custar em torno de R\$ 1.000 para cima.

Diante desse contexto de flagrante deficiência torna-se extremamente necessário, por muitas vezes, realizar a compra de combustível nas cidades vizinhas da Colômbia e Peru ou em rios da região (venda em barcos flutuantes), para fins de garantir o abastecimento de barcos e outros meios de condução, o que em tese, amolda-se à descrição penal do contrabando.

Todavia, tal prática é concebida com naturalidade, sendo que, isso não se limita apenas a gasolina, mas também, a outros produtos como medicamentos, vestuários, acessórios, e alimentos (batata, milho, feijão, frutas e outros itens), garantidos aos indivíduos locais graças à disponibilidade, preço acessível e facilidade que a condição de tríplice-fronteira proporciona a ele.

Nesse sentido, Dorfman (2008, p. 10) afirma que “o contrabando constitui uma prática envolvendo saberes tradicionais, que faz parte da condição fronteiriça e que é representado em produtos culturais (...)”. Daí pode-se auferir que, trata-se de uma atividade profundamente enraizada na região, abrangendo não apenas alguns indivíduos isoladamente, mas também a maioria da população, integrando seu cotidiano.

Gize-se ainda que, o fluxo de habitantes de Tabatinga é formado em sua maioria por estrangeiros (peruanos, colombianos), indígenas tikunas, pescadores e agricultores, e demais pessoas vindas de outros municípios do Alto Solimões. Boa parte dos habitantes, inclusive, não concluiu o Ensino Fundamental básico ou sequer frequentou uma escola.

Dessa forma, tais indivíduos não veem a perniciosidade que envolve a ação delituosa do contrabando descrita no CP. Para eles, adquirir a gasolina, colocar na garrafa ou barril e levar, é simplesmente um meio que vai garantir a sua locomoção e até o seu sustento, pois, muitas famílias vivem disso.

A título de exemplo, imagine-se um caso fictício. Tício é um velho pescador, agricultor indígena tikuna, que mora numa das comunidades próximas a Tabatinga/AM, mas, possui parentes em Tabatinga e sempre visita-os de tempos em tempos. Tício no final do mês embarca com sua família em sua canoa, e abastece seu motor com a gasolina que comprou de alguma balsa flutuante em mês anterior. Sendo assim ele chega a Tabatinga, e em determinado momento se dirige ao outro lado do rio e em Santa Rosa, Perú, compra gasolina e o armazena nos seus 03 barris.

Assim sendo, ele volta, e a sua finalidade será a de usar parte da gasolina para voltar para sua comunidade, guardar parte dela para abastecer o seu motor de luz, que só será ligado em algumas noites importantes na comunidade, separar outra parte dela para usar na sua canoa/barco movida a motor (instrumento essencial na locomoção fluvial) quando for para sua roça e/ou sair para pescar e quiçá o resto venderá em garrafas pets lá na sua comunidade para ver se consegue auferir algum dinheiro ao final do mês.

Ocorre que, em uma de suas viagens costumeiras, durante ação fiscalizatória da Polícia Federal, Tício é abordado pelos policiais e conseqüentemente, toda a gasolina de origem peruana, uma vez que foi introduzida clandestinamente no país sem comprovação de importação regular nos termos da legislação aduaneira para mantê-lo em depósito, é apreendida. E assim, uma ação penal é ajuizada pelo Ministério Público Federal (MPF) em seu desfavor pela prática do delito tipificado no antigo art. 334, § 1º, c, do Código Penal (CP).

Este exemplo, apesar de fictício, retrata bem a realidade versus a tipificação legal do contrabando. Ora, se levar em consideração apenas a interpretação voltada para a aplicação *ipsis litteris* do texto legal, decerto que 90% da população tornar-se-ia ré e cada um teria (se é que já não tem) uma ação penal “nas costas” e ainda seria reincidente em todas as vezes. Importante acentuar que, todo o conhecimento de Tício é baseado no costume, hábito, prática recorrente e costumeira inculcada advinda dos tempos de necessidade desde antes mesmo da cidade se formar plenamente, na qual os únicos produtos acessíveis vinham da Colômbia e do Perú.

O motivo de Tício ter recorrido á compra da gasolina em Santa Rosa, provavelmente, é o mesmo motivo da maior parte dos habitantes de Tabatinga/AM não comprarem gasolina nos dois postos disponíveis: acesso, preço, necessidade e escassez.

Nesse diapasão, é fundamental abrir um parêntese para destacar outro ponto essencial que integra a realidade fática desnudada aqui: a aparente tolerância existente pelos órgãos da Administração Pública. Gize-se que, há uma espécie de consonância envolvida entre os sujeitos da ação.

Nessa linha, o indivíduo A ou B não vê nenhum problema da gasolina ser comprada em outro lugar e vendida aqui no território. Como já revelado anteriormente, os habitantes locais, enquanto consumidores e cidadãos não interpretam isso como ilícito penal. A sociedade em peso concebe tal prática e assiste isso com naturalidade formada.

Quanto ao Estado, existe aparentemente certo grau de tolerância, por parte dos agentes públicos locais, frente à conduta descrita tipificada penalmente, uma vez que conhecem as peculiaridades locais. Ora os representantes e autoridades estatais, são pessoas humanas e sabem do contexto relatado e por isso, configura-se a tolerância visto que, o contrabando de combustível é uma conduta pública, notória, ostensiva e habitual. Sabem, por exemplo, que lá no meio do rio, só tem gasolina peruana, e que, muitas famílias que moram por aqui, e, nos arredores vivem desse contexto, não só do combustível, mas também de outros produtos. Caso houvesse desconhecimento, haveria um posto de fiscalização da Polícia Federal nas fronteiras diariamente – e não apenas de maneira fortuita – para fins de coibir tal prática desde o início, apesar de que, isso seria quase impossível de resolver no atual contexto sem trazer grandes danos para o coletivo.

Dessa forma, pode-se dizer que isso abre espaço para a configuração de um irrelevante penal, visto que, é uma prática que faz parte do cotidiano desde antes da

formação das cidades fronteiriças, e, que os indígenas nativos e, posteriormente, os ribeirinhos já praticavam, o que dá ensejo para a adequação social.

Cabível mencionar um breve exemplo referente ao contexto global no momento em que este trabalho foi redigido, que diz respeito às eleições, em 2020, nos Estados Unidos com o fito de eleger novas lideranças, ocasião esta, que foi veiculada por diversos meios midiáticos. O Portal do Jornal Opera Mundi noticiou que:

Além de escolherem o novo presidente do país (...) os norte-americanos votaram em cerca de 120 plebiscitos em 32 diferentes Estados nas eleições de 3 de novembro. Entre as principais mudanças, está a alteração de legislação sobre uso de drogas nos estados do Oregon, Nova Jersey e Arizona. O Oregon se tornou o primeiro estado do país a descriminalizar a posse e o uso de pequenas quantidades de diversas drogas, incluindo maconha, cocaína e heroína. Agora, quem for flagrado por agente em posse das substâncias poderá pagar uma multa de cerca de US\$ 100 (R\$ 557) ou fazer uma consulta médica gratuita para se recuperar do vício. Não há mais previsão de prisão. Caso a pessoa esteja com uma quantidade grande de drogas em sua posse, ela poderá responder por uma contravenção penal (...).

Os moradores do Estado também aprovaram legalização do uso terapêutico de cogumelos psicodélicos, tornando o Oregon a primeira região dos Estados Unidos em permitir a medida. Já Nova Jersey, Arizona, Dakota do Sul e Montana aprovaram o uso recreativo da cannabis. Esses lugares se juntam ao Distrito de Colúmbia e outros 11 Estados que já legalizaram a erva, que, em nível federal, continua sendo ilegal.

Como se vê, referido exemplo ilustra perfeitamente a aplicação real do princípio da adequação social em um Estado soberano, no qual, o direito penal, é bem mais desenvolvido no que tange ao reconhecimento dos anseios de uma sociedade e ao ensejo de interpretações mais atualizadas em relação às transformações sociais. No caso em tela, a posse e o uso fazem parte da realidade deles. Aquela sociedade não entende essa conduta como sendo antijurídica ao invés, ela aceita com naturalidade.

Uma vez exposto, os pontos acima, fecha-se esse parêntese e aufer-se que, no âmbito do sistema de um Estado Democrático de Direito, pautado pela legalidade, o princípio da adequação social mostra-se pertinente para analisar a aceitação social do contrabando de gasolina na cidade de Tabatinga/AM.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em apreço a todos os fundamentos dispensados anteriormente, como se pôde auferir, o cenário econômico, a distância e as demais complexidades regionais acabam

culminando na importação irregular de gasolina. Isso pode explicar em grande parte o “porquê” da prática de contrabando de gasolina continuar a fazer parte do triste quadro fático da cidade, uma vez que as condições locais proporcionam espaço para tanto. Daí permite-se conceber que, trata-se de uma atividade profundamente enraizada na região, abrangendo não apenas alguns indivíduos isoladamente, mas também a maior parte da população, integrando seu cotidiano. Ressalte-se que, a conduta ocorre em área isolada de tríplice fronteira, onde a comunicação e o trânsito de pessoas e mercadorias brasileiras, colombianas e peruanas são intensas e necessárias para os três países e suas populações. Essas peculiaridades são (re)conhecidas pelos agentes do Estado, os quais, identificando tal contextualização socioeconômica, toleram e aceitam tal prática com naturalidade, esvaziando, portanto, a reprovação da conduta, enquanto elemento basilar para a configuração da tipicidade.

Cumprе аcentuar que para o resto do país, ou melhor, para aqueles que desconhecem o contexto de Tabatinga/AM, esse cenário parece algo fantasioso e que, portanto, isto não seria digno de atenção. Isso se deve ao fato de que, no Brasil, a aplicação do sistema penal, é bem mais arcaica e não aceita as diferenças existentes. A interpretação é toda baseada em lugares cuja realidade é próxima das grandes cidades capitais, como São Paulo e Rio de Janeiro, totalmente diferentes da realidade local, mas, ainda assim, aplicam essa fórmula mecânica para qualquer lugar.

Impende registrar que, para muitos indivíduos considerados como “contrabandistas”, o ato de adquirir gasolina do outro lado do rio decorre da necessidade e sobrevivência, sendo por muitas das vezes a única alternativa para fins de adquirir um pouco de dinheiro ao final do dia e da semana para fins de sustento e manutenção da família. Na maioria dos casos, tais sujeitos são iletrados, analfabetos, pescadores, indígenas, que não detém conhecimento e compreensão sobre o teor do artigo 334-A disposto no CP e sua consequente penalidade. Além disso, se pormos os fatos em um raciocínio lógico, um indivíduo local com poder aquisitivo maior, com conhecimento e compreensão lógica sobre o assunto, com certeza jamais necessitaria da compra/venda de combustíveis informal para manter-se e sustentar sua família, muito menos arriscar-se-ia em empreender viagem até Santa Rosa, no Peru, em pequenas embarcações (canoas) frágeis, pelo rio Solimões.

Com efeito, o quadro apresentado permite-se entender que essa prática faz parte do meio social desde antes do município formar-se plenamente torna-se até um pouco

tirânico censurar cegamente tal conduta sem conhecer e considerar as peculiaridades da região e o modo de vida dos habitantes.

Em outras palavras, uma vez que, a tipicidade recai sobre a conduta, o ato que constituiria um elemento típico do crime em outro lugar, em Tabatinga, na Amazônia, configura-se uma prática social, razão pela qual, à luz do direito penal, ensejaria a absolvição devido à atipicidade material da conduta imputada ao agente, uma vez que trata-se de conduta aceita socialmente, confortada pelo princípio da adequação social, não havendo no que se falar em conduta típica.

Pondere-se que pelo viés do conceito analítico do crime, o princípio da adequação social, quando ponderado e sopesado conjuntamente com outros princípios complementadores (Dignidade Humana, Culpabilidade, Insignificância ou Bagatela, Intervenção mínima e Fragmentariedade) no mérito, pode ser possível a exclusão da tipicidade, o que ensejaria sua aplicação. Destarte, permite-se aperceber, que censurar a conduta de contrabando de gasolina em Tabatinga/AM sem conhecer as peculiaridades intrínsecas da região transfronteiriça amazônica e o modo de vida local torna-se uma justiça de cunho mecânico e automático, inconsistente com a realidade e insatisfatória.

Nesse cenário, os princípios constitucionais descritos devem atuar como uma bússola a indicar o caminho para a correta interpretação e a justa aplicação da norma penal em questão, caso contrário se tratará de uma aplicação meramente mecânica do tipo incriminador, baseada em uma análise rudimentar da adequação típica formal, negligenciando qualquer apreciação ontológica do injusto, tornando-se, portanto conivente com o injusto.

Diante dessa realidade, resta permitido conceber que, a criminalização da ação envolvendo a compra de gasolina na cidade de Tabatinga/AM, não se justifica, pois, a interpretação estrita da tipificação do crime de contrabando é destoante do plano local. Levando-se em conta que, a conduta constitui-se elemento do fato típico que, por sua vez, faz parte da premissa analítica, no presente caso, visto que, não há reprovação social em relação à conduta, o fato típico fica comprometido.

Todavia, um severo crítico(a) poderá alegar que a sociedade não é a vítima do crime de contrabando, mas sim o Estado. Sim, com efeito, o sujeito passivo é o Estado. Ocorre que, aparentemente, ele, por meio de seus agentes, enxerga, aceita e tolera tal prática, pois tal conduta é aceita socialmente desde muitas décadas atrás e nenhuma ação

significativa foi empunhada no sentido de resolver a questão, ou, ao menos minimizar os efeitos nocivos decorrentes da criminalização do contrabando.

Ora, se o Estado, enquanto sujeito passivo, a “vítima” do contrabando representado pelas suas autoridades é aparentemente tolerante com a venda dos combustíveis e tem aceitado com naturalidade referida prática, pode-se aduzir que é perfeitamente aplicável o princípio da adequação social na atual conjuntura local.

Em síntese, depreende-se que, a criminalização do contrabando de combustível, na maioria das vezes, trata-se apenas de uma interpretação mecânica rígida e arcaica com base em uma descrição penal literal tradicional, inconsistente com a realidade transfronteiriça, de uma ação que, na esfera local, é socialmente adequada, sendo concebida com naturalidade pelo sujeito ativo e aparentemente tolerada pelo sujeito passivo.

Assim, no âmbito do procedimento interpretativo, os elementos colhidos e analisados, no mérito, consubstanciam a convicção de que a conduta em análise não chega a representar o mínimo de lesividade social e risco de ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado, capaz de justificar uma resposta estatal estribada no Direito Penal. Portanto, o princípio da adequação mostra-se como uma das alternativas de aplicação para a região. Para isso, é necessário apreciar a teoria do delito relacionado aos elementos analíticos do crime frente a conduta do indivíduo e a realidade social existente.

Dado todo o exposto, resulta permitido conceber que a repressão criminal acerca do contrabando de combustíveis na cidade de Tabatinga/AM constitui um fenômeno socioeconômico que não pode passar despercebidamente pelos operadores do direito, uma vez que o direito penal, enquanto ciência jurídica e interdisciplinar, calcada por sólida base principiológica, requer uma interpretação dinâmica, holística e, sobretudo, moderna, sob pena de inviabilizar a sua essência finalística: a (in)adequação social.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leonardo. **Princípio da Adequação Social**. Publicado em 2017 no site do Jus Brasil. Disponível em: <<<https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/333125881/principio-daadequacao-social>>>. Acesso em: 12/02/2020.

ASSAD, Thathyana Weinfurter. **Contrabando de gasolina**. Publicado em 2017 no Canal Ciências Criminais. Disponível

em:<<<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/401913217/contrabando-degasolina>>>. Acesso em 23/02/2020.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral** 1.20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>>. Acesso em 11/11/2020.

_____. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em:<< <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/am/tabatinga.html>>>. Acesso em: 08/11/2020.

_____. LEI Nº 13.008, DE 26 DE JUNHO DE 2014. **Dá nova redação ao art. 334 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e acrescenta-lhe o art. 334-A**. Disponível em:<<[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13008.htm#:~:text=Art.-,334%2DA%2C%20a%205%20\(%20cinco\)%20anos.&text=exercido%20em%20resid%C3%Aancia%2C%20A7%203%C2%BA%20A%20pena%20aplica%2Dse%20em%20dobro%20se%20o%20a%C3%A9reo%20mar%C3%ADtimo%20ou%20fluvial.%E2%80%9D](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13008.htm#:~:text=Art.-,334%2DA%2C%20a%205%20(%20cinco)%20anos.&text=exercido%20em%20resid%C3%Aancia%2C%20A7%203%C2%BA%20A%20pena%20aplica%2Dse%20em%20dobro%20se%20o%20a%C3%A9reo%20mar%C3%ADtimo%20ou%20fluvial.%E2%80%9D)>>. Acesso em: 11/11/2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 22.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DORFMAN, Adriana. **Pequenas pontes submersas: interpretações geográficas e antropológicas de literaturas de contrabando**. Publicado pelo Boletim Museu Paraense Emílio Goeldi Ciências Humanas. v.3 n.1. Belém. abr. 2008. Disponível em:<<https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-81222008000100008&lng=pt&tlng=pt>>. Acesso em: 23/02/2020.

EUZÉBIO, Emerson Flávio. **A fluidez territorial na fronteira ocidental da Amazônia: as cidades gêmeas Tabatinga (Brasil) e Leticia (Colômbia)**. Publicado pela revista Confins. Posto online no dia 21 agosto 2014. Disponível em:<<<http://journals.openedition.org/confins/9659;DOI:https://doi.org/10.4000/confins.9659>>>. Acesso em: 23/02/2020.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11.ed. Niterói/RJ: Impetus Ltda., 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**.vol.1.Niterói/RJ: Impetus, Ltda., 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

Jornal Diário do Comércio. **Consumo de combustíveis no Brasil tem aumento de 2,89% em 2019, aponta a ANP**. Publicado em 19 de fevereiro de 2020. Disponível em:<<<https://diariodocomercio.com.br/economia/consumo-de-combustiveis-no-brasil-tem-aumento-de-289-em-2019-aponta-a-anp/>>>. Acesso em 15/06/2020.

Jornal Nacional. **Gasolina cara alimenta contrabando de combustíveis no Amazonas – Combustível vindo do Peru é vendido em garrafas de plástico – Prática é ilegal e perigosa**. Publicado em 10/02/2015. Disponível em:<<<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/02/gasolina-cara-alimenta-contrabando-de-combustiveis-no-amazonas.html>>>. Acesso em: 11/02/2020.

LEGISWEB. **Portaria ANP nº 314 de 27/12/2001. Dispõe sobre a sujeição à prévia e expressa autorização da ANP para o exercício da atividade de importação de gasolinas automotivas**. Disponível em: <<<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=182582> >>. Acesso em 15/06/2020.

MELLO, Júnior. **Tabatinga comemora 36 anos de história no Baixo Solimões**. Publicado em 01 de fevereiro de 2019 pelo Jornal Em Tempo. Disponível em: <<<https://d.emtempo.com.br/amazonas-cidades/93760/tabatinga-comemora-36-anos-de-historia-no-baixo-solimoes>>>. Acesso em: 23/02/2020.

RANP 777 – 2019. AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. **RESOLUÇÃO ANP Nº 777, DE 5.4.2019 – DOU 8.4.2019 – RETIFICADA DOU 13.5.2019**. Disponível em: <<<http://legislacao.anp.gov.br/?path=legislacao-anp/resol-anp/2019/abril&item=ranp-777-2019>>>. Acesso em 15/06/2020.

Redação Opera Mundi. **Plebiscitos nos EUA: Estados descriminalizam posse de maconha, aumentam salário mínimo e recusam restringir aborto**. São Paulo (Brasil). 05 de novembro de 2020. Disponível em: <<<https://operamundi.uol.com.br/eleicoes-2020-nos-eua/67405/plebiscitos-nos-eua-estados-descriminalizam-posse-de-maconha-aumentam-salario-minimo-e-recusam-restringir-aborto>>>. Acesso em 07/11/2020.

RETIS. Grupo de Pesquisa. **O nexó territorial das cidades gêmeas: o subespaço Tabatinga-Leticia**. Disponível em: <<<http://acd.ufrj.br/fronteiras/pesquisa/fronteira/p02diss0104.htm>>> Acesso em: 03/02/2020.

STEIMAN, Rebeca. **A geografia das cidades de fronteira: um estudo de caso de Tabatinga (Brasil) e Leticia (Colômbia)**. Dissertação de Mestrado. Departamento de Geografia. Rio de Janeiro, UFRJ, 2002.

STJ-Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.309.952/RR. Relator: Ministra Regina Elena Costa. Data de Julgamento: 8 de Abril de 2014. DJe 14/04/2014. JusBrasil. Disponível em: <<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25055729/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1309952-rr-2012-0058618-7-stj?ref=serp>>>. Acesso em 15/06/2020.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 151**. Empório do Direito. Disponível em: <<<https://emporiiododireito.com.br/leitura/sumula-151-stj-contrabando-e-descaminho>>>. Acesso em 11/11/2020.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 502**. Jus Brasil. Disponível em: <<<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/27208951/sumula-502-do-stj>>>. Acesso em 15/06/2020.

TJ-MG. Tribunal de Justiça em Minas Gerais. TJ-MG-APR:10024096746037001 MG, Relator: Eduardo Machado, Data de Julgamento: 02/04/2013, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL. Data de Publicação: 10/04/2013. Jus Brasil, 2013. Disponível em: <<<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114851699/apelacao-criminal-apr-10024096746037001-mg?ref=serp>>>. Acesso em 15/06/2020.

TOLEDO, Francisco de Assis Toledo. **Princípios básicos de direito penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRF-RR. Tribunal Regional Federal em Roraima. TRF-RR – APR: 00003929120144014200 RR, Relator: Des. Olindo Menezes. Data de julgamento: 11/02/2020, 4ª Turma do TRF da 1ª Região. Data de publicação: 27/02/2020, Fonte: e-DJF1 27/02/2020. Jus Brasil, 2020. Disponível em: <<<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/285167852/trf-1-jud-trf1-26-02-2020-pg-221?ref=feed>>>. Acesso em: 15/06/2020.

A JUDICIALIZAÇÃO COMO CONSEQUÊNCIA DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, E O ATIVISMO JUDICIAL COMO PROTAGONISMO POLÍTICO DOS TRIBUNAIS.

Flodoaldo da Silva Nascimento

André Petzhold Dias

513

RESUMO

A evolução social encontra eco na vasta gama de garantias constitucionais, estas com finalidade precípua de resguardar o indivíduo de abusos estatais e preservar direitos. O Estado, na figura do Poder Judiciário, é obrigado decidir as demandas sempre que instado. Frente a ausência de normas que regulem o direito invocado, o respeito aos princípios da separação dos poderes e reserva legal devem ser observados. Tendo no fenômeno da Judicialização a ignição para o seu protagonismo, questiona-se o Ativismo Judicial como uma possível violação institucional. O Mandado de Injunção surge, então, como uma das possibilidades de o Judiciário provisoriamente assumir o papel de legislar em consequência de mora legislativa, e efetivar o direito constitucional. Todavia, a atuação judiciária vem demonstrando não ser essa a única maneira. O presente artigo teve como método o dedutivo e técnica aplicada foi a bibliográfica, com dados extraídos de livros, sites, artigos e textos.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização. Ativismo Judicial. Garantias Constitucionais.

ABSTRACT

Social evolution finds an echo in the wide range of constitutional guarantees, these with the primary purpose of protecting the individual from state abuse and preserving rights. The State, in the figure of the Judiciary, is obliged to decide the demands whenever requested. In the absence of rules regulating the right invoked, respect for the principles of separation of powers and legality must be observed. With the Judicialization phenomenon as the ignition for its protagonism, Judicial Activism is questioned as a possible institutional violation. The Injunction Warrant being one of the possibilities for the Judiciary to provisionally assume the role of legislating as a result of legislative delay, and to enforce constitutional law. However, judiciary's performance has been demonstrating this is not the only way. The present article used the deductive method and the applied technique was bibliographic, with data extracted from books, websites, articles and texts.

KEYWORDS: Judicialization. Judicial Activism. Constitutional guarantees.

Introdução

O Direito enquanto ciência encontra novos conceitos em consequência da própria mudança humano-social. Dentro desta mudança temos novos desejos, novas formas de convivência entre as pessoas, novas formas de contratos entre os particulares e, sobretudo, novos modelos e regimes políticos. De acordo com a Teoria do Contrato Social, a qual tem por expoentes Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, quando os indivíduos abdicam de sua liberdade, esperam que o Estado lhes garanta o direito de que seu jeito de ser e agir seja respeitado à luz de um arcabouço ético e moral.

Com o advento das Constituições Democráticas, o Estado reservou para si o dever/poder de garantir aos que se encontrem sob sua tutela, o respeito aos direitos consagrados na Carta Política, levando em conta não apenas as normas positivadas, como também, a forma pela qual o espírito da lei tenha sido transcrito, sempre dentro de princípios consagrados e entendidos como norte para melhor materializar o desejo da sociedade.

Perante tantas normas jurídicas que dispõem e regulam o dia a dia social, algumas vezes é necessário o Estado ratificar, esclarecer ou inovar o Direito. Nesse momento de possível silêncio regulamentar, entra em cena a divisão de poderes constitucionalmente previstas. O Executivo, Legislativo e Judiciário, de acordo com o mandamento constitucional são de fato, independentes e harmônicos entre si.

Diante da alegação de um direito violado, seja pela contrariedade com a norma ou pela ausência desta que regule o direito, o Judiciário na maioria das vezes é colocado à disposição para que esse problema seja solucionado. Meios que garantem a égide do direito omissos estão postos na Constituição, contudo, as decisões oriundas do poder Judiciário, principalmente em momentos contemporâneos, são objetos de uma expectativa política ímpar.

As decisões oriundas das cortes pela ausência de norma legal ou por um eventual entendimento ampliado da lei vêm sendo palco para diversas teses, nas quais doutrinadores divergem a respeito do papel do Judiciário em cada atuação. Sem descuidar do respeito ao princípio da divisão dos poderes, este poder também em respeito a outro

princípio, o da inafastabilidade da jurisdição deve se pronunciar, quando instada, para trazer a pacificação social.

Este trabalho buscou justamente analisar os motivos que fazem do Brasil um dos países com elevado índice de ações judiciais, e, por conseguinte, investigar os mecanismos jurídicos que o Estado dispõe para soluções dos litígios.

Ainda nesta pesquisa científica, procurou-se avaliar as teorias aplicadas pelo Supremo Tribunal Federal visando apresentar características e críticas ao deliberar dos tribunais de forma que se identifique o chamado Ativismo Judicial, como também as razões para a Judicialização da Política e suas consequências na sociedade.

1 - Do Império Legislativo Para O Estado Democrático Constitucional

1.1 - O Princípio da Separação dos Poderes

Para trazer a luz o tema proposto, temos que discorrer sobre o papel do Judiciário na tríade constitucional, e como este poder juntamente com os demais, tem significado essencial e características singulares no que concerne o chamado Estado constitucional, com seu mandamento de separação dos poderes, dentro do sistema de freios e contrapesos.

Para muitos estudiosos do Direito Constitucional a obra “O Espírito das Leis” de Montesquieu (1689-1755), retrata a consagração dessa divisão institucional. Entretanto, é de se observar que, este conceito está fortemente vinculado a outro princípio constitucional, a Soberania, não aquela que nos nossos tempos é segundo Kapllan e Katzenbach (1964. p. 149) “símbolo altamente emocional” para atrair simpatizantes do discurso nacionalista, mas, aquela que dá autoridade para o Estado exercer poder sobre os indivíduos.

O conceito de soberania na antiguidade era de difícil entendimento, e sua conceituação quase não encontrava significado. Jellinek, em observação, trouxe clareza e razão a esta questão: faltava ao poder estatal um limitador de seus atos. A soberania de uma forma ou de outra está atrelado ao domínio do Estado, antes um domínio político ditatorial, tendo evoluído a uma espécie de soberania jurídica. (DALLARI, 2007. p. 78-79).

No entendimento de Dallari (2007. p. 84), a soberania pode ser entendida por duas maneiras distintas. A Primeira “Como sinônimo de independência, e assim tem sido invocada pelos dirigentes dos Estados que desejam afirmar, sobretudo ao seu próprio povo, não serem mais submissos a qualquer potência estrangeira”. No segundo entendimento “como expressão de poder jurídico mais alto, significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que detém o poder de decisão em última instância, sobre a eficácia de qualquer norma jurídica”.

Exatamente é o segundo entendimento no conceito de Dallari, que, com o advento do Estado Constitucional, encontra a finalidade precípua de resguardar o indivíduo de abusos estatais e preservar direitos, dentre estão às garantias individuais. O Estado Constitucional tem por finalidade dotar cada poder com prerrogativas institucionais e seus agentes de garantias funcionais, vedando sua participação em funções diferente as que lhe estão vinculadas. (RAMOS, 2007. p.113-115).

Com as mudanças sociais no decorrer do tempo, as normas jurídicas tendem a se desconectar paulatinamente dos anseios hodiernamente mais presentes aos olhos de todos. Todavia, este fenômeno pode atribuir ao judiciário prerrogativas estranhas as funções típicas deste poder?

Roberto Wanderley Nogueira (2019) afirma que o juiz não pode afrontar a norma, principalmente a Constituição Federal, visto que, o judiciário é um poder constituído e não o constituinte. Desta forma, caso ocorra o afrontamento por um entendimento extensivo ou criação jurídica na aplicabilidade da norma, o princípio constitucional da reserva do legal será violado.

Por vezes o senso de justiça que à época da positivação de uma norma era o entender da sociedade, passa a não fazer mais sentido, causando uma impressão de injustiça ou de leis em desalinho com a vontade popular. Neste contexto, o judiciário se depara com situações que, a simples aplicabilidade literal da lei não se configura o que de fato acontece no meio social, visto que, as ciências sociais não se prendem ao pragmatismo, a evolução é real e os anseios são ensurdecadores ao se afrontar com o que pode ser considerado silêncio normativo em relação às mudanças.

Para Pedro de Araújo Fernandes (2017, p. 16) citando Vallinder et al, esta delegação concedida pelas Instituições Majoritárias do campo de solução é proposital,

observa-se que, diante de temas com alto grau de repercussão social, qualquer medida tomada, poderá ser devastadora politicamente aos poderes democraticamente eleitos.

2 - PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

A Constituição Federal em seu Art. 5º, inciso XXXV, em seu rol de garantias fundamentais dispõe o princípio da inafastabilidade da jurisdição, in verbis: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Pode, então ser extraído deste mandamento legal, o que justifica a chamada Judicialização?

Este princípio estabelece: a todos deve ser dado o direito de acesso à justiça. Foi segundo a teoria de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002, p. 05), de encontro a tudo pregado nos estados liberais, nos quais tão difundidas estavam as sociedades laissez-faire.

Diante deste direito, tal teoria lança um olhar sobre os juízes, na qual afirma, as técnicas processuais evoluíram do paradigma de conflitos individuais, servindo a questões sociais em que as cortes não são mais as únicas fontes de resolução de conflitos e que, as novas formas de regulamentação judicial tem um efeito de como se opera a lei substantiva. De igual modo, lança um desafio aos processualistas modernos que é adaptar os mecanismos processuais antes voltados substancialmente à resolução de litígios.

Dito isto, vislumbra-se que, mesmo ante ausência normativa ou uma lacuna legal do caso concreto, o poder judiciário tem o dever e obrigação funcional de decidir de forma fundamentada. Miguel Reale (1994) leciona a luz da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, Art. 4º, que este:

firma decisões dotadas de certa generalidade, mas, mesmo quando substanciadas em súmulas dos Tribunais Superiores, estão sujeitas a revisão, à vista de novas razões aduzidas pelas partes, em virtude de diretrizes teóricas consagradas por novos modelos hermenêuticos. (REALE, 1994).

Corroborando o entendimento de Reale, Maria Berenice Dias explica que, diante às lacunas legislativas o judiciário fica autorizado a exercer o papel de legislar, senão vejamos.

Quando o legislador se omite em regular situações dignas de tutela, as lacunas precisam ser **colmatadas**, isto é, preenchidas pelo juiz, que não pode negar proteção nem deixar de assegurar direitos sob alegação de ausência de lei. É o que se chama de *nom liquet* (LINDB 4º e CPC 126). Toda a vez que o juiz se depara com uma lei deficiente está autorizado a exercer, dentro de certos limites a função de legislador, a efetuar, no lugar deste, juízos de valor e decisão de vontade. (DIAS, 2015. p. 28).

Será este o elemento característico do Ativismo Judicial?

O Ativismo Judicial se apresenta como uma espécie diante do gênero Judicialização, e no sistema Civil Law, que é o caso do Brasil, a característica é de a lei ter o espírito da justiça, por ser um sistema que estipula as normas para os casos em abstrato, o que desperta o entendimento de proteção jurídica para toda atividade social.

O fenômeno da Judicialização traduz a falta de resolução consensual das discordâncias do dia a dia, muitos dos casos resolvidos na esfera judicial poderiam ser solucionados de forma célere e simples na via extrajudicial. Todavia, as questões mais complexas, de fato, podem e são chamadas a ter sua solução diante dos tribunais, inclusive os superiores.

3 - Ativismo Judicial: Protagonismo Político Dos Tribunais

Apesar da polêmica a respeito da origem do termo Ativismo Judicial, de forma majoritária há o entendimento que a expressão, tem como primeira aparição no cenário político nos Estados Unidos, em consequência de embates acerca de políticas que visavam um possível crescimento econômico pós grande depressão da década de 1930, políticas modernistas, estas lançadas pelo Presidente americano Franklin Roosevelt e decisões da Suprema Corte norte-americana enraizadas de conservadorismo jurídico, em que apreciavam contrariedade com a Constituição (MARTINS, 2019).

Um pouco mais adiante, entre os anos de 1954 e 1969, esta mesma corte proporcionou mudanças significativas nas matérias de direitos fundamentais, sem que houvesse naquele momento da história, a menor atividade por parte do poder legislativo ou executivo neste sentido (BARROSO, 2017. p. 9-10).

O Ativismo Judicial é associado a algo depreciativo ou na maioria das vezes tem a conotação de uma “intromissão” do Poder Judiciário na esfera típica dos demais

poderes, causando assim, desequilíbrio institucional. De fato, o Ativismo Judicial tende abarcar demandas que a ele são apresentadas como solucionáveis por via jurídica, pela ausência de ações em situações envolvendo os outros poderes, tendo, por conseguinte ampliação e/ou redução no entendimento legal ou normativo, por vezes, esta visão é baseada no senso comum, pois em casos concretos o que ocorre, tão somente é a ocupação de uma lacuna. (BARROSO, 2017. p. 10).

Neste sentido Continentino (2010. p. 143-144), explica sobre a vedação à criação judicial do direito, e que as chamadas Cortes Ativistas, teriam como característica justamente o desprezo destes limites de suas atribuições, e principalmente ao princípio da separação dos poderes, na qual o problema dessa perspectiva seria, a falta de “normas jurídicas claras, com conteúdo bem definido e delimitado”

Ao posicionar-se algumas vezes na vanguarda de temas onde deveria existir a presença dos poderes constituídos democraticamente pelo sufrágio universal, o judiciário seja por meio de controles repressivos de leis, e no caso do STF por via de Ação Direta de Inconstitucionalidade de normas oriundas dos outros poderes, seja por se manifestar ainda, nas Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, comporta-se como um agente tipicamente político legislador quando não se restringe unicamente aos mandamentos das leis.

A provável ingerência, como não poderia deixar de ser, recebe um sem números de críticas, por parte da doutrina. Contudo, há de se levar em conta que, de fato, o ideal para fazer valer a vontade popular, é a de que, todos os poderes exerçam o controle sobre a Constituição e conseqüentemente sobre as leis infraconstitucionais.

Não obstante, o maior saber jurídico e melhor treinamento dos juízes para solucionar as demandas jurisdicionais em muitos casos não bastam, visto o juiz saber muito, porém, não saber tudo, e necessita além de conhecimentos jurídicos, o conhecimento técnico e imparcial. Isso sem mencionar o déficit democrático no processo de provimento dos cargos.

Dos Santos (2016, p. 28) explica que, o protagonismo judicial gera o esvaziamento dos outros poderes, como também dos outros atores jurídicos, causando uma super valorização do Judiciário, “afinal um juiz protagonista, é sábio o suficiente para não precisar da colaboração de advogados, promotores e, até mesmo, das partes”.

O Ativismo Judicial também se caracteriza por ser o movimento proativo do judiciário em demandas que o legislativo possivelmente se omite e o executivo fica inerte. Muitas vezes isto ocorre por existir a falta de representatividade parlamentar ou mesmo a não realização de políticas públicas que satisfaçam os direitos, e, em razão da omissão, surgem, as reivindicações da sociedade, ou de parte dela.

Desta forma, as tomadas de decisões do judiciário devem observar, sem ignorar, de suas consequências sistemáticas, que o Ativismo Judicial por ser um termo de aplicabilidade técnica expansiva e proativa, pode causar ingerências políticas, o que não é recomendável no regime democrático, caracterizando a chamada dificuldade contra majoritária, vez que a política é a vontade da maioria, e ao nascer o direito, este é o produto da política, neste contexto, aos juízes cabe garantir a observância do direito no caso concreto.

Outra característica ainda, é a que deve sempre procurar extrair o máximo da potencialidade do texto constitucional, não se limitando apenas a declarar a omissão legislativa ou expressar a literalidade legal, como também, indo além da norma positivada, para boa parte da doutrina ferindo de morte o princípio da separação de poderes.

Na ótica de Dos Santos (2016, p. 28):

Nesse cenário, a justiça afasta-se de suas perspectivas democrática e passa a ser fruto da atividade solitária do juiz, como se ele fosse autossuficiente e tivesse sabedoria tamanha a tomar sempre a decisão correta sem a participação ativa das partes e de seus advogados. (DOS SANTOS. p. 28)

Inclusive esta observância mandamental constitucional tem por base os limites da função jurisdicional, na qual deve-se ter muita precaução em se tratando de Ativismo Judicial, para não ser confundido a um ato de invadir o campo de criação livre do Direito. Nas palavras de Leite (2016) “O que confirma que a eventual atuação contra majoritária sempre se dará em prol da democracia”.

4 - Judicialização: Tribunais Como Mais Uma Arena Política

Pedro de Araújo Fernandes em sua dissertação de mestrado citando Vallinder conceitua a judicialização da seguinte forma:

1. O processo pelo qual os tribunais e juízes passam a definir ou cada vez mais a dominar a definição de políticas públicas que, anteriormente, haviam sido definidas (ou, acredita-se, devem ser definidas) por outras agências governamentais, especialmente do Legislativo e Executivo, e 2. O processo pelo qual os fóruns não judiciais de negociação e de tomada de decisão passam a ser dominadas por regras e procedimentos quasi-judiciais (legalistas). (FERNANDES, 2017. p 14)

4.1 - Bases da Judicialização no Brasil

Vindo de um regime de exceção, o Brasil tem no STF, até meados dos anos de 1990, uma figura passiva em relação às políticas públicas, Marcus Faro de Castro em um artigo publicado em 1996 utilizou pela primeira vez o termo Judicialização, como característica da Judicialização à Democracia, configurando uma dicotomia, pois, tem em sua separação dos poderes a figura mais emblemática, e diante do autoritarismo, era evidente que tal característica se encontrava ausente.

Segundo Fernandes (2017. p. 17) “o termo ganhou relevo na literatura política e jurídica brasileira principalmente por meio da publicação, em 1999, do livro **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**”, com autoria de Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos.

4.2 - A Judicialização como Políticas de Direito

Com efeito, a Judicialização é o chamado para o Poder Judiciário se manifestar acerca de temas que se mostram constitucionalizados, em que o direito tem origem na política, tudo que foi posto em nossa Constituição politicamente, se tornou direito por excelência.

Vale ressaltar que, a condição de Política de direito se torna uma facilitadora da expansão do Poder Judiciário. Sempre que as Constituições garantem muitos direitos, as minorias podem afirmar estes em face das majorias, tendo as Cortes uma posição institucional privilegiada, pelo fato de serem atores centrais neste tipo de política (FERNANDES, 2002. p. 15)

O Judiciário na figura do Supremo Tribunal Federal, com seu mister de guardião da Constituição Federal de 1988, tem que resguardar e aplicar as leis gerando pacificação

social, porém, se o silêncio legislativo diante de casos de repercussão nacional em que fica evidente a necessidade de melhor clareza e até mesmo evolução jurídica, no sentido de observar que a sociedade mudou, fazer a justiça por vezes pode causar polêmica.

O fenômeno da Judicialização no Brasil tem como base a própria Constituição, uma vez que disponibiliza instrumentos ou como doutrinariamente se conceitua, remédios constitucionais, exemplo que discorreremos brevemente a seguir, o Mandado de Injunção (CRFB, Art. 5º, inciso LXXI). Diante de uma possível lacuna ou omissão legislativa, a princípio, pela inércia do legislativo.

5 - Mandado De Injunção

Este instituto foi incorporado ao arcabouço jurídico pátrio, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, Artigo 5ª, Inciso LXXI, e disciplinado pela Lei 13.300/2016, garantindo que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

O mandado de injunção põe o magistrado diante de um caso concreto em que, com certo grau de discricionariedade tem o dever de decidir levando em consideração todo o ordenamento jurídico, necessário subsistir a sistematização do direito, consciente que este não pode ser criado isoladamente, visto que, o próprio direito não pode ser entendido e construído por normas esparsas, na verdade, estas normas são orientadas pelos valores sociais contemporâneas. (RAMOS e LIMA, 2011, p. 29).

Sendo o mandado de injunção uma garantia constitucional diante de lacuna legal, o qual, o constituinte originário possibilitou ao magistrado poder/dever, a substituição temporária do legislativo devendo respeito aos princípios constitucionais, já mencionado alhures, da inafastabilidade jurisdicional e separação dos poderes.

Ramos e Lima apud José Afonso da Silva explicam que o entendimento de lacuna legislativa, não está apenas nas normas constitucionais, em que este exige para sua efetivação na lei ordinária ou complementar.

Muitos direitos constam de normas constitucionais que prevê em uma lei ordinária ou uma lei complementar para terem efetiva aplicação. Nessas hipóteses, é fácil verificar a norma pendente de regulamentação. Há casos, contudo, em que a norma constitucional apenas supõe, por sua natureza, por sua

indeterminação, a necessidade de uma providência do poder Público para que possa ser aplicada. Norma regulamentadora é, assim, toda ‘medida para tornar efetiva a norma constitucional’” (RAMOS E LIMA, 2011, p. 30).

O surgimento deste instituto tem o intuito de sanar uma anomalia jurídica, a de que as normas constitucionais de aplicabilidade mediata restavam sem eficácia, isto se dava, pela inércia do legislador infraconstitucional ao ser instado a elaborar leis que tivessem sentido integrativo e regulamentador, como também as normas de natureza programáticas.(GIANNINI, 2014).

5.1 - Evolução Jurisprudencial Do Mandado De Injunção

O Supremo Tribunal Federal ao se deparar com casos em que foi instado a decidir a cerca de mandado de injunção, foi paulatinamente modificando o entendimento sobre de qual maneira sua decisão não afrontaria o princípio da separação dos poderes, gerando com isso uma crise institucional, sem obstar, o direito das partes na tutela do direito material postulado.

Essa evolução, inclusive, pode ser utilizada como fundamento na demonstração de tentativa de respeito aos poderes e suas omissões.

No caso MI 107/DF, Rel. Ministro Moreira Alves, em que a Corte por maioria decide por salvaguardar o direito de expedição normativa pela via legislativa, uma vez que, a decisão fosse de constituir direito as partes, uma norma regulamentadora posterior estaria vinculada a este entendimento.

Gilmar Ferreira Mendes et al (2014), mostra que a decisão do STF foi no sentido conservador em se tratando do respeito à divisão republicana dos poderes, uma vez que a edição de norma geral foi refutada pelo Tribunal, obstando assim, que adentrasse à esfera legislativa . A Corte deixou de exercitar seu poder de curador do direito, sem assegurar expedição de norma que tutelasse o caso concreto.

Entendimento este que perduraria ainda na Suprema Corte, como bem se observa no MI 168/RS, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence. “O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado”.

A doutrina declara que este entendimento adotado pelo STF naquele momento era a chamada teoria não concretista. Siman transcreve os dois entendimentos do Ministro Moreira Alves acerca desta teoria:

a) - o mandado de injunção é ação que se propõe contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos quantos à norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o artigo 5º, LXXI, e se destina a obter uma sentença que declare a ocorrência da omissão inconstitucional, ou marque prazo para que isso não ocorra, a fim de que se adotem as providências necessárias à eliminação dessa omissão; e

b) - o mandado de injunção é ação que se propõe contra a pessoa jurídica de direito público ou o particular a que incumbe a observância do dever jurídico correspondente cujo exercício está inviabilizado pela omissão regulamentadora, e que culmina com a sentença constitutiva em favor do autor, viabilizando-lhe esse exercício, com a sua regulamentação. (SIMAN, 2009).

Com a posição do STF em adotar inicialmente a teoria não concretista, a doutrina duramente criticou tal posicionamento, o que pode ser posto como uma das razões para as mudanças de paradigmas a respeito deste instituto. Porém, outros fatores são identificados como, inércia dos poderes públicos em promover a integração da Constituição, em consequência da mora legislativa, e inclusive a mudança na composição do Superior Tribunal Federal. (GIANNINI. 2007).

Diante das críticas e verificação material que a inércia legislativa se perpetuava frente aos casos concretos, o Mandado de Injunção 283 foi o primeiro em que o STF definiu prazo para o Congresso Nacional se posicionar e concretizar o direito julgado. Seria esta a teoria concretista individual intermediária defendida pelo Ministro Néri da Silveira em seu voto.

Assim, julgo procedente o mandado de injunção para estabelecer prazo de 45 dias com vistas à ultimação do processo legislativo, previsto na regra constitucional em apreço, acrescido de mais 15 dias, destinados à sanção presidencial. Ultrapassado esse prazo sem que se haja promulgado a lei a que se refere o art. 8º, § 3º, do ADCT, assim como o eminente Relator, também asseguro ao requerente obter a reparação de natureza econômica que o preceito constitucional lhe assegura, em via própria, contra a União Federal, não se aplicando à hipótese a nova lei que, eventualmente, tenha seu processo legislativo concluído, após o ajuizamento da nova ação e desde que já exista coisa julgada, ficando, todavia, ressalvados, em favor do requerente, eventuais benefícios não previstos na sentença, mas estabelecidos na lei em referência. (SIMAN, 2009)

Sucessivamente, uma nova definição sobre os efeitos o Mandado de Injunção foi determinado no julgamento conjunto do MI 712/PA (Relator Min. Eros Grau) e do MI 670/ES (Relator Min. Gilmar Mendes). Neste julgado o Ministro Gilmar Mendes descreve que nas decisões anteriores o STF já vinha tendo um entendimento no que chama de “uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano” (MI 670. p. 13).

Ao conhecer do mandado de injunção em voga, o referido Ministro no que concerne ao mérito, vota para que seja dado sentido análogo ao direito de greve dos servidores públicos com efeito dos direitos positivados na Lei 7.783/1989 (Lei de greve da iniciativa privada), até que seja regulamentado por lei superveniente o direito de greve para os servidores públicos.

Na linha histórica, mais precisamente em 2011 a Suprema Corte Federal deu ao MI 1967/DF evolução ao entendimento sobre este tema, nas palavras de Giannini (2014), “além de cientificar o responsável pela edição da norma acerca de sua omissão, reconheceu o direito subjetivo postulado, de forma que o impetrante pudesse desde logo usufruir concretamente do direito, a despeito da ausência de regulamentação legislativa”.

Desta feita, criticar o poder judiciário como atuante ativista que interfere nos demais poderes é ignorar essa demonstração de respeito sem a devida reciprocidade verificada nos casos de mora legislativa que continuou desatendida.

6 - Omissões Legislativas

O Poder Judiciário como mostrado acima foi alterando seu entendimento sobre o mandado de injunção, muito por consequência da mora do legislativo ou da administração pública diante das decisões dos tribunais que continuavam sem uma norma legal, a qual pudesse regular o direito do caso julgado ser tutelado.

Nesta senda, o Artigo 40, § 4º da Constituição Federal pode ser um bom exemplo de como acontece mora legislativa, ante decisões judiciais que concedem writ, sem se ter norma legal positivada diante do mandamento constitucional. O MI 721/DF, trouxe o entendimento do STF no sentido de que por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu §1º da CRFB o Judiciário cabe não apenas “emitir certidão de omissão do poder incumbido de regular o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e a cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o exercício desse direito,

afastando as consequências da inércia do legislador” (MI 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 2007).

Com fundamentos no mesmo artigo constitucional, ausente norma legal a respeito de aposentadoria especial para servidores públicos, o MI 758/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio, 2008, além de julgar procedente e assentar o direito do impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço, definiu-se por fim determinar, a comunicação para que fosse suprida a omissão legislativa pelo Congresso Nacional.

Ainda se tratando da regulamentação do direito de aposentadoria especial dos servidores públicos, em 2009 na sessão plenária, o STF por unanimidade concedeu parcialmente a ordem para em diversos MI's, ser comunicada a mora legislativa e determinar a aplicação do artigo 57 da Lei nº 8.213/91. Também, foi determinado a autorização para que decisões monocráticas dos Ministros decidam os casos idênticos. (Supremo Tribunal Federal).

Desta forma, a Judicialização por vezes demonstra que o poder Judiciário não pode e nem deve ser populista, seu balizamento sempre será o limite imposto pela norma vigente, se estas estiverem positivadas, tendo que sempre fundamentar suas decisões gerando segurança jurídica e o poder as partes de questionar tais decisões no âmbito recursal. A Constituição Federal de 1988 traz no Artigo 93, inciso IX o seguinte texto: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”

Mesmo texto se reproduz no NCPC/15 em seu Artigo 11, é o que pode caracterizar a Judicialização, pois de forma sistemática esse protagonismo do Judiciário se dá através de matérias sociais, políticas e mesmo morais, às vezes por inibição proposital dos poderes tradicionalmente políticos, conceituando este fenômeno e enumerando os motivos que explicariam no entendimento doutrinário.

A primeira característica é o fato de se mostrar um Poder Judiciário forte e independente, com ascensão política dos juízes e tribunais. Como segunda característica é a que se apresenta pela falta de representatividade oriundas de uma desilusão com a política majoritária, e ainda salienta uma terceira razão, a de que simplesmente os atores políticos preferem que o judiciário tome a palavra derradeira sobre temas o quais existem uma discordância social. (Barroso 2017, pág. 7).

Maria Berenice Dias, explica que em tese o direito deveria abarcar todas as demandas sociais, contudo, o direito no caso concreto chega com atraso, e em se tratando de omissão “deve-se socorrer-se dos princípios constitucionais que estão no vértice do sistema” (Dias, 2015. p. 28). O que se pode extrair, é que, os princípios constitucionais tornam-se fontes normativas.

7 - Estado Democrático De Direito

Diante do quadro vivenciado pela humanidade no pós Segunda Guerra Mundial, no campo jurídico-político houve uma evolução de paradigmas, em que, o Estado Liberal com seus princípios de liberdade e igualdade, no qual todos são iguais perante a lei. E com as bases do Estado Social, no qual o mero reconhecimento de direito pelo Estado é por vezes insuficientes, a intervenção deste faz com que de fato os direitos sejam garantidos. A junção das duas visões políticas forma o embrião do Estado Democrático de Direito. (DOS SANTOS, 2016. p. 38-40)

Na esteira do Estado Democrático de Direito, quando se diz que a Democracia é o governo de todos, isto significa que, não é governo de majorias e nem de minorias. Para Dos Santos (2016, p. 39-40) a democracia é o governo no qual não se pode existir exclusões sociais, é o governo em que as diferenças entre os grupos não pode ser motivo para que o simples objeto da vontade de um, seja o de excluir, ignorar e ferir as particularidades de vida do outro grupo.

8 - Consequências Da Judicialização Da Política

Um caso emblemático é o do reconhecimento dos direitos do casamento homoafetivo a luz do mandamento constitucional (ADI 4277 e ADPF 132).

Resta agora trazer à baila exemplo de como o poder judiciário, representado pelo STF, enfrentou a demanda do caso de reconhecimento das relações homoafetivas, equiparando-as, ao casamento tradicional o heteroafetivo, dando-lhes os mesmos direitos de uma união estável. O princípio da busca da felicidade se manifesta além da esfera formal da norma, alcançando materialidade quando consegue, ser associado ao princípio da dignidade da pessoa humana, Art. 1º, inciso 3º da CRFB de 1988, como um baluarte da defesa da tutela protetiva das minorias.

Em 05 de novembro de 2011 o pleno do STF decidiu, por reconhecer aos casais do mesmo sexo a igualdade em direito nas relações conjugais, dando entendimento conforme a Constituição Federal de 1988 que preceitua em seu Art. 3º, inciso IV. a vedação de qualquer forma de discriminação. Para isto, o Relator Ministro Ayres de Britto no seu voto (p.10), asseverou que o entendimento do Art. 1.723 do Código Civil de 2002, deve ser no sentido que, mesmo não trazendo em seu conteúdo explicitamente o reconhecimento das uniões homoafetivas, a conformidade com a Constituição é imperiosa.

Na linha de raciocínio de seu voto, o Ministro Ayres de Britto (p.21-22), explica que o princípio da autonomia da vontade de cada indivíduo, art. 5º, inciso II da CRFB, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em senão em virtude de lei”. Está posto de forma subjetiva, que nada dispôs sobre a esfera particular, visto que, não obriga e nem proíbe a maneira de se bem fazer uso dos seus órgãos sexuais. Sendo assim, um direito potestativo, que juntamente com outras liberdades individuais se impõem diante do Estado e da sociedade.

Diante da expressa característica normativa, em que se configura a entidade familiar a união do homem e da mulher, o Ministro conceitualmente esclarece e leciona que, a discriminação masculina quanto feminina é vedada logo, a sexualidade se ampara nesse direito¹⁹.

Assim, julgo procedente o mandado de injunção para estabelecer prazo de 45 dias com vistas à ulatimação do processo legislativo, previsto na regra constitucional em apreço, acrescido de mais 15 dias, destinados á sanção presidencial. Ultrapassado esse prazo sem que se haja promulgado a lei a que se refere o art. 8º, § 3º, do ADCT, assim como o eminente Relator, também asseguro ao requerente obter a reparação de natureza econômica que o preceito constitucional lhe

Também incide à possibilidade do concreto uso da sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão de sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino - tirante suas diferenças biológicas -, também não assiste às pessoas heterofetivas o direito de contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos; (p. 24-25)

assegura, em via própria, contra a União Federal, não se aplicando à hipótese a nova lei que, eventualmente, tenha seu processo legislativo concluído, após o ajuizamento da nova ação e desde que já exista coisa julgada, ficando, todavia, ressalvados, em favor do requerente, eventuais benefícios não previstos na sentença, mas estabelecidos na lei em referência. (SIMAN, 2009

O dito popular “o direito de cada um vai até onde começa o direito do outro”, pode ser invocado no caso em voga, e de qual forma o direito dos casais homoafetivos poderiam ferir direito de outrem? Está questão explica o Ministro nos seguintes dizeres em seu voto “não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem”.

Neste limiar, o Ministro quer elucidar não existir um relacionamento privilegiado a mais que o outro, ou que o reconhecimento do direito irá transformar a sociedade em algo diferente do que é hoje, o direito a equiparação das uniões homoafetivas com todos os direitos e deveres dos casamentos heterossexuais se dá a luz de um possível entendimento proativo e vanguardista da Suprema Corte Brasileira, tanto assim que este julgado foi homenageado pela Organização das Nações Unidas.²⁰

Conclusão

Os acontecimentos políticos dos últimos tempos no Brasil são reflexos das mudanças na sociedade. Cada vez mais os indivíduos procuram tutela estatal para solucionar suas demandas, fenômeno a princípio identificado em razão da ampla garantia de direitos expressos na Constituição Federal. Nesse contexto, o Estado tem o dever legal de não se omitir em solucionar os litígios que a ele são apresentados.

²⁰O presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Dias Toffoli, comunicou na sessão plenária desta quarta-feira, 12, que a Organização das Nações Unidas (ONU) certificou como patrimônio documental da humanidade os processos em que o STF reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo e a garantia dos direitos fundamentais aos homossexuais.

As ações (ADI 4277 e ADPF 132) foram julgadas pela Suprema Corte em maio de 2011. "Esse reconhecimento representa a consolidação dos direitos alcançados pela sociedade e o compromisso do estado brasileiro de construir uma sociedade mais livre, justa e solidária, sem preconceitos de origem, raça, cor ou quaisquer outras formas de discriminação", afirmou Toffoli, anotando que o Brasil foi o primeiro País a reconhecer este direito por decisão judicial. Disponível em:

<https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2018/12/12/interna_nacional,1012690/decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva-e-reconhecida-pela-onu.shtml>

O constituinte originário idealizou instrumentos para manutenção da harmonia entre os poderes, dando a cada um seu limite de atuação. Isto não significa que um poder deve ser submisso ou inerte diante de situações que possam ferir direitos ou liberdades constitucionais.

Nesta seara, o Mandado de Injunção foi apresentado como instrumento pelo qual o judiciário pode ser instado a se manifestar ante omissão dos outros poderes. No caso em que se conformar uma solução que possa ser tida como além do que está previsto legalmente, ultrapassando os limites típicos, estamos diante do que podemos assim identificar, o Ativismo Judicial Constitucional ou o Ativismo Judicial Inconstitucional.

O Ativismo Judicial Constitucional é aquele em que as normas não estão expressas, entretanto, pode-se ter uma decisão por analogia, em que há mora legislativa, causando prejuízo ao direito pretendido das partes, emancipa o Judiciário com o poder provisório de legislar inter partes.

A maior crítica desponta quando o Ativismo Judicial é Inconstitucional, pois, demonstra um atributo do judiciário e seus membros no qual se caracteriza uma supervalorização deste, visto que, nesse Ativismo, as cortes tendem a tomar medidas que interferem diretamente nas atribuições típicas dos outros membros republicanos.

Por assim dizer podem afrontar decisões dos demais poderes, quando estes elaboram leis ou normas que por via judiciária são derrubadas, ou tomam decisões sem que sejam levadas em conta as possibilidades orçamentárias ou executórias. Apenas impõe solução, não atentando para como o direito será executado pelo agente público que esta ordem vincule.

Como dito acima, o modelo pelo qual a Constituição Federal foi concebida trouxe o entendimento que dá margem para o grande número de ações em busca de respaldo jurídico para o problema fático. Isto ocorre em virtude da sociedade confiar na força e contar com o auxílio do poder Judiciário na solução do seu caso.

Outro momento em destaque é quando os tribunais se transformam em mais uma arena política pela chamada Judicialização da Política. Os grupos de interesse agem nos tribunais de forma a tentar garantir conquistas que na via legislativa foi frustrada.

Neste momento a atuação ou omissão dos atores institucionais pode ser entendida também como proposital, tanto a que não esclarece o direito, como a que simplesmente deixa de preencher uma lacuna que foi imposta ao legislador ordinário colmatar. A Judicialização é o fenômeno que traz ao Judiciário a situação de ouvir as demandas na qual principalmente as minorias têm dificuldade de obter reconhecimento.

Quando confrontado o direito com a opinião pública, é de fácil percepção que os agentes institucionais constituídos por meio eleitoral tendem a se retrair, o que não pode ocorrer em relação ao poder judiciário, este tem o dever de decidir a demanda (vedação ao *nom liquet*). Diante desta hipótese, as decisões provenientes das cortes devem ter a percepção sobre a dinâmica social.

O direito serve para regular o convívio social. Logo, o indivíduo que submete a revisão de sua demanda ao judiciário, não se importa se haverá desequilíbrio entre os poderes, por ocorrer um Ativismo Constitucional ou Inconstitucional, apenas deseja ter o que a lei lhe assiste como reconhecido e executado.

O que deve ser combatido são os excessos, uma supervalorização das cortes, em que estas se posicionam como as típicas detentoras da atividade legislativa, não cabendo em um regime democrático de direito. Resta aos membros do Poder Judiciário, principalmente aos magistrados, o melhor discernimento e percepção tanto política quanto social. (self restraint)

O poder Judiciário se mostra forte e independente justamente quando suas decisões são aceitas pela opinião pública sem maiores questionamentos, tento como fundamentos as normas e princípios éticos e morais. No caso do reconhecimento à igualdade das relações homoafetivas por analogia a união estável, o STF não cria uma nova norma legal, mas tão somente, concede o direito aos parceiros ou parceiras de estarem sob as benesses legais.

O presente Artigo trouxe o entendimento, sem de maneira alguma exaurir o tema, e a pretensão nem seria essa, mas tão somente, demonstrar que a Judicialização da Política é um fenômeno que ocorre nas Constituições que possuam vasta gama de garantias individuais.

Que o Ativismo Judicial é o meio pelo qual o poder Judiciário pode exercer um protagonismo diante dos demais poderes, sempre lembrando que isto é originado pela

atuação omissa dos outros poderes. Seu exagero se configura espécie de legislatura judicial o que pode afrontar o princípio da separação dos poderes. Porém, se for instado, mesmo diante de ausência legislativa terá que se expressar.

O que fato pode-se extrair é que a democracia se faz com leis, normas e poderes constitucionais efetivamente harmônicos entre si, e todas estas características devem ser em função de evolução da sociedade que estas regulam e tutelam.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vicente Paulo. Disponível em: <<https://joamartinspositivado.jusbrasil.com.br/artigos/157291066/ativismo-judicial>> Acesso em: 13. Mar. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf> Acesso em: 12. Mar. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo / Luís Roberto Barroso. - 5. ed. - São Paulo - Saraiva, 2015. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books?id=nyJrDwAAQBAJ&pg=PT743&lpg=PT743&dq=institui%C3%A7%C3%A3o+de+contribui%C3%A7%C3%A3o+dos+inativos+na+Reforma+da+Previd%C3%Aancia+\(ADI+3105/DF\);&source=bl&ots=WfIFjLGU5T&sig=ACfU3U3-dUIHf9hLpu4-4ltSHpXaDfCkew&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwjfoIL1nJjoAhXIdd8KHe4qDh4Q6AEwBXoECAsQAQ#v=onepage&q=institui%C3%A7%C3%A3o%20de%20contribui%C3%A7%C3%A3o%20dos%20inativos%20na%20Reforma%20da%20Previd%C3%Aancia%20\(ADI%203105%2FDF\)%3B&f=false](https://books.google.com.br/books?id=nyJrDwAAQBAJ&pg=PT743&lpg=PT743&dq=institui%C3%A7%C3%A3o+de+contribui%C3%A7%C3%A3o+dos+inativos+na+Reforma+da+Previd%C3%Aancia+(ADI+3105/DF);&source=bl&ots=WfIFjLGU5T&sig=ACfU3U3-dUIHf9hLpu4-4ltSHpXaDfCkew&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwjfoIL1nJjoAhXIdd8KHe4qDh4Q6AEwBXoECAsQAQ#v=onepage&q=institui%C3%A7%C3%A3o%20de%20contribui%C3%A7%C3%A3o%20dos%20inativos%20na%20Reforma%20da%20Previd%C3%Aancia%20(ADI%203105%2FDF)%3B&f=false)> Acesso em: 18. Mar. 2020.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. Congresso Nacional, Brasília, 1988.

_____, Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496562/000940652.pdf?sequence=1>> Acesso em: 18. Mar. 2020.

_____, Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>
Acesso em: 05. Abr. 2020.

_____, Disponível em:
><http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>> Acesso em: 08. Abr. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. Reimpresso 2002. Disponível em:
<https://www.academia.edu/6522484/MAURO_CAPPELLETTI_ACESSO_%C3%80_JUSTI%C3%87A> Acesso em: 21. Mar, 2020.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros. O Papel Político do Poder Judiciário. Revista da EMERJ. V 3. n. 11. 2000. Disponível em:
<https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista11/revista11_171.pdf>
> Acesso em 25. Mar. 2020.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial Proposta para uma discussão conceitual : Brasília a. 49 n. 193 jan./mar. 2012. Disponível em:
<https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/49/193/ril_v49_n193_p141.pdf> Acesso em: 18. Mar. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos Teoria Geral do Estado / Dalmo de Abreu Dallari - 26. ed. - São Paulo: Saraiva, 2007. Disponível em:
<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2108910/mod_resource/content/1/D%20DALLARI%20-%20Elementos%20TGE.pdf> Acesso em: 23. Mar. 2020.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias I / Maria Berenice Dias. - 10. ecl. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em:
<<https://www.udc.edu.br/libwww/udc/uploads/uploadsMateriais/27052019144452Manual%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia%20-%20Maria%20Berenice%20Dias.pdf>> Acesso em: 01. Abr. 2020.

DOS SANTOS, Eduardo R. Princípios Constitucionais / Eduardo Rodrigues dos Santos - Salvador: JusPODIVM, 2016. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/57401602/eduardo-rodrigues-dos-santos-principios-processuais-constitucionais>> Acesso em: 05. Abr. 2020.

FERNANDES, Pedro de Araújo. A Judicialização da “Megapolítica” no Brasil: O protagonismo do STF no Impeachment da Presidente Dilma Rousseff. Dissertação (Dissertação em Direito) - PUC-Rio. Rio de Janeiro, p. 98. 2017. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/31030/31030.PDF>> Acesso em 25. Mar. 2020.

534

GIANNINI, Marcelo Henrique. Evolução histórica do mandado de injunção na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 04 maio 2020. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/40726/evolucao-historica-do-mandado-de-injuncao-na-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 04 maio 2020.

Matéria do JORNAL ESTADO DE MINAS: Decisão do STF sobre união homoafetiva é reconhecida pela ONU: 12 de dezembro de 2018: Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2018/12/12/interna_nacional,1012690/decisao-do-stf-sobre-uniao-homoafetiva-e-reconhecida-pela-onu.shtml> Acesso em: 03. Abr. 2020.

KAPLAN, Morton A. & KATZENBACH, Nicholas de B. ; Fundamentos políticos do direito internacional / tradução de Sigrid Faulhaber Godolphim e Waldir da Costa Godolphim. Imprensa: Rio de Janeiro, Zahar, 1964.

LEITE, Gisele. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/judicializacao-e-democracia/>> Acesso em: 12. Mar. 2020.

MARTINS, Sergio Merola. Blog do Aurum. 26. Ago. 2019. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/>> Acesso em: 12. Mar. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 1204 e ss.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. Disponível em : <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-06/opiniao-ativismo-judicial-destroi-estado-democratico-direito>> Acesso em: 15. Mar. 2020.

RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial : parâmetro dogmático / Elival da Silva Ramos. - 2. ed. - São Paulo : Saraiva, 2015. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=0D1nDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-PT&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false> Acesso em: 18. Mar. 2020.

REALE, Miguel: Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico/Miguel Reale - São Paulo: Saraiva, 1994. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=YDtnDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>> Acesso em: 25. Mar. 2020.

SIMAN, Felipe Valente. Mandado de injunção e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. 2009. Disponível em:<<http://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/mandado-de-injuncao-e-sua-aplicacao-pelo-supremo-tribunal-federal/>>Acesso em: 01. Maio. 2020.

VadeMecum Saraiva / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Cepedes e Fabiana Dias da Rocha - 28. ed. atual. e ampl. - São Paulo : Saraiva Educação. 2019.

A PROTEÇÃO E AMPARO À MULHER EM CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE HISTÓRICA E JURÍDICA NO ÂMBITO INTERNACIONAL E INTERNO

PROTECTION AND SUPPORT FOR WOMEN IN CASES OF OBSTETRIC VIOLENCE: A HISTORICAL AND LEGAL ANALYSIS IN THE INTERNATIONAL AND INTERNAL SCOPE

Lilian Esther Ribeiro Pires

Juan Pablo Ferreira Gomes

536

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar a proteção jurídica à mulher-mãe e o processo histórico de afirmação e reconhecimento desta enquanto sujeito de direitos na Sociedade Moderna, além da condição de procriadora, tal qual foi relegada em uma estrutura social pautada pelo patriarcalismo, adotando-se, como estudo de caso, o fenômeno da violência obstétrica. Diante de um paulatino progresso sobre o tema, alguns tratados internacionais mostram-se empenhados na proteção da mulher diante dos abusos sofridos em maternidades, postos de saúde, entre outras unidades básicas de saúde pública ou privada, enquanto que no direito interno não há sequer lei federal que permita o empoderamento a essas mulheres ou busca por tutela judicial, ressaltando-se a iniciativa de alguns Estados e Municípios vanguardistas, como é o caso, em especial, do Estado do Amazonas com a entrada em vigor da Lei n. 4.848/2019. Assim, torna-se imperiosa uma investigação mais aprofundada sobre sua eficácia na prevenção e repressão aos corriqueiros episódios de desrespeito à dignidade da pessoa humana da mulher-mãe, bem como o alcance de políticas públicas levadas a efeito no mesmo sentido.

PALAVRA-CHAVE

Violência obstétrica. Empoderamento feminino. Direitos Humanos. Direito Internacional Público. Amazonas.

ABSTRACT

The present article aims to analyze the legal protection of the woman-mother and the historical process of affirmation and recognition of it as a subject of rights in Modern Society, in addition to the condition of procreator, as it was relegated to a social structure guided by patriarchalism, adopting as a case study, the phenomenon of obstetric violence. In the face of gradual progress on the topic, some international treaties are committed to the protection of women in the face of abuses suffered in maternity wards, health posts, among other basic public or private health units, while in domestic law there is not even a law federal government that allows these women to be empowered or seeks judicial protection, with the exception of the initiative of some states and avant-garde municipalities, as is the case, in particular, of the State of Amazonas with the entry into force of Law no. 4.848 / 2019. Thus, it is imperative to further investigate its effectiveness

in preventing and suppressing ordinary episodes of disrespect for the dignity of the human person of the woman-mother, as well as the scope of public policies carried out in the same direction.

KEYWORDS: Obstetric violence. Female empowerment. Human rights. Public International Law. Amazon.

INTRODUÇÃO

Diante das inúmeras conquistas alcançadas pelos coletivos femininos ao longo da sociedade moderna é necessário e obrigatório discorrer e analisar o fenômeno de práticas que passaram a ser convencionadas e reconhecidas enquanto violência obstétrica, termo que, em pleno século XXI, ainda causa estranheza dado o desconhecimento generalizado sobre o tema em contraste com os inúmeros casos e relatos de constrangimentos, abusos, agressões verbais e tratamentos humilhantes experimentados por mulheres no mundo todo em diversas unidades de saúde, formando hostes de vítimas que desconhecem serem vítimas, seja pela desinformação, seja pela precariedade ou insipiência de mecanismos de proteção aos seus direitos.

A complexidade do tema se denota de imediato dada a dificuldade ainda contemporânea no processo de empoderamento feminino e o reconhecimento da mulher-mãe enquanto sujeito de direitos dotado de demandas específicas.

O gênero feminino por séculos foi alvo de discriminações relacionadas não só a fatores biológicos, mas também culturais e sociais, a mulher dificilmente poderia ter o poder de decisão sobre sua vida, seus pensamentos e na maioria das vezes sobre seu corpo. É perceptível que por décadas as mulheres foram marionetes da sociedade hegemônica que traçavam um manual de comportamentos, formas de agir, falar.

Como elucida Silvia Badim Marques (2020, p. 100):

“O conceito de gênero, portanto, não está ligado às diferenças biológicas entre pessoas designadas de homens e mulheres ao nascer, mas sim às diferenças culturais e sociais que impõem papéis diferentes a ambos os sexos, colocando a mulher em posição de desigualdade e subalternidade em relação aos homens, da qual derivam diversas violências e opressões que merecem atenção, estudos e políticas específicas para que sejam combatidas.”²¹.

²¹ MARQUES, Silvia Badim. Violência obstétrica no Brasil: um conceito em construção para a garantia do direito integral à saúde das mulheres. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, Brasília, v. 9 n. 1: jan./mar., 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/585-Texto%20do%20artigo-2230-1-10-20200324%20(2).pdf>. Acesso em: 29 de mar. de 2020, p. 100.

Em meados do século XX, diante das lutas dos coletivos femininos que se formaram em torno de diversas agendas e pautas, tal qual a inserção e maior visibilidade no processo político, igualdade de direitos, denota-se que as mulheres passaram a abolir o manual de modos imposto pela sociedade patriarcal do qual todas impreterivelmente tinham que seguir, do contrário não seriam respeitadas e nem bem-vistas aos olhos da sociedade burguesa.

No âmbito do direito internacional e como resultado de tais lutas, Tratados passaram a traçar um norte para o combate e prevenção à violência contra mulher de um modo geral e especificamente contra a violência obstétrica, enquanto isso no âmbito interno, nosso ordenamento jurídico ainda encontra nítida carência de meios de proteção ou tutela, dada a ausência de lei federal reconhecendo a questão, destacando-se iniciativas de grande relevância como a Lei Estadual Amazonense n. 4.848/2019, resultado do trabalho constante e incansável de mulheres individualmente e coletivos femininos tal qual a Associação “Humaniza Coletivo” que buscam dar maior visibilidade ao tema e exigir a adoção de políticas públicas nesse sentido e tema.

2. A LUTA DA MULHER NA SOCIEDADE E O RECONHECIMENTO DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Historicamente nas sociedades patriarcais a mulher sempre foi tida como criatura irracional fadada a viver em um espaço limitado e privado de atuação, tendo seu valor atrelado à condição de boa esposa, dona de casa e fértil para procriar, dando continuidade à espécie, sendo dessa forma reduzida a objeto de domínio e submissão nas mãos de seus supostos detentores, seja o pai, marido ou o Estado.

Segundo o Tedeschi (2008), em nossa sociedade, a tradição cristã e os arquétipos da “Eva pecadora” e da “Maria virtuosa”, perpassarão toda representação de feminilidade sendo a segunda o modelo a ser alcançado e reconhecimento como virtuoso em todos os seus aspectos morais.²²

O autor ainda exalta a desigualdade entre gêneros, por conta de padrões impostos pela sociedade:

Esses discursos recorrentes exerceram influência decisiva na elaboração de códigos, leis e normas de conduta, justificando a situação de inferioridade em que o sexo feminino foi colocado [...] Assim, a desigualdade de gênero passa a ter um caráter universal, **construído e reconstruído numa teia de**

²² TEDESCHI, Losandro Antonio. História das Mulheres e as Representações do Feminino. Campinas: Curt Nimuendajú, 2008.

significados produzidos por vários discursos, como a filosofia, a religião, e educação, o direito, etc. perpetuando-se através da história, e legitimando-se sob seu tempo.²³ (grifo nosso).

Após anos de dependência aos modelos impostos pela sociedade, gradativamente é perceptível que a mulher vem ganhando sua emancipação, e com essa liberdade floresce o reconhecimento da mulher como sujeito de direitos, tornando-se exclusiva dona ou titular de seu corpo e de suas decisões.

A identificação própria da mulher como sujeito de direitos passou por contratempos durante os grandes marcos de dominação, todavia ainda na modernidade é possível entender que há mulheres que ocupam espaços vazios na sociedade e desconhecem seus poderes de decisão sobre si.

O fenômeno da desconstrução das aparências e posturas presentes em séculos anteriores dá aos movimentos feministas protagonismo na luta pela igualdade de gênero, conforme pondera Adichie (2014, p. 05):

“Então, de uma forma literal, os homens governam o mundo. Isso fazia sentido há mil anos. Os seres humanos viviam num mundo onde a força física era atributo mais importante para a sobrevivência; quanto mais forte a pessoa, mais chances ela tinha de liderar. E os homens, de uma maneira geral, são fisicamente mais fortes. Hoje, vivemos num mundo completamente diferente. A pessoa mais qualificada para liderar não é a pessoa fisicamente mais forte. É a mais inteligente, a mais culta, a mais criativa, a mais inovadora. **E não existem hormônios para esses atributos. Tanto um homem como uma mulher podem ser inteligentes, inovadores, criativos. Nós evoluímos. Mas nossas ideias de gênero ainda deixam a desejar**”²⁴ (grifo nosso).

Dessa forma é perceptível os avanços dos movimentos feministas intimamente ligados a reivindicações por direitos básicos como o da autoidentificação conjuntamente com o poder de decisão sobre seu corpo.

Assim sendo, há uma expressividade crescente das conquistas alcançadas enquanto a cultura do patriarcado é nitidamente atacada e enfraquecida, destarte a mulher ganha autonomia e conseqüentemente interfere de maneira direta na economia e nos padrões culturais impostos pela sociedade. A transformação é paulatina e cada dia uma mulher torne-se reconhecadora de seus direitos, ao ponto que em determinado momento a corrente de preconceito de gênero criada é rompida.

“A cultura não faz as pessoas. As pessoas fazem a cultura. **Se uma humanidade inteira de mulheres não faz parte da nossa cultura, então temos que mudar nossa cultura**”²⁵ (grifo nosso)

²³ IBID, p. 123.

²⁴ ADICHIE, Chimamanda Ngozi. Sejam todas feministas. Companhia das Letras, 2014, p. 05.

²⁵ IBID, p. 14.

Nesse esteio, por muito tempo os maus-tratos e desrespeitos a mulher durante o processo parturitivo em instituições de saúde eram deixados de lado, tendo as vítimas que conviverem com esse trauma o resto de suas vidas caladas.

No Brasil, em 2010, uma pesquisa nacional realizada pela Fundação Perseu Abramo mostrou que aproximadamente 25% (vinte e cinco por cento) das mulheres que tiveram partos em maternidades sofreram alguma forma de violência muito além de um mero dissabor da paciente, mas configurando-se efetivo sofrimento capaz de atingir a dignidade da pessoa humana das vítimas envolvidas²⁶.

O termo “violência obstétrica” descreve um agrupamento de formas de violência e danos originados no cuidado obstétrico profissional, sua visibilidade ganhou força em meados dos anos 2000, visando reconhecer a mulher mãe como sujeito de direitos reprodutivos femininos. Segundo a obra de Trindade (2018, p. 31), esse esclarece:

“O que hoje se chama de “violência obstétrica” diz respeito às formas com que profissionais da saúde atuam sobre o corpo das mulheres em seus processos reprodutivos. Constitui-se, dentre outros, de atenção desumanizada, abuso de intervenções (independentemente de terem eficácia comprovada), medicalização excessiva, foco na leitura patológica dos processos de parturição fisiológicos. Esses processos, na perspectiva dos direitos sexuais e reprodutivos, estão relacionados a uma série de situações consideradas degradantes pelas quais várias mulheres são submetidas ao se depararem com o sistema médico de saúde, em especial nos hospitais.”²⁷

Conforme D’ Oliveira, Diniz w Scharaiber (2002, p. 1681) em pesquisa aprofundada, conseguiram definir de forma detalhada quais são as ações que caracterizam a violência obstétrica:

“A violência obstétrica é expressa desde: a negligência na assistência, discriminação social, violência verbal (tratamento grosseiro, ameaças, reprimendas, gritos, humilhação intencional) e violência física (incluindo não utilização de medicação analgésica quando tecnicamente indicada), até o abuso sexual. Também o uso inadequado de tecnologias, intervenções e procedimentos desnecessários frente às evidências científicas, resultando numa cascata de intervenções com potenciais riscos e sequelas, pode ser considerado como práticas violentas”.²⁸(Tradução nossa)

²⁶ Fundação Perseu Abramo, e Sesc. Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado. 2010. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/publicacoes/wpcontent/uploads/sites/5/2017/05/pesquisaintegra_0.pdf>. Acesso em: 19 de mar. de 2020, p. 173.

²⁷ TRINDADE, Fabiane Crescêncio. Na hora de fazer não gritou: a violência obstétrica como um fenômeno contemporâneo. 2018. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/182309/001076316.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 29 de mar. de 2020, p. 31.

²⁸ D’OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas; DINIZ, Simone Grilo e SCHRAIBER, Lilian Blima. Violence against women in health-care institutions: an emerging problem. The Lancet, vol. 359. 2002. Disponível

É notório que diante do supramencionado a caracterização da violência obstétrica é muito mais ampla que o senso comum, não está adstrito ao momento do parto, incluindo-se a fase puerperal, momento posterior ao parto, desse modo um ato rotineiro de pouca importância praticado por um agente de saúde é capaz de gerar consequências graves tanto na vida da gestante quanto do próprio feto.

Para a maioria dos agentes de saúde apenas procedimentos como episiotomia (corte do períneo da paciente para facilitar a passagem do feto) e manobra de Kriseller (o profissional se posiciona sobre o abdômen e o tórax da paciente para empurrar o feto), que não são mais recomendados pela OMS (BISCEGLI, 2015)²⁹ são caracterizadores de violência obstétrica, contudo como já massificado no presente estudo até o induzimento da mulher a um procedimento desnecessário e uma desinformação do procedimento adotado, são situações comuns de agressões.

A Revista Crescer (2017) entrevistou algumas mulheres que viveram momentos tortuosos no período gestacional e para fins ilustrativos traremos o relato de Fabiula Morenno e Laísa Santana:

“Fabiula Morenno, 40, a violência obstétrica começou no pré-natal da primeira filha, Maria Luiza, 9. “O médico era bem seco nas consultas quando eu dizia que queria parto normal. Esperei até 41 semanas, mas não tive nem sinal de dilatação. Então, em uma consulta no hospital, ele me levou para o centro obstétrico e não deixou meu marido entrar, alegando que ele não ia conseguir assistir”, lembra ela.

Laísa Santana, 29 anos, escutou frases como “Na hora de fazer, você não reclamava” ou “Se você gritar, é pior, porque nós não vamos te atender”, enquanto aguardava o nascimento da primeira filha, Gabriela, hoje com 2 anos. “Após 14 horas em trabalho de parto, eu já não tinha mais forças e a médica subiu em cima de mim para que minha bebê conseguisse sair. Empurrou o alto da barriga, minhas costelas – praticamente os pulmões – e eu não conseguia respirar. Lembro que fechei os olhos e pensei que não iria aguentar – eu nem conseguia falar para ela que não estava conseguindo respirar, mas logo depois minha filha nasceu, com dois laços de cordão no pescoço, meio roxinha, e foi voltando à cor depois de alguns minutos. São momentos que nunca esquecerei”, conta Laísa, que realizou o parto pelo SUS.”³⁰

Apesar do desconhecimento relativo por parte do senso comum, a violência obstétrica é real e a sociedade moderna paulatinamente vem contestando qualquer

em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/42572395/Violence_against_women_in_health-care_> Acesso em: 29 de mar. de 2020, p. 1681.

²⁹ BISCEGLI, T. et al. Violência obstétrica: perfil assistencial de uma maternidade escola do interior do estado de São Paulo. Revista cuidar e enfermagem, v. 9, n. 1, p. 18 - 25, 2015

³⁰ VIEIRA e REGHIN, Maria Clara e Mariane. O que é violência obstétrica? Descubra se você já foi vítima. Revista Crescer – Editora Globo, 2017. Disponível em: <<https://revistacrescer.globo.com/Gravidez/Parto/noticia/2017/08/o-que-e-violencia-obstetrica-descubra-se-voce-ja-foi-vitima.html>>. Acesso em: 03 de maio de 2020.

tratamento ríspido e condutas médicas desapropriadas por meio de ações mediadas pela internet, através das redes sociais, impulsionado pelos movimentos sociais feministas, tornando possível uma maior discussão e participação política na agenda de saúde sobre direitos reprodutivos.

3. HISTÓRICO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS DE COMBATE À VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E PROTEÇÃO DA MULHER MÃE

542

3.1. A PROTEÇÃO CONTRA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO ÂMBITO INTERNACIONAL

O direito sexual e reprodutivo da mulher ganhou força enquanto capítulo da luta e afirmação histórica dos direitos humanos universais garantindo-se o reconhecimento de direitos e o dever de aplicação de políticas públicas específicas para o gênero feminino.

Na década de 70, as Nações Unidas inovaram com a realização da I Conferência Internacional da Mulher, em 1975, no México. A conferência contou com participação 70% feminina, reconhecendo-se o direito à autonomia reprodutiva, ou seja, que cabe a mulher a escolha reprodutiva, tendo assim um controle sob sua integridade corporal, conforme itens 113 e 216 da respectiva declaração.

113 - No contexto dos serviços gerais de saúde, os Governadores devem prestar atenção especial às mulheres, especialmente nas necessidades de saúde, fornecendo: serviços de entrega e pré-natal e pré-natal; serviços de ginecologia e planejamento familiar durante os anos reprodutivos; serviços de saúde abrangentes e contínuos direcionados a todos os bebês, crianças em idade pré-escolar e escolar, sem preconceito em razão do sexo; conhecimento específico para meninas pré-adolescentes e adolescentes e para os anos pós-reprodutivos e velhice; e pesquisas sobre os problemas especiais de saúde das mulheres. Os serviços básicos de saúde devem ser reforçados pelo uso de pessoal médico e paramédico qualificado.³¹ (tradução nossa).

216 - Algumas das desvantagens enfrentadas pelas mulheres no processo de mudança foram discutidas. Devido às suas funções reprodutivas e ao fato de as mulheres serem as principais responsáveis pelos assuntos familiares, as mulheres foram consideradas relativamente menos capazes do que os homens de aproveitar as oportunidades de envolvimento total no desenvolvimento social e econômico da sociedade.³² (tradução nossa).

³¹ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS MULHERES, Report of the world conference of the international women's year. Mexico City, 19 June/2 July. 1975. Disponível: <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/relatorio_conferencia_mexico.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2020, p. 25.

³²IBID, p. 161.

A luta dos coletivos femininos na década de 70 foi marcada pelo autoreconhecimento sob seu corpo e suas escolhas sobre ele, fazendo com que as políticas públicas integracionistas tivessem um viés empoderador, conforme explicita Mattar (2008):

“Tal e qual o movimento populacional, o movimento de mulheres, por sua vez, também tinha na reprodução um de seus elementos centrais. Entretanto, com outro foco: o controle da mulher sobre o seu próprio corpo, sua sexualidade e vida reprodutiva. O lema feminista da década de 70 “nosso corpo nos pertence” estava em clara oposição à interferência da Igreja e do Estado.”³³

Quatro anos após a I Conferência Internacional da Mulher foi adotada pelas Nações Unidas a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, conhecida pela sigla americana CEDAW ou Convenção da Mulher.

A Convenção ganhou visibilidade, pois foi o primeiro tratado internacional que discorreu vastamente sobre os direitos humanos das mulheres, conquistando um patamar de referência e parâmetro para ações estatais no que tange aos direitos humanos das mulheres. Além disso, conforme PIOVESAN (2012) a Convenção se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a consagrando o princípio da igualdade.³⁴

O Brasil tornou-se Estado-parte por meio da promulgação do Decreto n. 4.377/02 (2002), dessa forma carrega consigo o dever de eliminar a discriminação contra a mulher através de políticas públicas e medidas legais, inclusive sendo expresso no que tange a proteção da mulher no período gestacional e posterior, a fim de exemplificação vejamos os art. 3º e 12 do decreto supramencionado.

“Artigo 3º - Os Estados Partes tomarão, em todas as esferas e, em particular, nas esferas política, social, econômica e cultural, todas as medidas apropriadas, inclusive de caráter legislativo, **para assegurar o pleno desenvolvimento e progresso da mulher, com o objetivo de garantir-lhe o exercício e gozo dos direitos humanos e liberdades fundamentais em igualdade de condições com o homem.**

Artigo 12 -1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher **na esfera dos cuidados médicos a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar.**

³³ MATTAR, Laura David. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais – uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. Sur. Rev. Int. Direito Human. Vol. 5 n. 8 São Paulo June 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000100004#32>. Acessado em: 03 de maio de 2020.

³⁴ PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://wp.ufpel.edu.br/ppgd/files/2019/08/FI%C3%A1via-Piovesan-Temas-de-direitos-humanos-cap.-12-a-16.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2020, p. 05.

2. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1o, os Estados-Partes garantirão à mulher assistência apropriadas em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância.”³⁵(grifo nosso).

Destarte, a Convenção demonstrou-se efetiva trazendo à tona tragédias inacreditáveis, conforme o emblemático caso Alyne Pimentel, envolvendo o Estado brasileiro, em 11 de novembro de 2002.

Alyne Pimentel, moradora de Belford Roxo, Rio de Janeiro, 28 anos, negra, classe baixa, casada, mãe e grávida de 06 meses. Diante de fortes dores procurou a Casa de Saúde Nossa Senhora da Glória, sem realizar qualquer exame laboratorial ou ultrassonografia, foi liberada após administração de analgésicos. Sem qualquer melhora retornou para a mesma Unidade de Saúde, onde se constatou a morte fetal, salienta-se que Alyne já havia passado por 03 médicos distintos e apenas o último identificou a ausência de batimentos cardíacos do feto, vindo a ser necessária a realização de uma cirurgia de curetagem que durou aproximadamente 14 (quatorze) horas.

A equipe da Unidade de Saúde alegou não ter capacidade de continuar com atendimento e que seria crucial que Alyne fosse para um Hospital mais bem equipado, pois o quadro se agravava a cada minuto. Apenas o Hospital Geral de Nova Iguaçu possuía espaço disponível, mas recusou-se a fornecer sua ambulância para o transporte de Alyne, tendo essa que aguardar por 8 (oito) horas a disponibilização de um carro da rede pública, pois não possuía condições financeiras de custear uma ambulância particular. Após tantas horas de espera Alyne entrou em coma, chegando à Unidade Hospitalar de Nova Iguaçu, verificaram que não havia sido enviado os registros médicos informando que a mesma estava grávida e que diante dos seus sintomas realizou o parto de um natimorto.

Em 16 de novembro de 2002, Alyne Pimentel não resistiu e faleceu. A autópsia constatou a causa da morte como hemorragia digestiva. Após o falecimento, a mãe de Alyne voltou a 1º Casa de Saúde, solicitando os prontuários médicos de sua filha e os médicos informaram que o feto já estava morto há dias e que isso ocasionou a morte de Alyne. O caso foi levado ao conhecimento do Comitê CEDAW da ONU e ao analisar o

³⁵ BRASIL. DECRETO N. 4.377, DE 13 DE SETEMBRO DE 2002. Promulga a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984, Brasília, DF, setembro 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

mérito reconheceu-se que o Estado Brasileiro havia violado os artigos 2º e 12 da Convenção, no que tange ao acesso à saúde e acesso à justiça.

De forma detalhada sobre o caso, a obra de Catoia, Severi e Firmino (2020) pondera:

“O Comitê CEDAW decidiu, em síntese, que o Estado brasileiro violou as obrigações do artigo 12 (acesso à saúde), artigo 2º, c (acesso à justiça), juntamente com o artigo 1º da Convenção, lidos em conjunto com as Recomendações Gerais nº 24 e 28 da CEDAW. **Ele considerou o Brasil responsável: pela falha no monitoramento das instituições privadas no que se refere aos serviços médicos por elas prestados; pela falha no atendimento às necessidades de saúde específicas de Alynne; pela falha em não adotar um enfoque interseccional nos serviços a ela prestados e pela falha em cumprir com suas obrigações de assegurar ação judicial e proteção efetivas.**

O Comitê considerou que o Brasil não tomou todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra as mulheres no campo da assistência à saúde para assegurar o acesso aos serviços de saúde. A falta desses serviços apropriados resultou em impactos diferenciados no direito à vida de Alynne, em razão de ser mulher negra e pela sua situação socioeconômica.

Seguindo o previsto no Protocolo Facultativo da CEDAW, o Comitê formulou recomendações ao Estado brasileiro considerando tanto a dimensão individual quanto estrutural do caso. **No tocante à dimensão individual, o Comitê reconheceu os danos causados à mãe de Alynne e os danos morais e materiais sofridos por sua filha. Em razão disso, solicitou que o Brasil garanta a reparação apropriada, inclusive financeira, para a mãe e a filha de Alynne, a ser definida considerando a gravidade das violações em questão.**

Sobre as causas sistêmicas, o Comitê requisitou que o Brasil: **garanta o direito das mulheres à maternidade segura e a preços acessíveis, aos cuidados obstétricos de emergência; reduza as mortes maternas evitáveis por meio da implementação do Pacto Nacional pela Redução da Mortalidade Materna no nível estadual e municipal, incluindo a criação de comitês de mortalidade materna onde eles ainda não existam; ofereça treinamento profissional adequado para os profissionais de saúde, especialmente sobre os direitos das mulheres à saúde reprodutiva; assegure que os serviços de saúde privados cumpram com padrões nacionais e internacionais relevantes de assistência à saúde reprodutiva; assegure que sanções adequadas sejam impostas aos profissionais de saúde que violem os direitos relacionados à saúde reprodutiva das mulheres; e assegure o acesso à proteção jurídica adequada e efetiva em casos em que os direitos relativos à saúde reprodutiva das mulheres tenham sido violados.**

Ainda em cumprimento às determinações do Protocolo Facultativo, o Comitê determinou que o Estado brasileiro dê a devida consideração às recomendações feitas e envie, dentro de seis meses, uma resposta escrita, incluindo informações quanto às ações tomadas.”³⁶. (grifo nosso)

³⁶ CATOIA, Cinthia de Cassia; SEVERI, Fabiana Cristina e FIRMINO, Inara Flora Cipriano. Caso “Alynne Pimentel: Violência de Gênero e Interseccionalidades. Rev. Estud. Fem. vol.28 no.1 Florianópolis, 2020, Epub Mar 09, 2020. Disponível em: < https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2020000100205&script=sci_arttext >. Acesso em: 24 de maio de 2020.

O Caso de Alynne Pimentel foi a primeira condenação internacional do Brasil em razão de morte materna, ainda que a própria CEDAW evite ou oculte o termo “Violência Obstétrica”.

O capítulo da proteção dos direitos reprodutivos das mulheres ganha novo marco com a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento das Nações Unidas (CIPD) que ocorreu em setembro de 1994 no Cairo, Egito, inclusive a nomenclatura “direitos reprodutivos” foi criada nessa conferência.

A Conferência de Cairo é considerada de extrema importância diante dos novos paradigmas, exteriorizando a luta social dos coletivos femininos. Como consequência, a mulher que era vista pela sociedade como um ser completamente vulnerável, inferior e submisso, passa a ser reconhecida como sujeito de direito dos programas de desenvolvimento e população, conforme o Capítulo VII, parágrafo 7.3 do Programa de Ação do Cairo:

Os direitos reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos consensuais. Esses direitos se ancoram no **reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos.**³⁷ (grifo nosso).

Dessa forma, resta claro a necessidade da visibilidade dos direitos reprodutivos da mulher, PIOVESAN (2012) explicita o alcance que a Conferência Internacional de Cairo trouxe para a saúde reprodutiva, observemos:

Em consequência, a **saúde reprodutiva pressupõe a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e de reproduzir-se, contando com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que frequência. Está implícito nessa última condição o direito de homens e mulheres à obtenção de informação e a ter acesso a métodos de planejamento familiar de sua escolha que sejam seguros, efetivos, disponíveis e aceitáveis, bem como a outros métodos de regulação da fertilidade de sua escolha não contrários à lei, e o direito de acesso a serviços de saúde apropriados que permitam à mulher passar pela gravidez e pelo parto com segurança e que provejam aos casais as melhores oportunidades de ter um filho saudável.**³⁸(grifo nosso)

³⁷PATRIOTA, Tania. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. Plataforma de Cairo. 1994. Disponível em: < <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em 03 de maio de 2020, p. 62.

³⁸ PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://wp.ufpel.edu.br/ppgd/files/2019/08/Fl%C3%A1via-Piovesan-Temas-de-direitos-humanos-cap.-12-a-16.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2020, p. 36.

Posteriormente, diante do pioneirismo da Conferência de Cairo, um ano após, 1995, em Pequim, China, a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, confirma todas as declarações e decisões realizada em 1994.

Em 2014, a Organização Mundial de Saúde, diante de algumas repercussões acerca de tratamentos degradantes tanto no pré-parto, durante e pós-parto, publicou a declaração para Prevenção e Eliminação de Abusos, Desrespeito e Maus-tratos durante o Parto em Instituições de Saúde, “Toda mulher tem direito ao melhor padrão atingível de saúde, o qual inclui o direito a um cuidado de saúde digno e respeitoso”³⁹, visando resguardar mulheres do mundo inteiro e assegurar o acesso universal aos cuidados em saúde sexual e reprodutiva, dando visibilidade a um dos problemas que mais atinge a sociedade: a violência do gênero feminino, salienta-se que apesar da cultura enraizada a visibilidade dada por esses meios de controle normativos façam que essas práticas sejam abandonadas, prevenidas e combatidas.

Entre os países latino-americanos, a Venezuela é destaque, pois tornou-se pioneira no que tange a utilização do o termo “Violência Obstétrica” em seus dispositivos normativos, conquista alcançada pelos movimentos feministas locais dando visibilidade para os direitos reprodutivos das mulheres. Inclusive a legislação venezuelana tipifica expressamente a definição de Violência Obstétrica, inclusive elenca em seu artigo 51 um rol exemplificativo de atos caracterizadores da violência, vejamos:

“Se entende por Violência Obstétrica a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres por profissional de saúde que se expresse por meio de relações desumanizadoras, de abuso de medicalização e de patologização dos processos naturais, resultando consigo em perda de autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres.

Artigo 51. Violência obstétrica. São considerados atos constitutivos de violência obstétrica aqueles executados pelos agentes de saúde, composto por:

- 1.- Falta de atendimento oportuno e efetivo de emergências obstétricas.
- 2.- Forçar a mulher a dar à luz em decúbito dorsal e com a pernas levantadas, existindo meios necessários para a realização do parto vertical (...). ”⁴⁰.

(tradução nossa).

³⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, Declaração para Prevenção e Eliminação de Abusos, Desrespeito e Maus-tratos durante o Parto em Instituições de Saúde. 2014. Disponível em:<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf?ua=1>. Acesso em: 04 de maio de 2020.

⁴⁰REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley Orgánica Sobre El Derecho De Las Mujeres A Una Vida Libre De Violencia. UNFPA; 2007. Disponível em:<https://venezuela.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Ley_mujer%20%281%29_0.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2020, p. 30 e 52.

Dessa maneira, a Venezuela além de resguardar os direitos femininos, dá visibilidade a uma modalidade de violência contra a mulher tão banal de situações desumanas em ambientes hospitalares.

Além disso, diante do vanguardismo do país a expressão “Obstetric Violence” foi empregada pelo presidente da Sociedade de Obstetrícia e Ginecologia da Venezuela, Dr. Rogelio PérezD’ Gregoriono Editorial Especial do International Journal of Gynecology and Obstetrics⁴¹, em 2010, demonstrando o grande feito realizado, colocando a expressão em destaque no direito internacional e sendo amplamente divulgado pelos movimentos sociais engajados na luta pelo parto humanizado e pela assistência de qualidade em toda a gestação.

3.2. A PROTEÇÃO À MULHER-MÃE NO BRASIL E O PAPEL DA SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA

No Brasil, até a presente data não há legislação federal exclusiva sobre violência obstétrica, ressalte-se que tramitam no Congresso Nacional alguns projetos de lei de tal matéria, merecendo destaque o Projeto de Lei n. 7.633/14, de autoria do deputado Jean Wyllys, Projeto de Lei n. 8.219/17, de autoria do deputado Francisco Floriano e Projeto de Lei. 7.867/17, de autoria da deputada Jô Moraes.

Dada a inércia no âmbito federal, alguns Estados e Municípios são precursores no que tange a promulgação de legislação sobre o tema, são eles: Tocantins (Lei n. 3.385/18), Santa Catarina (Lei n. 17.097/17), Rio Branco (Lei n. 2.324/19), Paraná (Lei n. 20.127/20), Sobral (Lei n. 1.550/16), Pernambuco (Lei n. 16.499/18), João Pessoa (Lei n. 13.448/17), Minas Gerais (Lei n. 23.175/18), Mato Grosso do Sul (Lei n. 5.217/18), Rondônia (Lei 4.173/217), Goiás (Lei n. 19.790/17), Amazonas (Lei n. 4.848/19), leis em sua maioria perfazendo um lapso temporal entre 2016 e 2020, consequentemente recentes em nosso ordenamento jurídico.

Apesar das iniciativas louváveis, ainda que tardias, inúmeras mortes e abusos poderiam ter sido evitadas, como supramencionado pelo estudo da Fundação Perseu

⁴¹D’GREGORIO, Rogelio Pérez. Obstetric violence: A new legal term introduced in Venezuela. Caracas, Venezuela: International Journal of Gynecology and Obstetrics, 2010. Disponível em: <http://www.redehumanizaus.net/sites/default/files/figo_-_violencia_obstetrica_-_legislacao_na_venezuela.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2020.

Abramo e Sesc, estima-se que a cada quatro mulheres, uma já foi vítima de atos de violência obstétrica na vida.

É diante desse contexto de uma normatização da violência obstétrica recente que o Brasil necessitava de alguma forma de resguardar, cuidar, proteger e alertar essas mulheres, a partir agora esqueçamos os dispositivos legais, ou seja, antes de 2016, ano que tivemos a primeira Lei específica sobre Violência Obstétrica no Brasil.

Assim, é de extrema relevância o trabalho e organização da sociedade civil, tal qual a Rede pela Humanização do Parto e Nascimento (ReHuNa), que desde 1993 exerce importante papel na humanização do parto, visando diminuir as intervenções desnecessárias e promover o cuidado ao processo completo da gestação, dando ênfase e protagonismo à mulher e sua qualidade de vida, bem-estar e bem nascer. Inclusive, a ReHuNa foi pioneira em difundir as Recomendações da Organização Mundial de Saúde (OMS) para a Atenção a Partos e Nascimentos, no Brasil.

Destaca-se seu documento de fundação, intitulado “Carta de Campinas”⁴², publicado em 17 de outubro 1993, representando a indignação acerca dos descasos sofridos no período gestacional.

Posteriormente nos anos 2000, um segundo documento foi publicado, intitulado “Carta de Fortaleza”, em busca de novos objetivos na luta dos coletivos femininos e onde busca-se assistência médica humanizada para a mulher-mãe, em âmbito internacional, elencando medidas a serem adotadas. Vejamos um trecho:

Estas medidas tão simples e possíveis de serem implementadas nos serviços de saúde de nosso país não podem mais esperar para se tornar realidade. **Os resultados perinatais e as taxas de morbimortalidade materna resultantes da assistência prestada no Brasil, não nos permitem mais conviver com um modelo de assistência que tem sido responsável pelas maiores taxas de parto operatório do mundo e por mortes desnecessárias de mães e bebês.** Nós da ReHuNa, presentes nesta Conferência Internacional para Humanização do Parto e Nascimento queremos já, o quanto antes, que as mulheres tenham a possibilidade de parir e nascer com dignidade e afeto, sendo acolhidas por pessoas que percebam o parto e nascimento como um momento único, como uma expressão de amor.⁴³ (grifo nosso)

⁴² CARTA DE CAMPINAS. Ato de Fundação. Rede pela Humanização do Parto e Nascimento; 1993. Disponível em: <rehuna.org.br/wp-content/uploads/2019/12/CARTA-DE-CAMPINAS-Ato-de-Fundação-da-ReHuNa-1993.pdf>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

⁴³ CARTA DE FORTALEZA. Respostas para o novo milênio. Rede pela Humanização do Parto e Nascimento; 1993. Disponível em: <<http://rehuna.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Carta-de-Fortaleza-2000.pdf>>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

Além disso, um projeto de autoria das pesquisadoras Ana Carolina Franzon, Bianca Zorzam, Heloísa de Oliveira Salgado, doutorandas pela FSP-USP, e Ligia Moreiras Sena, orientada pela professora Carmen na UFSC, com a parceria da blogueira Kalu Brum e do videomaker Armando Rapchan, tornou-se o videodocumentário “Violência Obstétrica – A voz das Brasileiras” e teve grande repercussão, atingindo inúmeros telespectadores, o documentário traz depoimentos de 24 (vinte e quatro) mulheres brasileiras relatando suas experiências durante a gestação e demonstrando categoricamente serem vítimas de violência obstétrica.

A estreia do documentário, exibido online deu no dia 25 de novembro de 2012, nesta mesma data, é simbolizado o “Dia Internacional da Eliminação da Violência contra a Mulher” designado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, associar essas datas afim de criar um manifesto foi algo proposital pelas produtoras. Alguns dos relatos grotescos permite dar visibilidade a essas mulheres que passam anos caladas, tendo que conviver sozinhas com suas dores, senão vejamos:

“A episiotomia⁴⁴ me causou durante uns bons meses desconforto físico, ela inflamou, infeccionou, e desconforto psicológico, eu me sentia estranha, eu não gostava que meu marido encostasse naquela região...”;
“Me senti violada, violentada, quando eu leio algum relato de violência sexual, como a vítima se sente depois, eu consigo traçar um paralelo...”;
“Eu dizia ‘Pra que bisturi? Eu não quero episiotomia. Eu já sei que isso não é necessário. Eu sei que não precisa, é uma escolha’. E ele, ‘não, não podemos discutir isso agora’, e já foi fazendo a incisão na minha vagina. E eu não sabia se eu chorava, se eu respirava... eu não sabia o que eu fazia...”
“Ele (o médico) me convenceu com essa frase: ‘o seu bebê não quer morrer. Se você quiser ir pra casa, assumir essa responsabilidade, pode ir, pode pensar, mas eu tô aqui te falando como seu médico, eu preciso que você confie em mim’, Eu aceitei a cesárea, né?”
“Mas mulher é safada mesmo, né? Sofre e não dá um ano e já tá aqui de novo”.
”⁴⁵

Recentemente, em julho de 2019 o Conselho Federal de Medicina publicou no Diário Oficial da União, a Resolução nº 2.232⁴⁶, tendo como escopo estabelecer normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-

⁴⁴ Intervenção cirúrgica que consiste num corte na região do períneo (entre a vagina e o ânus), para ampliar o canal e facilitar o parto, geralmente efetuada em casos de partos instrumentalizados

⁴⁵ EXPOSIÇÃO SENTIDOS DO NASCER. Violência obstétrica: A voz das brasileiras. 2012 (51m01s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=RMfAvghqd9g&t=16s>>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

⁴⁶ BRASIL. Conselho Federal de Medicina, Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Resolução n. 2.232, de 17 de julho de 2019. Diário Oficial da União, edição 179, seção 1, pg. 113. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=16/09/2019&jornal=515&pagina=113>>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

paciente, ou seja, que a paciente possa ter seu direito de escolha e recusar práticas sugeridas pelo médico, salvo nos casos específicos previstos na própria Resolução.

O assunto gerou bastante divergência, de um lado manifestantes prol feminismo perceberam que a Resolução cria um laço de tutela do corpo da mulher com a medicina, bastando o médico alegar suposta preocupação com o feto que o poder de decisão da mãe é posto em segundo plano. O Ministério da Saúde além dar anuência ao que corrobora o dispositivo supramencionado, compactua com o posicionamento do Conselho Federal de Medicina ao discordar da utilização do termo “Violência Obstétrica”. Ademais, o Conselho emitiu um parecer (Processo-consulta CFM n. 22/2018 – Parecer CFM n. 32/2018), traçando severas críticas ao termo, reforçando que é um ataque direto à médicos obstetras e ginecologistas, inclusive sugerindo o termo ser dotado de um viés totalmente ideológico e político:

“7 – O CFM reconhece que a proliferação de leis que tratam do tema **“violência obstétrica” embute posições político-ideológicas, e na prática não garantem nem oportunizam uma assistência integral, em todos os níveis de atenção à gestante e ao nascituro.**

8 – Por fim, o CFM considera que o termo **“violência obstétrica”, além de ser pejorativo, traz em seu bojo riscos permanentes de conflito entre pacientes e médicos nos serviços de saúde e, para efeito de pacificação e justiça, avalia que tal termo seja abolido**, e que as deficiências na assistência ao binômio materno-fetal tenham outra abordagem e conceituação.

9 – Na verdade, a expressão **“violência obstétrica” se posiciona como uma agressão contra a especialidade médica de ginecologia e obstetrícia, contra o conhecimento científico** e, por conseguinte, contra a mulher na sociedade, a qual necessita de segurança e qualidade de assistência médica.”⁴⁷ (grifo nosso).

Diante do desprezo das autoridades (Conselho Federal de Medicina e Ministério da Saúde) e dos descumprimentos de recomendações internacionais, manifestações contrárias surgiram em muitos movimentos ativistas e causaram revolta, sobretudo na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), na Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais (Anadef) e ainda perante o Ministério Público Federal (MPF), que expediu Recomendações expressa ao Ministério da Saúde:

“RECOMENDA o Ministério Público Federal ao Ministério da Saúde, por meio de sua Secretaria de Atenção à Saúde ou quaisquer outras Secretarias que tratem do atendimento ao parto no país, que:

⁴⁷ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Do parecer no tocante à expressão “violência obstétrica” é uma agressão contra a medicina e especialidade de ginecologia e obstetrícia, contrariando conhecimentos científicos consagrados, reduzindo a segurança e a eficiência de uma boa prática assistencial e ética. Parecer CFM n. 32/2018 de 23 de outubro de 2018. Conselheiro-relator: Ademar Carlos Augusto dos Santos. Disponível em: < <http://estaticog1.globo.com/2019/05/07/ParecerCFMViolenciaObstetrica.pdf>>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

I - Esclareça por meio de nota que o termo **"violência obstétrica"** é expressão já consagrada em documentos científicos, legais e usualmente empregada pela sociedade civil, sendo o uso da expressão livremente facultado independentemente de eventual preferência do Ministério da Saúde em utilizar expressões alternativas em suas ações específicas;

II - **Que se abstenha de empregar quaisquer ações voltadas especificamente à abolição do uso da expressão "violência obstétrica", empregando, ao invés, ações voltadas a coibir as práticas agressivas, maus tratos e desrespeito durante o parto, independentemente da intenção dos profissionais em causar danos;**

III - adote as ações positivas recomendadas pela "Declaração de prevenção e Eliminação de Abusos, Desrespeito e Maus-tratos durante o parto em instituições de saúde", publicada em 2014 (documento remetido em anexo), que reconhece a ocorrência de violência física, verbal e maus tratos durante o parto, independentemente da intencionalidade do profissional em causar dano. ". (grifo nosso).⁴⁸

A Organização não governamental, "Parto do Princípio", é uma rede de mulheres usuárias do sistema de saúde brasileiro tendo um papel relevante e atuante na defesa e promoção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, em especial no que tange à maternidade consciente. A Rede é bastante ativa nos movimentos sociais além de favorecer demandas e realizar denúncias diante de qualquer ataque ou supressão de direitos da mulher, inclusive possuem um arcabouço de material informativo referente a saúde sexual e reprodutiva da mulher.

No ano de 2012, a rede Parto do Princípio, elaborou para a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da Violência contra a Mulher que tinha como finalidade investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público em criar mecanismos de proteção, um Dossiê intitulado "Parirás com dor", o documento contém uma reunião de informações sobre a Violência Obstétrica praticada nas instituições e salientar que determinados comportamentos, protocolos e intervenções invasivas e sem consentimento encarados como naturais pelos agentes de saúde, causam traumas, sentimento de impotência e silêncio, sendo exigido pela Rede que sejam implantadas políticas públicas efetivas ao combate a Violência Obstétrica e a prestação assistencial de qualidade.

"“Na hora que você estava fazendo, você não tava gritando desse jeito, né?”
“Não chora não, porque ano que vem você tá aqui de novo.”
“Se você continuar com essa frescura, eu não vou te atender.”
“Na hora de fazer, você gostou, né?”

⁴⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. Autos n. 1.34.001.007752/2013-81. Inquérito Civil. Recomendação n. 29/2019, 07 de maio de 2019. Procuradora da República: Ana Carolina Previtali Nascimento. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190510-11.pdf>>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

“Cala a boca! Fica quieta, senão vou te furar todinha.”

Essas frases são repetidamente relatadas por mulheres que deram à luz em várias cidades do Brasil e resumem um pouco da dor e da humilhação que sofreram na assistência ao parto. Outros relatos frequentemente incluem: comentários agressivos, xingamentos, ameaças, discriminação racial e socioeconômica, exames de toque abusivos, agressão física e tortura psicológica.

Submeter uma mulher a procedimentos desnecessários, dolorosos, com exposição a mais riscos e complicações, com a única e exclusiva finalidade de antecipar o exercício da prática desse procedimento em detrimento do aprendizado do respeito à integridade física das pacientes, bem como seu direito inviolável à intimidade é considerado, no contexto dos direitos reprodutivos, violência obstétrica de caráter institucional, físico e, não raro, sexual.”⁴⁹

Em junho de 2013, a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito publicou relatório final ao dossiê da ONG, reconhecendo que o Brasil tem um número expressivo de vítimas e que a violência se encontra camuflada ou até naturalizada.

“Os procedimentos e comportamentos descritos no **Dossiê e por acadêmicas e profissionais mencionadas no referido documento demonstram a gravidade das violências que as mulheres gestantes são submetidas cotidianamente nos serviços de saúde. Esta situação requer medidas mais eficazes dos poderes públicos, tanto no âmbito da saúde quanto do direito, particularmente do Ministério Público, no âmbito da União e dos estados.** O Dossiê sugere, dentre outras medidas:

4. Que o Ligue 180, da Secretaria de Políticas para as Mulheres receba denúncias de violência no parto e capacite as atendentes para isso;
5. Alteração na Lei 11.108/2005 para incluir punição em caso de descumprimento;
6. Alteração da Lei 8.080/1990 garantir expressamente no texto legal o direito a acompanhante na parte nos serviços de saúde públicos e privados e inclusão de punição em caso de descumprimento.
7. Capacitação dos profissionais de saúde para o abortamento humanizado em conformidade com a Norma Técnica do Ministério da Saúde.

As ações que o Ministério da Saúde vem desenvolvendo não têm sido suficientes para mudar esta realidade. Por isso, a CPMI recomenda ao Ministério da Saúde que intensifique suas ações junto aos estados para prevenir e punir a violência obstétrica e desenvolva campanhas para que as mulheres possam conhecer seus direitos e não aceitarem procedimentos que firam o direito a um procedimento médico adequado e não invasivo.

No que se refere à indagação sobre normatização para acabar com a violência obstétrica, informou que é um problema sério, e que no estado a Secretaria está lançando a rede materno-infantil, que se chama Bem Nascer. **A lógica da rede é da melhoria da infraestrutura das maternidades e qualificação para atendimento desde risco habitual até alto risco, do norte ao sul do estado. A rede irá começar pela região metropolitana e norte, com investimento**

⁴⁹REDE PARTO DO PRINCÍPIO. Violência Obstétrica “Parirás com dor”. Dossiê elaborado para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. 2012. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>. Acesso em: 04 de jun. de 2020.

na pré-parto, mudanças das camas, dos equipamentos, para a humanização do parto.”⁵⁰

Mediante o exposto, resta incontestável os avanços promovidos pela luta da sociedade civil organizada, dando visibilidade e exigindo do Poder Público respostas, além de muitos outros feitos em âmbito internacional. Hodiernamente, no dia 19 de fevereiro de 2020, o presidente da Câmara dos Deputados criou a Comissão Especial⁵¹ para avaliar o aumento de denúncias de Violência Obstétrica e alta taxa de mortalidade materna no Brasil, composta por 34 (trinta e quatro) titulares e suplentes, após anos de mudez e omissão estatal.

É imperioso considerar que o progresso normativo e os avanços da legislação brasileira visando a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher são visíveis e reconhecidos a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, reconhecida como constituição cidadã por dar voz aos anseios da sociedade e proteção aos interesses do povo brasileiro.

Já em seu preâmbulo o Constituinte consagra o “bem-estar”, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, assegurando igualdade entre todos perante a lei.

Além disso, no que tange a assistência à saúde, a CF/88 prevê explicitamente prestação plena e integral por parte do Poder Público à população, independentemente de classe social, devendo o Estado coibir qualquer forma de violência contra a mulher, ainda assegurando que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, sendo assim, por interpretação analógica, a Carta Magna resguardar o dever de combater e punir a Violência Obstétrica, senão vejamos:

“Art. 196. A **saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação**.

Art. 197. São **de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor**, nos termos da lei, sobre sua regulamentação,

⁵⁰ BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência. Relatório Final de junho de 2013. Brasília. Presidenta: Deputada Federal Jô Moraes (PCdoB/MG) Vice-Presidenta: Deputada Federal Keiko Ota (PSB/SP) Relatora: Senadora Ana Rita (PT/ES). Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/MATE_TI_130748.pdf>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

⁵¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Câmara Cria Comissão Especial Sobre Violência Obstétrica, Brasília, 19 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/639153-camara-cria-comissao-especial-sobre-violencia-obstetrica/>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

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

I - homens e **mulheres** são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

III - ninguém será submetido a **tortura nem a tratamento desumano ou degradante.**⁵²

Destarte, os artigos acima elencados são basilares para a proteção à saúde e a dignidade humana, demonstrando que políticas públicas devem ser criadas e destinadas à saúde das mulheres a fim de gerar uma perspectiva de integralidade e de problematização acerca das desigualdades, violências e omissões relacionadas às mulheres.

Muitas iniciativas de políticas públicas foram sendo adotadas pelo Estado brasileiro ao longo dos anos, uma delas merece destaque, instituída pelo Ministério da Saúde ganhou o nome de Rede Cegonha no SUS, através da Portaria n. 1.459/11⁵³, seu papel fundamental na sociedade é movimentar ações em atenção à saúde materna e infantil, alterar a cultura do nascer do brasileiro instituindo práticas de humanização durante o parto e também o nascimento.

Por sua vez, a Lei n. 11.108/2005⁵⁴ é um dos maiores triunfos da conquista dos movimentos sociais feministas que lutam pelos direitos reprodutivos e ao combate à Violência Obstétrica. A lei prevê o direito da parturiente à presença de um acompanhante, dessa forma, impõe aos hospitais que autorizem a entrada do acompanhante quando a gestante requerer no momento do trabalho de parto, parto e pós-parto imediato em todas as unidades do Sistema Público de Saúde e particulares.

A classificação de quem se enquadra como acompanhante é subjetiva e fica a critério exclusivo da parturiente, assim sendo, a lei não prevê apenas que acompanhante

⁵² BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília (DF): Site do Planalto, 1965. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

⁵³ BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1.459, de 24 de junho de 2011. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS - a Rede Cegonha. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 jun. 2011. Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1459_24_06_2011.html>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

⁵⁴ BRASIL. Lei n. 11.108, de 7 de abril de 2005. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Presidência da República, Casa Civil. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

seja propriamente dito o pai da criança, pode ser qualquer pessoa independente de parentesco com a gestante, basta que seja pessoa escolhida por ela.

Salienta-se que apesar da lei ser medianamente antiga em nosso ordenamento jurídico, muitas mulheres são impedidas de solicitar acompanhante e desconhecem a norma que dá direito a elas, por uma falta, perceptivelmente, proposital do Poder Público e hospitais privados de visibilidade e divulgação.

É imprescindível que a lei torne-se eficaz na sociedade pois atos praticados por agentes de saúde que sejam opostos ao exigido resta caracterizado como Violência Obstétrica, quando a gestante é impedida de ter ao seu lado um acompanhante da escolha dela, temos um direito violado, é um momento de total vulnerabilidade e ter ao seu lado uma pessoa de sua confiança faz com que a parturiente sinta segurança e consiga ter forças para ocupar seu papel de protagonista, ademais ele será o suporte da mãe para o que seja necessário estará com ela todo o tempo.

Outra lei, que ganhou destaque após ser sancionada pelo Presidente da República em 2007 é a Lei n. 11.634/2007⁵⁵, tendo como papel fundamental, garantir a parturiente que saiba desde o início da gestação em qual maternidade estará vinculada, logo que inscreve-se no programa de pré-natal é de responsabilidade da Unidade Básica de Saúde informá-la, portanto, põe-se fim na incerteza vivida por muitas grávidas que tinham que esperar até as últimas semanas de gestação para que fosse confirmada a maternidade que deveria prestar assistência necessária de acordo com a situação da paciente, com o advindo da lei torna-se obrigatório que de pronto seja do conhecimento da gestante a qual maternidade está vinculada.

3.3. AMAZONAS E SUA TRAJETÓRIA NO COMBATE À VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

O Estado do Amazonas encontra-se entre as Unidades da Federação que possuem legislação específica ao combate da Violência Obstétrica. Apesar do progresso normativo tenro, foi necessária uma relevante movimentação da sociedade civil para a obtenção desses meios de proteção.

⁵⁵ BRASIL. Lei n. 11.634, de 27 de dezembro de 2007. Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde. Presidência da República, Casa Civil. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11634.htm>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

Exatamente no ano de 2014, o Ministério Público Federal instaurou procedimento para apurar inúmeras denúncias de Violência Obstétrica no Estado, através de inquéritos civis, um dos casos tomou conhecimento internacional, o caso de Gabriela Repolho no ano de 2012, onde restou constatado pelo MPF graves violações de direitos humanos.⁵⁶

Após 01 ano da visibilidade das situações desumanas ocorridas nas maternidades amazonenses, o Ministério Público Federal promoveu a primeira Audiência Pública para debater o assunto, contando com a presença de 140 pessoas dentre elas: Poder Público, Autarquias e Sociedade Civil, diante dos relatos das vítimas, como da própria Gabriela, restou claro a falta de humanização e empatia dos agentes de saúde com as pacientes.

Dessa forma, o Ministério Público Federal, vislumbrando inúmeras falhas identificadas praticadas pelos agentes de saúde, expediu recomendação à Secretaria Municipal de Saúde (SEMAS), à Secretaria de Estado de Saúde (SUSAM), ao Conselho Regional de Medicina do Amazonas (CRM-AM), ao Conselho Regional de Enfermagem do Amazonas (COREN-AM), à Universidade Federal do Amazonas (UFAM) e aos hospitais privados de Manaus, o documento teve como objetivo coibir atos que atentem aos direitos reprodutivos da mulher e garantir que as sejam leis supramencionadas sejam aplicadas e jamais cerceadas, além de promover campanhas de conscientização e publicidade. A partir desse momento é perceptível certa resistência dos agentes de saúde em seguir as recomendações da Organização Mundial de Saúde (OMS), deficiências intrínsecas a própria formação do profissional de saúde.

Em novembro de 2016, foi realizada a segunda audiência pública ao combate à Violência Obstétrica, após os debates, formou-se a Rede de Enfretamento à Violência Obstétrica no Amazonas, além da criação do Comitê de Combate à Violência Obstétrica no Amazonas que resultou no Termo de Cooperação para o Enfretamento à Violência Obstétrica, assinado entre os seguintes membros: Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado do Amazonas, Defensoria Pública da União, Defensoria Pública do Estado do Amazonas, Secretaria Estadual de Saúde do Amazonas, Secretaria Municipal de Saúde de Manaus, Conselho Estadual dos Direitos da Mulher do Amazonas, Secretaria

⁵⁶ BRASIL. Ministério Público Federal no Estado do Amazonas. O Enfrentamento à Violência Obstétrica no Amazonas: A importância da atuação do comitê Estadual e da Atuação em Rede. 2019. Disponível em: <<https://spark.adobe.com/page/3Eee8ziTAzn59/>>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

de Estado de Justiça e Cidadania, Secretaria de Segurança Pública, Conselho Regional de Enfermagem, Universidade Federal do Amazonas e Universidade do Estado do Amazonas, posteriormente aderido pelas Comissões de Direito Médico e da Saúde e da Mulher Advogada da Ordem dos Advogados do Brasil da Seccional Amazonas e Humaniza Coletivo Feminista, associação ativista na causa no Amazonas.

O documento visou formar uma cooperação entre os associados para juntos implementarem ações de conscientização ao combate à Violência Obstétrica durante pré-parto, parto e pós-parto no Amazonas, a Rede também comprometeu-se em realizar acompanhamento nas maternidades, ademais houve a capacitação de pessoas para atenderem as ligações do número 181, que é um canal exclusivo de denúncias de violências contra a mulher e que a partir de então também recebam denúncias de violência obstétrica e façam os encaminhamentos adequados.

Posteriormente foi celebrado entre o Ministério Público Federal do Amazonas e a Universidade Federal do Amazonas acordo de cooperação técnica objetivando implementar ações conjuntas, desde a capacitação e conscientização dos acadêmicos e docentes da Universidade, disponibilização de materiais acerca do combate à Violência Obstétrica até o desenvolvimento de aplicativo para o acompanhamento de denúncias referente a violência juntamente com a Secretaria de Estado de Saúde, outrossim, adicionou na grade curricular, a disciplina optativa “Questão de Gênero na Saúde da Mulher”.

Além disso, em novembro de 2018, os Ministérios Público Federal e Estadual do Amazonas ingressaram com uma Ação Civil Pública (ACP)⁵⁷ contra o Estado do Amazonas e a União com a finalidade de resguardar medidas de superação à Violência Obstétrica no Amazonas, tanto em hospitais públicos quando privados, garantindo o direito das mulheres ao tratamento humanizado previsto na legislação brasileira e canais efetivos para denúncias formalizados na SUSAM, após 2 tentativas de conciliação na 3ª Vara Federal, a Organização Não Governamental, intitulada “Humaniza Coletivo Feminista” solicitou ingresso no autos do processo como “amicuscurae” (amiga da corte),

⁵⁷ BRASIL. 3ª Vara Federal no Amazonas. Ação Civil Pública nº.1005413-82.2018.4.01.3200. Impetrante: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do Amazonas. Impetrado: Estado do Amazonas, União Federal. Amazonas, 28 de nov. de 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/acp-violencia-obstetrica>>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

momento em que a juíza competente deferiu como legítimo o ingresso, diante da representatividade expressiva que a ONG possui no Estado.

Após árdua luta dos movimentos sociais feministas, em especial a ONG “Humaniza Coletivo Feminista” e do Comitê de Combate à Violência Obstétrica no Amazonas, no dia 3 de julho de 2019 entrou em vigor a Lei Estadual n. 4.848/2019 que prevê a implantação de medidas de proteção à Violência Obstétrica nas redes pública e particular de saúde do Estado. Além dispõe de um rol taxativo de condutas que caracterizam a violência em seu art. 2º:

“Art. 2.º Consideram-se condutas ofensivas, abusivas e violentas:

I – tratar a mulher de forma agressiva, não empática, com a utilização de termos que ironizem os processos naturais do ciclo gravídico-puerperal ou que desvalorizem sua subjetividade, dando-lhe nomes infantilizados ou diminutivos, tratando-a como incapaz;

II – fazer comentários constrangedores à mulher referentes a questões de cor, etnia, idade, escolaridade, religião, cultura, crenças, condição socioeconômica, estado civil ou situação conjugal, orientação sexual, identidade de gênero e paridade;

III – ironizar ou censurar a mulher por suas expressões emocionais ou comportamentos que externalizem sua dor física e psicológica ou ainda suas necessidades humanas básicas, tais como gritar, chorar, amedrontar-se, sentir vergonha ou dúvidas; ou ainda por qualquer característica ou ato físico tais como: obesidade, pelos, estrias, evacuação, dentre outros;

IV – preterir ou ignorar queixas e solicitações feitas pela mulher atendida durante o ciclo gravídico-puerperal, referentes ao cuidado e à manutenção de suas necessidades humanas básicas;

V – induzir a mulher a aceitar uma cirurgia cesariana sem que seja necessária, apresentando riscos imaginários, hipotéticos e não comprovados, e ocultando os devidos esclarecimentos quanto aos riscos à vida e à saúde da mulher e do bebê, inerentes ao procedimento cirúrgico

VI – recusar, impedir ou retardar o atendimento de saúde oportuno e eficaz à mulher, em qualquer fase do ciclo gravídico-puerperal, inclusive em abortamento, desconsiderando a necessidade de urgência da assistência à mulher nesses casos;

VII – promover a transferência da internação da mulher sem a análise e a confirmação prévia de haver vaga e garantia de atendimento no estabelecimento destino, bem como tempo suficiente para que esta chegue ao local;

VIII – impedir a mulher de se comunicar com pessoas externas, privando-a da liberdade de telefonar e caminhar, conversar ou receber visitas quando suas condições clínicas permitirem;

IX – deixar de aplicar analgesia ou anestesia de parto para alívio da dor, quando a parturiente assim a requerer e as condições clínicas permitirem;

X – realizar a episiotomia ou episiorrafia quando esta não for prévia e inequivocadamente autorizada pela mulher, condicionada a validade do consentimento à prévia informação a respeito do procedimento, seus riscos e consequências fisiológicas, temporárias ou permanentes; (...)”⁵⁸

⁵⁸AMAZONAS. Lei n. 4.848, de 3 de julho de 2019. DISPÕE sobre a implantação de medidas contra a violência obstétrica nas redes pública e particular de saúde do Estado do Amazonas. Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas. Manaus. Disponível:< file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DIARIO_OFICIAL-34041%20(1).pdf>. Acesso em: 06 de jun. de 2020. Pg. 18.

É de suma importância destacar que a lei não tem um viés de criminalizar a conduta médico ou da equipe médica, mas sim trazer à tona condutas desumanas de Violência Obstétrica e buscar através da adoção das medidas judiciais cabíveis indenizações as vítimas que viviam no desconhecimento dos seus direitos. Além disso, a partir de agora o Estado do Amazonas se amolda as normas internacionais sobretudo na descrição de violência obstétrica:

“Art. 1.º Ficam instituídas medidas de proteção contra a violência obstétrica no Estado do Amazonas e de divulgação da Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal.

Parágrafo único. Para os fins da presente Lei, **entende-se por violência obstétrica a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres, através do tratamento desumanizado, abuso da medicalização e patologização dos processos naturais, que cause a perda da autonomia e capacidade das mulheres de decidir livremente sobre seus corpos e sua sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres durante o pré-natal, parto, puerpério ou em abortamento, que cause dor, dano ou sofrimento desnecessário à mulher, praticada por membros que pertençam à equipe de saúde, ou não, sem o seu consentimento explícito ou em desrespeito à sua autonomia.”⁵⁹ (grifo nosso)**

De fato, em comparação com outros Estados e mesmo no âmbito federal, o Amazonas encontra-se em situação privilegiada no âmbito normativo, havendo ainda, contudo, carência de estudos que atestem a efetivação da lei no âmbito social e dados concretos sobre a redução do número de casos que se enquadrem no conceito de violência obstétrica.

CONCLUSÃO

Por todas as considerações feitas no presente trabalho é visível a histórica luta da mulher por seus direitos, travando uma contínua batalha contra tudo e contra todos, na conquista de sua identidade e autonomia, no seu reconhecimento enquanto sujeito de direitos e detentora de suas próprias decisões, sobretudo sobre seu próprio corpo.

O silêncio fez parte por muitos anos da vida de mulheres-mães em todo o mundo, a dor e o sofrimento, tidos como meros dissabores, se tornaram a única lembrança de um momento tão marcante e único na vida de uma mulher como o parto de seus rebentos.

⁵⁹IBID, Pg. 18.

A prática de comportamentos, protocolos e intervenções invasivas, desprovidos de consentimento, encarados como naturais pela equipe médica, expressam o quanto precisamos, ainda, empoderar as mulheres para que se reconheçam como sujeito de direitos.

O parto deve ser reconhecido como momento de celebração da vida e não palco de perpetuação da violência patriarcal, o corpo da mulher está vulnerável e sensível e é nesse momento que precisamos de uma equipe médica preparada para tudo ocorre em fluxo perfeito, sem dor ou sofrimento, respeitando-se a autonomia da mulher e sua dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejam todas feministas**. Companhia das Letras, 2014, p. 05 e 14.

AMAZONAS. Lei n. 4.848, de 3 de julho de 2019. **DISPÕE sobre a implantação de medidas contra a violência obstétrica nas redes pública e particular de saúde do Estado do Amazonas**. Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas. Manaus. Disponível: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DIARIO_OFICIAL-34041%20(1).pdf>. Acesso em: 06 de jun. de 2020. Pg. 18.

BISCEGLI, T. et al. **Violência obstétrica: perfil assistencial de uma maternidade escola do interior do estado de São Paulo**. Revista cuidar e enfermagem, v. 9, n. 1, p. 18 - 25, 2015.

BRASIL. 3ª Vara Federal no Amazonas. **Ação Civil Pública nº.1005413-82.2018.4.01.3200**. Impetrante: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do Amazonas. Impetrado: Estado do Amazonas, União Federal. Amazonas, 28 de nov. de 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/docs/acp-violencia-obstetrica>>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Câmara cria comissão especial sobre violência obstétrica**, Brasília, 19 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/639153-camara-cria-comissao-especial-sobre-violencia-obstetrica/>>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

BRASIL. Conselho Federal De Medicina, **Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente**. Resolução n. 2.232, de 17 de julho de 2019. Diário Oficial da União, edição 179, seção 1, pg. 113. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=16/09/2019&jornal=515&pagina=113>>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Do parecer no tocante à expressão “violência obstétrica” é uma agressão contra a medicina e especialidade de ginecologia e obstetrícia, contrariando conhecimentos científicos consagrados, reduzindo a segurança e a eficiência de uma boa prática assistencial e ética.** Parecer CFM n. 32/2018 de 23 de outubro de 2018. Conselheiro-relator: Ademar Carlos Augusto dos Santos. Disponível em: <<http://estaticog1.globo.com/2019/05/07/ParecerCFMViolenciaObstetrica.pdf>>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

BRASIL. Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. **Promulga a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**, de 1979, e revoga o Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984, Brasília, DF, setembro 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. Lei n. 11.108, de 7 de abril de 2005. **Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.** Presidência da República, Casa Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

BRASIL. Lei n. 11.634, de 27 de dezembro de 2007. **Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde.** Presidência da República, Casa Civil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11634.htm>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1.459, de 24 de junho de 2011. **Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS - a Rede Cegonha.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 jun. 2011. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1459_24_06_2011.html>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal no Estado do Amazonas. **O Enfrentamento à Violência Obstétrica no Amazonas: A importância da atuação do comitê Estadual e da Atuação em Rede.** 2019. Disponível em: <<https://spark.adobe.com/page/3Eee8ziTAzn59/>>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Autos n. 1.34.001.007752/2013-81. Inquérito Civil. **Recomendação n. 29/2019, 07 de maio de 2019.** Procuradora da República: Ana Carolina Previtali Nascimento. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/5/art20190510-11.pdf>>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília (DF): Site do Planalto, 1965. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 de jun. de 2020

BRASIL. Senado Federal. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. **Com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência**. Relatório Final de junho de 2013. Brasília. Presidenta: Deputada Federal Jô Moraes (PCdoB/MG) Vice-Presidenta: Deputada Federal Keiko Ota (PSB/SP) Relatora: Senadora Ana Rita (PT/ES). Disponível em:< file:///C:/Users/Usuario/Downloads/MATE_TI_130748.pdf>. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

CARTA DE CAMPINAS. **Ato de Fundação. Rede pela Humanização do Parto e Nascimento**; 1993. Disponível em:<rehuna.org.br/wp-content/uploads/2019/12/CARTA-DE-CAMPINAS-Ato-de-Fundação-da-ReHuNa-1993.pdf>. Acesso em: 03 de jun. de 2020.

CARTA DE FORTALEZA. Respostas para o novo milênio. Rede pela Humanização do Parto e Nascimento; 1993. Disponível em:< <http://rehuna.org.br/wp-content/uploads/2019/12/Carta-de-Fortaleza-2000.pdf> >. Acesso em: 03 de jun. de 2020.

CATOIA, Cinthia de Cassia; SEVERI, Fabiana Cristina e FIRMINO, Inara Flora Cipriano. **Caso “Alyne Pimentel: Violência de Gênero e Interseccionalidades**. Rev. Estud. Fem. vol.28 no.1 Florianópolis, 2020, Epub Mar 09, 2020. Disponível em:< https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2020000100205&script=sci_arttext >. Acesso em: 24 de maio de 2020.

D’GREGORIO, Rogelio Pérez. Obstetric violence: **A new legal term introduced in Venezuela**. Caracas, Venezuela: International Journal of Gynecology and Obstetrics, 2010. Disponível em:<http://www.redehumanizaus.net/sites/default/files/figo_-_violencia_obstetrica_-_legislacao_na_venezuela.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2020.

D’OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas; DINIZ, Simone Grilo e SCHRAIBER, Lilian Blima. **Violence against women in health-care institutions: an emerging problem**. The Lancet, vol. 359. 2002. Disponível em:<https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/42572395/Violence_against_women_in_health-care_in20160211-11806-f3p908.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DViolence_against_women_in_health-%2Bj6w6D%2BliAOVhxZwPopYosXEci4A%3D%3D&X-Amz-Signature=e64b0aeaedc3d6afa01d4eb13f6039110c84bed89339ec1efbd46b6c13f2cc9c> . Acesso em: 29 de mar. de 2020, p. 1681.

EXPOSIÇÃO SENTIDOS DO NASCER. **Violência obstétrica: A voz das brasileiras**. 2012 (51m01s). Disponível em:<<https://www.youtube.com/watch?v=RMfAvqf9d9g&t=16s>>. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

Fundação Perseu Abramo, e Sesc. Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado. 2010. Disponível em:<https://fpabramo.org.br/publicacoes/wpcontent/uploads/sites/5/2017/05/pesquisaintegra_0.pdf>. Acesso em: 19 de mar. de 2020, p. 173.

MARQUES, Silvia Badim. **Violência obstétrica no Brasil: um conceito em construção para a garantia do direito integral à saúde das mulheres**. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, Brasília, v. 9 n. 1: jan./mar., 2020. Disponível em:<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/585-Texto%20do%20artigo-2230-1-10-20200324%20(2).pdf>. Acesso em: 29 de mar. de 2020, p. 100.

MATTAR, Laura David. **Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais – uma análise comparativa com os direitos reprodutivos**. Sur. Rev. Int. Direito Human. Vol. 5 n. 8 São Paulo June 2008. Disponível em:<https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000100004#32>. Acessado em: 03 de maio de 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS MULHERES. **Report of the world conference of the international women's year**. Mexico City, 19 June/2 July. 1975. Disponível:<http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/relatorio_conferencia_mexico.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2020, p. 25.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Declaração para Prevenção e Eliminação de Abusos, Desrespeito e Maus-tratos durante o Parto em Instituições de Saúde**. 2014. Disponível em:<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf?ua=1>. Acesso em: 04 de maio de 2020.

PATRIOTA, Tania. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. Plataforma de Cairo**. 1994. Disponível em:<<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em 03 de maio de 2020, p. 62.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em:<<https://wp.ufpel.edu.br/ppgd/files/2019/08/F1%C3%A1via-Piovesan-Temas-de-direitos-humanos-cap.-12-a-16.pdf>>. Acesso em: 21 de maio de 2020, p. 05 e 36.

REDE PARTO DO PRINCÍPIO. **Violência Obstétrica “Parirás com dor”**. Dossiê elaborado para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. 2012. Disponível em:<<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>. Acesso em: 04 de jun. de 2020.

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. **Ley Orgánica Sobre El Derecho De Las Mujeres A Una Vida Libre De Violencia**. UNFPA; 2007. Disponível em:<https://venezuela.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Ley_mujer%20%281%29_0.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2020, p. 30 e 52.

TEDESCHI, Losandro Antonio. **História das Mulheres e as Representações do Feminino**. Campinas: Curt Nimuendajú, 2008.

TRINDADE, Fabiane Crescêncio. **Na hora de fazer não gritou: a violência obstétrica como um fenômeno contemporâneo**. 2018. Disponível

em:<fhttps://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/182309/001076316.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 de mar. de 2020, p. 31.

VIEIRA e REGHIN, Maria Clara e Mariane. **O que é violência obstétrica? Descubra se você já foi vítima.** Revista Crescer – Editora Globo, 2017. Disponível em:<https://revistacrescer.globo.com/Gravidez/Parto/noticia/2017/08/o-que-e-violencia-obstetrica-descubra-se-voce-ja-foi-vitima.html>. Acesso em: 03 de maio de 2020.

**ANÁLISE SOBRE O TRÂNSITO NO INTERIOR DO ESTADO DO AMAZONAS:
O DESCONHECIMENTO DOS USUÁRIOS QUANTO AO CÓDIGO DE
TRÂNSITO - LEI 9.503/1997**

**ANALYSIS ON TRANSIT IN THE STATE OF AMAZONAS: USERS
'UNKNOWNLEDGE ABOUT THE TRANSIT CODE - LAW 9.503 / 1997**

566

Tayná Ferreira da Cunha

Jane Silva da Silveira

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo uma breve análise quanto ao desconhecimento dos usuários quanto ao Código de Trânsito Brasileiro, haja vista o trânsito ser um dos principais problemas enfrentados no município de Itacoatiara, terceira cidade mais populosa do Estado do Amazonas. Busca-se chamar a atenção sobre a importância de cumprimento das normas de trânsito, tanto por parte da população, quanto das autoridades competentes de trânsito como instrumento para garantir a cultura de um trânsito que não coloque em risco a integridade de todos os seus habitantes. Utilizou-se como metodologia o estudo histórico e bibliográfico, método dedutivo-indutivo, coleta de dados secundários e pesquisa de campo.

Palavras-chave: Acidentes de trânsito. Motocicletas. Leis de Trânsito.

ABSTRACT

The present work aims at a brief analysis as to the users' lack of knowledge about the Brazilian Traffic Code, given that traffic is one of the main problems faced in the municipality of Itacoatiara, the third most populous city in the State of Amazonas. We seek to draw attention to the importance of compliance with traffic regulations, both by the population and by the competent traffic authorities as an instrument to guarantee the culture of traffic that does not jeopardize the integrity of all its inhabitants.

The methodology used was the historical and bibliographic study, deductive-inductive method, secondary data collection and field research.

Keywords: Traffic accidents. Motorcycles. Transit laws.

1. INTRODUÇÃO

O avanço da economia brasileira nos últimos anos possibilitou às pessoas um aumento no poder aquisitivo e consequente acesso a bens que antes pertenciam apenas à elite, dentre eles, veículos automotores, ocasionando um crescimento do número de novos condutores tanto de veículos de quatro rodas como os de duas rodas, objeto deste trabalho.

Diante desse cenário, as leis de trânsito surgiram com o principal objetivo de ordenar o trânsito, evoluindo com o passar dos anos, conforme a evolução da sociedade e dos veículos.

Apesar das regras normatizadoras de conduta no trânsito, o crescimento resultou em um trânsito violento, de modo que, em 2018, tornou-se uma das 10 (dez) principais causas de morte no mundo, competindo com doenças graves como cardiopatia, AVC, câncer e diabetes (OPAS/OMS, 2018). No Brasil, no ano de 2017, a mortalidade por acidente de trânsito ocupou o 8º (oitavo) lugar, com 46.286 vítimas, conforme dados da Secretaria de Vigilância em Saúde.

O município de Itacoatiara, objeto de nosso estudo, situado no interior do Estado do Amazonas, possui um trânsito violento e desordenado, principalmente quanto às motocicletas, que correspondem a cerca de 80% da frota de veículos da cidade. Seus condutores descumprem normas de trânsito, violando constantemente o Código de Trânsito Brasileiro e pondo em risco a própria vida e integridade e a de terceiros.

Quando a este fato, questionamentos se fazem necessários: Por que há o descumprimento constante das leis de trânsito no município de Itacoatiara? Quem são as autoridades competentes para realizar as fiscalizações das irregularidades? Com tantas irregularidades, será que a população de fato tem conhecimento quanto ao Código de Trânsito vigente no Brasil? Quais as medidas previstas para a conscientização dos usuários quanto à importância da obediência às leis?

Durante a elaboração deste artigo, fora realizada uma pesquisa junto à população de Itacoatiara com o objetivo de medir o conhecimento dos cidadãos em relação ao Código de Trânsito Brasileiro e o cumprimento das normas por parte destes objetivando uma melhor compreensão da relação condutores de veículo de duas rodas e o conhecimento das normas disciplinadoras do trânsito.

Essa pesquisa contou com a participação de proprietários de veículos de duas rodas, motonetas e motocicletas, e aqueles que a utilizam como carona. Os sujeitos da pesquisa foram convidados a participar por Whatsapp⁶⁰ sendo a amostra definida por meio contato registrado em diversos grupos. Foi aplicado o questionário on-line de auto percepção com perguntas fechadas.

A amostragem deste estudo foi do tipo não probabilística por conveniência, ou seja, foram incluídos na pesquisa todos os que responderam ao questionário, e atenderem aos critérios de inclusão e exclusão, isto é, proprietários e usuários de veículo de duas rodas, inclusive como carona.

Ao final, 82,5% das pessoas responderam que dirigem motocicleta, mas apenas 45,6% são habilitadas para conduzi-las. Ao serem questionadas se utilizavam sempre capacete durante os trajetos percorridos de moto, 66% responderam que não.

E mais, 66% afirmaram nunca ter sofrido acidente de moto em Itacoatiara. No entanto, 90,3% dos entrevistados responderam que já presenciou algum acidente no município.

Quanto a segurança no trânsito, 99% afirmaram não considerar o trânsito de Itacoatiara seguro. 94,2% disse que não costuma ver fiscalizações constantes no trânsito e o mesmo percentual afirmou que gostaria que fossem realizadas mais fiscalizações no município.

Este trabalho objetiva contribuir com informações para a compreensão dos motivos às violações recorrentes, através de estudo histórico e bibliográfico, método dedutivo-indutivo, coleta de dados secundários no Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Departamento Estadual de Trânsito do Amazonas (DETRAN), Sistema de Informações Governamentais do Amazonas (E-siga) e ainda por

⁶⁰ Whatsapp é um aplicativo de mensagens instantâneas e chamada de voz para smartphones.

questionamentos aos próprios condutores, a fim de verificar o grau de compreensão quanto ao trânsito e a opinião de cada indivíduo.

Por fim, apresenta-se propostas em relação ao que poderia ser implementado em busca da redução quanto as irregularidades ocorridas no trânsito do município, o número de acidentes, das lesões permanentes e as vidas perdidas todos os anos.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE TRÂNSITO

569

A necessidade de criar normas de trânsito surgiu como reflexo da Revolução Industrial que trouxe o surgimento da indústria e consolidou a formação do capitalismo. No Brasil ocorreu no fim do século XIX e início do século XX, caracterizando com a população do campo deslocando-se em massa para as cidades por conta dos primeiros avanços tecnológicos e surgimento das fábricas.

Com o desenvolvimento chegando ao país, aumento da produção e junto a elevação na economia, veio a popularização do automóvel gerando um aumento no número de veículos tornando-o um artigo de necessidade não apenas da elite, mas também da classe média. Todavia, o crescimento rápido e descontrolado de veículos causaria riscos a todos se não houvesse normas regulamentando esses transportes, surgindo assim as primeiras normas de trânsito no país.

O primeiro Código de Trânsito foi instituído pelo Decreto-Lei n. 2.994, em 28 de janeiro de 1941, durante o mandato presidencial de Getúlio Vargas, conhecido por trazer uma nova era à história do Brasil, em virtude das mudanças ocorridas durante o seu governo. O segundo código surgiu em setembro daquele mesmo ano, pelo Decreto-Lei nº 3.651/41, e regulamentava dentre outras coisas, regras de circulação, sinalização, tipos e especificações de veículos, sendo revogado posteriormente pela Lei nº 5.108/66, após um lapso temporal de 25 anos.

As mudanças econômicas e sociais na sociedade exigiram adequação. Considerando o aumento na frota motorizada, abertura de diversas estradas e avenidas, se mostrou imprescindível a atualização das normas para acompanhar a evolução da sociedade, o que resultou na Lei 9.503/97, o Código de Trânsito vigente.

O Código de Trânsito Brasileiro foi criado pela Lei nº 9.503 de 23.09.1997 e é a principal legislação de trânsito vigente no país.

Assim, desde a primeira legislação, em 1941, até o código vigente, criado em 1997, ocorreram modificações a fim de adaptar o direito às constantes mudanças no trânsito e em 03 de setembro de 2020, o Senado aprovou novas mudanças no Código de Trânsito pelo projeto de Lei nº 3.667/2019. Dentre as principais inovações, temos a aumento da validade da Carteira Nacional de Habilitação, que passa de 04 para 10 anos aos condutores com menos de 50 anos de idade, a criação do Registro Nacional Positivo de Condutores (RNPC), o qual fará uma listagem dos bons condutores com benefícios para estes e o retorno da punição do não uso da cadeirinha em crianças como infração gravíssima.

O Projeto traz também pontos polêmicos, por se mostrar tolerante em relação algumas infrações, ao dobrar o número de pontos na carteira que ensejam a suspensão do direito de dirigir: atualmente, são 20 pontos passando esse limite para 40 pontos. O Senador Wellington Fagundes (PL-MT), durante a votação, afirmou que deveria haver muita cautela com o afrouxamento das leis de trânsito, em virtude do alto número de acidentes que ocorrem no Brasil todos os anos. Mesmo assim, a proposta foi aprovada também pela Câmara, no dia 22 de setembro de 2020 e sancionada no dia 13 de outubro de 2020 pelo Presidente da República.

Dessa forma, observamos que, como em todas as áreas do direito, o código de trânsito, de tempos em tempos passa por modificações, a fim de estar em consonância com as evoluções ocorridas na sociedade e às necessidades da época.

3. TRÂNSITO NO INTERIOR DO ESTADO DO AMAZONAS – MUNICÍPIO DE ITACOATIARA/AM

3.1. LOCALIZAÇÃO DA ÁREA DE ESTUDO

O município de Itacoatiara está situado no interior do Amazonas e faz parte da zona metropolitana de Manaus, distante 269 km da capital pela via terrestre. A estimativa é que possua, neste ano de 2020, 102.701 habitantes (IBGE, 2020).

3.2. ASPECTOS GERAIS SOBRE O TRÂNSITO LOCAL

Itacoatiara é a terceira cidade mais populosa do Estado do Amazonas, integra a região metropolitana de Manaus e possui a segunda maior economia do Estado. Banhada pelas águas do Rio Amazonas, o transporte fluvial é bastante intenso, principalmente por conta da quantidade de ribeirinhos que habitam as comunidades do município. Ademais, conta com um importante porto fluvial, o qual é passagem de mercadorias para outros Estados e países.

O meio de transporte terrestre é formado em sua grande maioria por carros e motocicletas. A única via de acesso terrestre à cidade é a rodovia AM-010, com 269 km de extensão, interligando Itacoatiara ao município de Rio Preto da Eva e à capital Manaus.

Segundo dados do IBGE, em 2018, Itacoatiara possuía um total de 23.368 veículos. Destes, 10.650 era motocicletas e 7.652 eram motonetas, totalizando 18.302, o que corresponde a 78,3% da frota da cidade.

Para melhor compreensão definimos motocicleta como qualquer veículo sob duas rodas, tendo diferentes tamanhos, modelos e potências. Há ainda o veículo tipo motoneta, mas que, popularmente, é conhecido também como motocicleta, que é o caso da famosa e popular “moto Blitz”. A principal diferença entre ambas se dá pela forma de sentar-se no veículo. Enquanto a primeira é na “posição montada”, a segunda é dirigida em “posição sentada”. Quando tratarmos de números, ambas serão quantificadas como “motocicleta”.

O fato de quase 80% da frota do município ser formada por motocicletas se dá pela facilidade em se adquirir este tipo de veículo, principalmente em virtude da produção destes em massa no Polo Industrial de Manaus e facilidades em iniciar consórcios com parcelas de valores baixos. Outrossim, o município não possui uma frota de transporte público, o que acaba por contribuir para o número alto de motocicletas que há no local.

De acordo com o DETRAN⁶¹, no ano de 2019, apenas 6.936 condutores da cidade possuíam a habilitação A ou AB, exigidas para condução desse tipo de veículo. Comparando a quantidade de motocicletas que já havia no município até o ano de 2018

⁶¹ Dados retirados de matéria veiculada no site do Detran/AM, publicada em 23 de abril de 2019, informando sobre a conscientização dos motociclistas quanto ao uso de capacete, realizada no município de Itacoatiara/AM.

exposto acima, apenas 37,9% da população era habilitada para conduzir motocicleta e motoneta.

A divergência entre o número de motocicletas e o número de condutores habilitados contribui significativamente para o alto número de infrações de trânsito e acidentes no município, inclusive fatais, envolvendo em sua grande maioria motocicletas, tendo em vista que, tornar-se apto a dirigir exige adquirir a Carteira Nacional de Habilitação.

Ademais, em Itacoatiara não há aplicação de multas de trânsito, as fiscalizações são bem escassas. Entretanto, para quem vive no local, a todo momento é possível presenciar desrespeito às normas, como o avanço aos sinais vermelhos, condutores e passageiros sem capacete, excesso de velocidade e ultrapassagens irregulares. Todos esses exemplos citados são descritos no CTB como infrações gravíssimas. Apesar disso, não são aplicadas as devidas punições previstas a cada uma dessas infrações na referida lei.

3.3. DA COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAR O TRÂNSITO

O Código de Trânsito Brasileiro atribuiu a órgãos federais, estaduais e municipais a obrigação de fazer cumprir as normas nele contidas, os quais devem trabalhar de forma integrada para que surtam efeitos, principalmente nos municípios, cabendo a eles a fiscalização, sanções administrativas, além da realização de programas de educação e segurança no trânsito, conforme CTB e Diretrizes do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN).

O ente municipal é o que está mais próximo da população e é responsabilidade deste manter um trânsito seguro. A partir da Constituição de 1988, os municípios assumiram integralmente o controle das questões locais relacionadas ao Trânsito, no limite em que a legislação lhes permite. O art. 24, I do CTB, afirma a competência dos órgãos e entidades executivas do município para cumprir e fazer cumprir a legislação e as normas de trânsito.

O art. 5º do CTB preceitua que o Município integra o Sistema Nacional de Trânsito (SNT), sendo, junto à União, Estados e Distrito Federal, responsável pelo planejamento e implantação de política de trânsito, sua organização, fiscalização, sinalização e penalidades. Todavia, para fazer parte de fato do Sistema Nacional de Trânsito, é necessária a criação de um órgão municipal, vinculado ao poder executivo, para desenvolver as atividades de engenharia de tráfego, fiscalização de trânsito, educação de trânsito e controle e análise de estatística, o qual poderá ser uma secretaria já existente, a depender do tamanho do município e do orçamento disponível.

No Município de Itacoatiara, através da Lei municipal nº 27, de 06 de dezembro de 1999, foi criada a Empresa Municipal de Trânsito e Transporte (EMTT), sendo transformada em Autarquia pela Lei nº 151, de 29 de janeiro de 2010, passando a ser Instituto Municipal de Trânsito e Transporte (IMTT), tendo como finalidade regular e gerir o sistema de trânsito no município, de acordo com o artigo 2º da referida Lei.

Atualmente, as atividades mais comuns realizadas pelo IMTT são as palestras educativas, ministradas principalmente nas escolas, a fim de conscientizar os futuros condutores, do Ensino Primário ao Ensino Médio, segundo a diretora-presidente adjunta do Instituto, Cristiane Oliveira. Embora o Município em questão seja integralizado ao Sistema Nacional de Trânsito (SNT), não aplica multas, mas apenas apreende veículos irregulares nas fiscalizações, o que impede a realização de um trabalho mais eficaz, porque sem a punição em pecúnia, não há um efetivo poder coercitivo.

A multa é um instrumento coercitivo para evitar o descumprimento das normas, resultando em punição caso haja o cometimento de infração. Tanto Estados quanto municípios podem multar quem comete infrações de trânsito. O Ministério Público do Estado do Amazonas, no ano de 2014, firmou Termo de Ajustamento de Conduta nº 01/2014 junto ao município de Itacoatiara e o Instituto de Trânsito do município.

Quanto ao município, algumas das exigências referiam-se à realização de concurso público, nomeação e posse dos aprovados e credenciamento dos agentes de trânsito nomeados neste concurso, tornando-os aptos a aplicarem o Auto de Infração de Trânsito. Os agentes de trânsito participaram de curso de Agente de Autoridade de Trânsito promovido pelo DETRAN/AM e estão aptos a autuar condutores infratores. Ainda assim, não há punição a estes.

O Estado fiscaliza através de Departamento Estadual de Trânsito (DETRAN), por meio de convênio junto a Polícia Militar, que efetivamente realiza a fiscalização nas ruas. Juntos, estabelecem as diretrizes para o policiamento ostensivo (art. 22 CTB).

Importante a compreensão quanto as competências. As competências do DETRAN estão previstas no art. 22 do CTB, dentre elas, cumprir e fazer cumprir a legislação de trânsito, vistoriar, emplacar, inspecionar e registrar veículos, fiscalizar e administrar o trânsito, assim como realizar o processo de formação, reciclagem e suspensão dos condutores, entre outros.

O município por sua vez, realiza fiscalizações por meio de guardas municipais ou agentes de trânsito. A ele cabe a fiscalização quanto ao cumprimento das leis de circulação de trânsito, excesso de velocidade, não utilização de capacete, cinto de segurança, veículo estacionado em local proibido etc. Contudo, como mencionado, o município de Itacoatiara não multa os seus condutores, mas apenas orienta, o que acaba por reduzir seu poder coercitivo e aumentar essa “cultura” da impunidade.

O Art. 320 de CTB refere-se à destinação do valor arrecadado por meio das multas de trânsito: “A receita arrecadada com a cobrança das multas de trânsito será aplicada, exclusivamente, em sinalização, engenharia de tráfego, de campo, policiamento, fiscalização e educação de trânsito”.

Até o ano de 2016, não havia o devido controle quanto a destinação dos valores arrecadados com as multas. Por meio da Lei 13.281/16, acrescentou-se o parágrafo 2º no artigo acima citado, o qual obriga que a receita arrecadada pelas multas seja publicada anualmente em site da internet para que todos tenham acesso à informação tanto do total dos valores quanto a sua destinação.

A destinação da receita arrecadada com as multas consta em rol exemplificativo, descrito na resolução de nº 638 de 30/12/2016 do CONTRAN, sendo, investimentos na sinalização, engenharia de tráfego e de campo, policiamento e fiscalização e a educação de trânsito. A sinalização diz respeito aos dispositivos com a finalidade de garantir a adequada e segura utilização da via, enquanto a engenharia de tráfego e de campo, diz respeito a atividades de engenharia para melhor fluidez do trânsito.

O policiamento e a fiscalização são ações preventivas e repressivas para cumprimento da legislação de trânsito, a fim de resguardar a segurança e integridade de

todos os usuários. Já a educação diz respeito à aprendizagem dos usuários das vias, respeitando as normas e evitando o risco tanto para si quanto para outrem.

As multas sendo aplicadas no município tornariam o trânsito mais seguro, por coibir os motorista e motociclistas a cometerem infrações e caso continuassem a descumprir leis de trânsito, geraria receita. Estes valores, como previsto em lei, seriam investidos em sinalizações e melhorias de tráfego, educação no trânsito, fiscalização, o que englobaria investimento em bafômetros, radares, elevando a segurança do trânsito local e, conseqüentemente, obedecendo a leis de trânsito em sua totalidade.

3.4. DESCUMPRIMENTO DAS NORMAS DE TRÂNSITO: DESCONHECIMENTO DA LEI Nº 9.503/1997 E A FALTA DE PUNIÇÃO

As normas são desrespeitadas, principalmente pelos condutores de motocicletas, veículo que corresponde a cerca de 80% da frota de veículos no Município de Itacoatiara. Nesse trabalho foram considerados dois aspectos fundamentais: a população sem conhecimento quanto as normas de trânsito e a falta de fiscalização por parte dos órgãos competentes.

Com base nos dados levantados em pesquisa de campo, a maioria do condutores de veículos do Município de Itacoatiara não tem conhecimento sobre as normas de trânsito, tendo em mente o baixo número de pessoas que possuem a Carteira Nacional de Habilitação, o que lhes levam a cometer diversas infrações tendo em vista o desconhecimento formal da lei.

Uma das hipóteses que podem explicar o trânsito caótico e perigoso no município é justamente a falta de conhecimento da maioria. A comprovação a esta afirmativa se dá por meio de uma pesquisa feita com 163 cidadãos, com idades entre 18 e 60 anos, onde 82,5% das pessoas responderam que dirigem motocicleta e destas, 55,2% responderam que não possuem habilitação para conduzi-las. Uma das perguntas da pesquisa era a seguinte: “Você sabe o que significa a faixa contínua amarela, pintada nas ruas?”, 14,1% responderam que não sabem. (Via de mão dupla com ultrapassagem proibida).

Saber a resposta à pergunta feita acima é o mínimo que qualquer condutor de veículo precisa saber. Muitas vidas, com certeza, teriam sido salvas se todo motorista soubesse que, quando a faixa é contínua, a ultrapassagem é proibida.

Assim, as pessoas que não possuem a Carteira Nacional de Habilitação não estão aptas a dirigir, pois, nunca estiveram em uma autoescola aprendendo as normas de trânsito e também a condução de um veículo nas ruas de forma correta e segura e, se já estiveram, não foram aprovadas nas provas realizadas.

É comum ver a população do Município enfurecida quando há blitz na cidade, principalmente nas redes sociais, questionando o porquê da fiscalização, pois acreditam “não estarem fazendo nada de errado”. E ainda, avisam nos grupos de Whatsapp a ocorrência e local das fiscalizações para evitar que outros cidadãos tenham seus veículos apreendidos (mesmo que não haja a incidência de multa).

Ora, apenas há apreensão de veículos irregulares ou com condutores desabilitados. Conforme o art. 3º da LINDB⁶², ninguém pode alegar desconhecimento de norma para se furtar de cumpri-la. Além do mais, avisar sobre a realização de fiscalização é passível de punição.

Apesar de não haver uma tipificação para esse tipo de conduta, é entendido como ato atentatório contra o serviço público, aplicando-se o art. 265 do Código Penal Brasileiro: “Art. 265 – Atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força ou calor, ou qualquer outro de utilidade pública: Pena – reclusão, de um a cinco anos e multa”.

A justificativa para essa classificação se dá pelo fato de que a blitz não serve apenas para fiscalizar a apreender veículos, ela objetiva resguardar os atores que fazem parte do trânsito (motoristas, motociclistas, passageiros, pedestres e ciclistas). Verifica as condições de trafegabilidade do veículo, a regularização de propriedade observando se foi adquirido de forma lícita e, em caso de roubo/furto, devolvê-lo ao dono, analisa a possibilidade placa clonada que traz prejuízo para o verdadeiro proprietário que pagariam por multas causadas por criminosos, além, de realizar apreensão de drogas encontradas e outras cargas não legalizadas, contrabando, etc.

⁶² Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Dessa forma, informar sobre a ocorrência de fiscalizações pode estar beneficiando criminosos como traficantes, contrabandistas, sequestradores e prejudicando o cidadão que sofreu lesão ao seu direito, contribuindo mais ainda para a propagação da criminalidade.

O desconhecimento às leis junto à ausência de fiscalização, tornam o trânsito perigoso e muitas vezes fatal e prejudica a sociedade como um todo em diferentes aspectos.

É claro que as violações às normas não partem somente da população, mas também das autoridades responsáveis pelo trânsito ao se eximirem de cumprir suas funções, afinal a falta de fiscalização por parte das autoridades fere artigos do CTB, diretrizes e a própria lei municipal.

O artigo 91 do Plano Diretor do município de Itacoatiara (Lei Municipal nº 076/2006) prevê que um trânsito seguro é direito de todos: “O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito.”

Segundo dados do Hospital Geral José Mendes (único hospital do município de Itacoatiara), em 2019, ocorreram 32 acidentes de trânsito causados por ciclistas, 104 acidentes causados por carro e 1.587 acidentes causados por motocicleta, demonstrando o tamanho do perigo causado por estas. Nesse mesmo ano, ocorreram 05 mortes no trânsito registradas no município. No entanto, levando em consideração que o Município de Itacoatiara não possui uma estrutura hospitalar capaz de atender pacientes em estado grave, estes são encaminhados aos hospitais da capital Manaus, e, se vierem a óbito, não entram nas estatísticas do hospital do município, nos levando a compreensão de que os números registrados não retratam a realidade local.

Ressalta-se ainda que, caso o acidente não seja fatal e a vítima venha a falecer das sequelas da violência do acidente, não será contabilizado como vítima de trânsito, exibindo as falhas no controle do número de vítimas, que pode ser muito superior aos números que nos são apresentados.

Os profissionais de saúde relatam que a maior incidência de acidentes se dá nos finais de semana e feriados e que, as urgências e emergências envolvendo acidentados

ficam atrás apenas do número de pacientes atendidos por COVID-19 durante este período da pandemia. Infelizmente, não há dados no município quanto aos valores gastos na rede pública com acidentados.

As principais causas de acidentes e mortes de trânsito no município são:

- Alta velocidade - prevista a sua proibição no artigo 218 do CTB – infração média, grave ou gravíssima, a depender da velocidade, sujeito à multa na infração média e grave, até a suspensão imediata do direito de dirigir e apreensão do documento de habilitação na infração gravíssima;
- Desrespeito aos semáforos ou local de parada obrigatória - prevista a sua proibição no artigo 208 do CTB – infração gravíssima, punida com multa;
- Dirigir sob efeito de álcool – No Código de trânsito, sua proibição é prevista no artigo 165 – infração gravíssima punida com multa e suspensão do direito de dirigir por 12 meses, recolhimento da habilitação e retenção do veículo, mas a Lei 11.705/2008, conhecida como Lei Seca, é ainda mais severa em sua punição para essa infração;
- Não utilização do capacete – proibição prevista no artigo 244, incisos I e II do CTB – infração gravíssima, multa e suspensão do direito de dirigir, junto ao recolhimento do documento de habilitação.

Em uma pesquisa realizada no município de Itacoatiara com 163 pessoas, 61,7% dos entrevistados responderam que não utilizam sempre o capacete, o qual é obrigatório, tanto para condutores quanto para passageiros, conforme art. 54, I e 55, I do CTB:

Art. 54, I, CTB – Os condutores de motocicletas, motonetas e ciclomotores só poderão circular nas vias: **I** – utilizando capacete de segurança, com viseira ou óculos protetores;

Art. 55, I, CTB – Os passageiros de motocicletas, motonetas e ciclomotores só poderão ser transportados: **I** – utilizando capacete de segurança.

Renato Campestrini, especialista em trânsito e gerente técnico do Observatório Nacional de Segurança Viária, em matéria veiculada na Agência Brasil em 2018, de autoria de Pedro Rafael Vilela, afirmou que precisamos mudar a cultura do trânsito, porque, cerca de 95% dos acidentes são causados por falha humana ou falha mecânica, levando em conta que falta de manutenção não deixa de ser uma falha do condutor.

No Município de Itacoatiara estima-se que a principal causa de acidentes se dá por desconhecimento e consequente descumprimento das leis, gerando consequências à população, aos cofres públicos e principalmente às vítimas, perpetuando-se um ciclo perigoso e constante.

4. PRINCIPAIS MEDIDAS PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO PARA REDUÇÃO DOS ACIDENTES DE TRÂNSITO X APLICAÇÃO DESTAS MEDIDAS NO MUNICÍPIO DE ITACOATIARA/AM

4.1. DA FISCALIZAÇÃO

O Código de Trânsito Brasileiro prevê ao longo de seu texto, medidas para evitar e reduzir os acidentes de trânsito, pois, comportando-se os usuários de forma correta, as taxas de acidentes cairão drasticamente.

O Observatório Nacional de Segurança Viária⁶³ utiliza, o termo “sinistro” e não “acidente” para referir-se aos acidentes de trânsito, compreendendo que, o que pode ser evitado, não pode denominar-se acidente, isto é, acidente é algo inesperado e que não se pode evitar. A entidade afirma ainda que “morrer vítima da violência no trânsito,

⁶³ O **OBSERVATÓRIO Nacional de Segurança Viária** (ONSV) é uma instituição social sem fins lucrativos, dedicada a desenvolver ações que contribuam de maneira efetiva para a diminuição dos elevados índices de acidentes no trânsito do nosso país, que objetiva mobilizar a sociedade em prol de um trânsito mais seguro. É reconhecido pelo Ministério da Justiça como uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

principalmente quando consegue provar cientificamente que as causas dessa morte poderiam ter sido evitadas com a simples mudança de atitude, nunca poderá ser considerada uma morte normal.” (ONSV, 2020).

Os problemas principais no trânsito do município de Itacoatiara, como já citado acima referem-se a: excesso de velocidade, desrespeito aos sinais de trânsito, direção sob efeito de álcool e a não utilização do capacete. Quanto a estes problemas, o CTB prevê medidas repressivas, a fim de inibir tais práticas.

Entretanto, mesmo existindo leis específicas para orientar quanto à forma correta de condução de veículos nas vias, não há o efetivo cumprimento e este cumprimento se daria, de forma repressiva, caso houvesse a fiscalização constante. A título exemplificativo, podemos citar o artigo 162, inciso I do CTB, o qual versa sobre a direção de veículo automotor sem possuir a devida autorização, a Carteira Nacional de Habilitação, o que é classificado como uma infração gravíssima, mesmo assim, muitos dirigem sem possuí-la e não sofrem consequência alguma.

A palavra “fiscalização” repete-se 36 vezes ao longo do CTB. Ela é o ato de vigilância e é a mais eficaz dentre todas as outras medidas, pois tem como objetivo averiguar se de fato as leis estão sendo cumpridas, demonstrando a relevância para o cumprimento das normas de trânsito e também tem um cunho educativo levando os condutores orientações no que se refere a observância as normas de trânsito. No entanto, para que haja a devida eficácia, faz-se necessário um trabalho constante e incessante, tendo em vista ser algo que necessita ser “construído” diariamente para que surta efeitos.

No município de Itacoatiara as fiscalizações e punições não são vistas, de modo que se perpetua fazer o que é errado. Conforme observado no item 2.3, o município dispõe de órgão que tem a responsabilidade de fiscalizar o trânsito, porém, fez-se necessária atuação do Ministério Público do Estado do Amazonas, no ano de 2014, que realizou Termo de Ajustamento de Conduta junto a prefeitura do município e o Instituto de Trânsito, com o objetivo de que ambos cumprissem as suas atribuições e fizessem com que as leis de trânsito fossem cumpridas, as quais vinham sendo negligenciado.

Apesar disso, o objetivo não foi atingido, sendo possível perceber in loco que a população continua descumprindo a todo momento as normas de trânsito, o que viria a ser amenizado com a incidência de fiscalizações.

Destacamos que no Município de Itacoatiara, as fiscalizações no trânsito através de blitz são intensificadas todos os anos no período de 04 à 07 de setembro, devido ao fluxo intenso na cidade e na rodovia AM-010, que interliga o Município à capital Manaus, por conta do feriado prologado e ocorrência do FECANI,⁶⁴ festival de música que traz ao município shows nacionais gratuitos e atrai uma multidão de visitantes. Trata-se de ação pontual deixando os demais dias do ano a população em total insegurança ao trafegar pelo Município.

4.2. DA LEI SECA

A proibição do consumo de álcool ao dirigir está prevista no artigo 165 do Código de Trânsito e busca evitar acidentes causados por pessoas em estado de embriaguez, as quais oferecem enorme risco a todos, mas que, mesmo assim, é uma prática bastante recorrente.

O dispositivo supracitado não se revelou ser suficiente para coibir a prática, de modo que no ano de 2008 foi editada a Lei 11.705/2008, conhecida como Lei Seca, que trouxe em seu escopo punições mais severas para quem dirige sob efeito de álcool em estado de embriaguez. A Lei teve como o objetivo de inibir o consumo de álcool por motoristas ao volante estando relacionada a uma fração de redução de óbitos desde a sua instituição e em 2020 completou 12 anos de vigência.

Segundo o Ministério da Saúde, em 10 anos de vigência, a aplicação desta lei reduziu em 2,4% o número de mortes por acidente de trânsito no Brasil. Ela foi alterada em 2012 tornando-se ainda mais rígida. Em 2016 houve uma redução de 16,7% nas mortes, o que equivaleu a 7.467 mortes a menos, comparado ao ano de 2012.

Entretanto, só há bons resultados e eficácia desta lei nos locais em que efetivamente são realizadas as fiscalizações com intuito tanto educativo quanto repressivo.

Todavia, devido à falta de fiscalizações periódicas no trânsito no Município de Itacoatiara, os que buscam os bares para se divertir na cidade, andam nas ruas embriagados e dirigindo e pilotando veículos automotores na volta para casa. Não há nenhuma preocupação quanto a serem flagrados ou punidos, sendo comum ver jovens

⁶⁴ Festival da Canção de Itacoatiara – FECANI – festival gratuito que reúne atrações locais e nacionais atraindo grande público anualmente no período de 04 a 07 de setembro.

bêbados, conduzindo motocicletas em alta velocidade, principalmente nos fins de semana. Esse ato irresponsável ceifou a vida de vários jovens no município, mesmo assim, nenhuma providência é tomada para evitar que outras famílias continuem sendo destruídas por uma tragédia que poderia ter sido evitada se a legislação de trânsito fosse efetivamente cumprida.

A título demonstrativo, na pesquisa que realizamos com 163 habitantes do Município de Itacoatiara, questionou-se sobre quantas vezes os mesmos viram ou ouviram falar de fiscalizações com uso de bafômetro no município, 89,3% responderam que nunca ouviram falar e nem presenciaram.

4.3. DA EDUCAÇÃO NO TRÂNSITO

Em matéria publicada pelo jornal Estadão, em setembro de 2020, Alexandre Cury, diretor comercial da Honda Motos, maior fabricante de motos do país, fala sobre a Semana Nacional do Trânsito, dos riscos que trazem o trânsito no Brasil e afirma ainda que, o fator humano prepondera na ocorrência de qualquer acidente, além de dizer que a solução vem por meio da educação: “Educar é, portanto, a solução. Incutir nos usuários das vias públicas valores de respeito mútuo e sabedoria de que o espaço não deve ser disputado, mas, sim, compartilhado, é primordial, assim como substituir o comportamento ríspido no modo de dirigir pela cordialidade irrestrita” (CURY, 2020).

O Código de Trânsito Brasileiro, em seu capítulo VI, artigos 74 a 79, dispõe da obrigatoriedade da educação no trânsito. Dentre estes, os principais são o art. 74 e art. 75, caput, art. 76 e 79:

Art. 74. A educação para o trânsito é direito de todos e constitui dever prioritário para os componentes do Sistema Nacional de Trânsito.

Art. 75. O CONTRAN estabelecerá, anualmente, os temas e os cronogramas das campanhas de âmbito nacional que deverão ser promovidas por todos os órgãos ou entidades do Sistema Nacional de Trânsito, em especial nos períodos referentes às férias escolares, feriados prolongados e à Semana Nacional de Trânsito.

Art. 76. A educação para o trânsito será promovida na pré-escola e nas escolas de 1º, 2º e 3º graus, por meio de planejamento e ações coordenadas entre os órgãos e entidades do Sistema Nacional de

Trânsito e de Educação, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas respectivas áreas de atuação.

Parágrafo único. Para a finalidade prevista neste artigo, o Ministério da Educação e do Desporto, mediante proposta do CONTRAN e do Conselho de Reitores das Universidades Brasileiras, diretamente ou mediante convênio, promoverá:

I – a adoção, em todos os níveis de ensino, de um currículo interdisciplinar com conteúdo programático sobre segurança de trânsito;

II – a adoção de conteúdos relativos à educação para o trânsito nas escolas de formação para o magistério e o treinamento de professores e multiplicadores;

III – a criação de corpos técnicos interprofissionais para levantamento e análise de dados estatísticos relativos ao trânsito;

IV – a elaboração de planos de redução de acidentes de trânsito junto aos núcleos interdisciplinares universitários de trânsito, com vistas à integração universidades-sociedade na área de trânsito.

Art. 79. Os órgãos e entidades executivos de trânsito poderão firmar convênio com os órgãos de educação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, objetivando o cumprimento das obrigações estabelecidas neste capítulo.

A diretora Adjunta do Instituto de Trânsito do município de Itacoatiara, Cristiane Oliveira, citou a existência do trabalho de conscientização de trânsito junto às escolas por meio de palestras educativas, no item 2.3 deste trabalho. Essa parceria com as escolas busca ensinar aos alunos noções básicas de trânsito, a fim de que tenham consciência do que é correto e, de forma indireta, disseminando o conhecimento inclusive com os familiares.

O Código de Trânsito dedica um capítulo sobre a educação no trânsito, o que podemos inferir que o legislador compreende que os usuários só poderão cumprir as normas de trânsito se tiverem pleno conhecimento das mesmas.

Ainda, no artigo 326 do Código Brasileiro de Trânsito é prevista a Semana Nacional de Trânsito, que ocorre entre os dias 18 e 25 de setembro, com o objetivo principal de conscientização dos condutores de veículos, buscando segurança no trânsito e o cumprimento de metas anuais de redução de índices de mortos por grupo veicular.

O parágrafo primeiro do artigo 326-A, traz em seu bojo que o objetivo de estabelecimento de metas é reduzir, durante o período de 10 anos, ao menos pela metade, o índice nacional de mortos no trânsito e que o desempenho dos Estados e do Distrito Federal do ano anterior serão apresentadas durante a Semana nacional de Trânsito do ano subsequente, assim como as metas para o ano seguinte.

Estudos realizados pelo Observatório Nacional de Segurança Viária revelam que a maior parte dos acidentes são causada por falha humana. Daí entende-se porque é primordial uma Lei prever uma semana para conscientização dos condutores: reduzir o número de vidas que foram perdidas por mortes evitáveis, além das lesões permanentes.

A educação no trânsito, portanto, é de extrema relevância, pois orienta os condutores a fazerem o que é correto, ensinar respeito e cordialidade, objetivando um trânsito mais humano e benéfico para todos.

5. PROPOSTAS PARA ALTERAÇÕES NA LEI 9.503/1997 NA BUSCA DE COIBIR OS ACIDENTES DE TRÂNSITO

O Direito em geral atualiza-se de tempos em tempos, como forma de se adequar as evoluções ocorridas no meio em que este regulamenta. No dia 13 de outubro de 2020, o Presidente da República sancionou o Projeto de Lei nº 3267/2019, a qual apresenta inovações à Lei 9.503/1997. As adequações se dão como meio de torná-la cada vez mais eficaz.

Há alguns pontos, no entanto, que precisam ainda ser revistos, pois, no cotidiano, é possível corroborar a existência de lacunas na lei que abrem espaço à propagação do perigo por não haver regulamentação/proibição. Traremos três problemas e propostas em relação a cada um deles.

A título de esclarecimento, ressalta-se que este trabalho tem como objeto de estudo um ente municipal, entretanto, vale mencionar que cabe privativamente à União

legislar sobre o trânsito, conforme artigo 22 da Constituição Federal. Assim, as medidas a serem apresentadas como propostas para alteração da Lei 9.503/1997 dizem respeito à alteração que apenas pode ser realizada pela União, cabendo aos municípios apenas o cumprimento da norma.

O primeiro ponto diz respeito às concessionárias de veículos. Não há obrigatoriedade alguma em possuir a Carteira Nacional de Habilitação para adquirir um veículo, bastando o poder aquisitivo para adquiri-lo. Prova desta afirmação se faz pelo quantitativo de pessoas habilitadas em contrapartida ao número de motocicletas existentes no município de Itacoatiara. Esta lacuna contribui de forma significativa para que pessoas sem conhecimento das normas de trânsito circulem nas vias e causem danos a si ou a outrem.

Seria salutar a exigência de apresentação da habilitação na categoria do bem adquirido, para evitar que, por ser proprietário, tenha a distorcida visão que pode pilotar apenas com sua “prática” sem nenhum conhecimento técnico, tanto teórico e prático que se obtém durante o processo de emissão de uma habilitação para condução de veículo automotor. Dessa forma, a Concessionária também teria um papel de responsabilidade social, contribuindo com paz no trânsito e integridade das pessoas.

O segundo ponto refere-se a um problema semelhante ao primeiro: a não exigência da Carteira Nacional de Habilitação para registrar o veículo em nome do proprietário perante o DETRAN, que é o órgão competente para registro de veículos, bastando apenas que adquirente tenha atingido a maioridade.

O capítulo XI do CTB diz respeito ao Registro de Veículos, mas não cita a obrigatoriedade da CNH para proceder o mesmo. O site oficial do DETRAN-AM⁶⁵ informa a documentação necessária para o serviço de emplacamento, ou seja, o registro de veículo perante o órgão executivo de trânsito. A CNH é citada como uma das opções quanto à exigência de apresentação de documento com foto, substituível pelo RG, CTPS, passaporte ou carteira de Conselhos Profissionais. Esta ausência de obrigatoriedade é crucial para contribuir que pessoas sem habilitação transitem nas vias. Se o código de

⁶⁵ Site oficial do DETRAN/AM – Documentos necessários para proceder com o registro de veículo (emplacamento): <https://www.detran.am.gov.br/servicos/primeiro-emplacamento/>

trânsito exige a habilitação para conduzir os veículos, por que é permitido a quem não o possui proceder o registro deste em nome próprio?

Esses dois problemas citados acima reduziriam o número de condutores sem habilitação nas vias, não apenas no município de Itacoatiara, mas em todo o país, tendo em vista que, não seria permitido adquirir o veículo sem a devida documentação exigida para conduzi-lo. E, ainda que houvesse possibilidade de adquiri-lo, estaria impedido de proceder com o registro do mesmo perante o DETRAN, até que obtivesse permissão para dirigir.

A última proposta de alteração da lei de trânsito refere-se à proibição de comercialização de bebidas nas lojas de conveniência dos postos de combustível. O artigo 2º da Lei 11.705/2008 (Lei Seca) proíbe a venda varejista de bebida alcoólica ou oferecimento para consumo no local nas rodovias federais, com ressalvas aos trechos urbanos, sendo passível de punição a quem descumprir:

Art. 2º. São vedados, na faixa de domínio de rodovia federal ou em terrenos contíguos à faixa de domínio com acesso direto à rodovia, **a venda varejista ou o oferecimento de bebidas alcoólicas para consumo no local.** (grifo nosso)

§ 1º. A violação do disposto no caput deste artigo implica multa de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

§ 2º. Em caso de reincidência, dentro do prazo de 12 (doze) meses, a multa será aplicada em dobro, e suspensa a autorização de acesso à rodovia, pelo prazo de até 1 (um) ano.

§ 3º. Não se aplica o disposto neste artigo em área urbana, de acordo com a delimitação dada pela legislação de cada município ou do Distrito Federal.

O Decreto nº 6.489/2008 versa exclusivamente sobre a forma de aplicação do dispositivo acima citado, desde explicitar valores, a informar como deve ser redigido o

aviso de proibição de venda no estabelecimento, além de disponibilizar o número que receberá denúncias em caso de descumprimento.

Apesar de não tratar diretamente sobre a proibição de venda de bebidas alcoólicas em postos de combustível nas rodovias federais acaba por, indiretamente, abarca-los.

Entretanto, subsistem as lacunas nas rodovias estaduais, onde não há está mesma proibição e também nos postos situados nas áreas urbanas. A Lei 9.503/1997 e a 11.705/2008 tratam da proibição de direção após consumo de bebidas. Então, qual o sentido em permitir a comercialização de bebida alcoólica exatamente nos locais de venda de combustível para os veículos?

Vale dizer que o projeto de Lei de nº 6.283/2019 de autoria do Senador Fabiano Contarato (REDE-ES) trata exatamente deste questionamento. O senador pretende a proibição de venda de bebida alcoólica de consumo imediato em postos de combustível, estendendo-se a todas as dependências do estabelecimento, como lojas de conveniência, lava jatos, lavanderias, mercados, loja de serviços automotivos, bancas, ambulantes, lanchonetes, restaurantes, bares e congêneres. Em sua justificativa à criação da Lei, o senador falou da guerra que avança em direção aos lares brasileiros, referindo-se à violência no trânsito, da qual nenhum brasileiro está protegido, além de demonstrar que o cenário é de uma verdadeira guerra:

“É necessário rememorar que existe uma guerra que perpassa na frente de absolutamente todas as residências deste país: a guerra da violência no trânsito.

Não há sequer um brasileiro que não esteja exposto a ela. Não há ninguém que esteja, de fato, seguro. Em cada esquina, rua e avenida podemos nos tornar vítimas.

Em 2017, as baixas superaram 47.000 (quarenta e sete mil) mortes, sem contar os 400.000 (quatrocentos mil) mutilados. Uma verdadeira carnificina. **Na Síria, país devastado por um severo conflito armado, morreram, no mesmo período, os mesmos 47.000 (quarenta e sete mil), segundo dados do Observatório Sírio de Direitos Humanos**”. (grifo nosso).

E ainda afirma que não se pode prestigiar o lucro frente a dor da perda de um filho em acidente causado por um motorista embriagado:

“Não podemos tolerar que haja o lucro sobre a perda. O enriquecimento sobre a dor de perder um filho em um acidente provocado por um motorista embriagado. Nessa toada, entendo como justo, razoável e extremamente urgente que se proibisse a comercialização de bebidas alcólicas em postos de combustíveis.

Não há de se falar, inclusive, em vedada interferência na atividade econômica e na livre iniciativa. É necessário dizer que nenhum direito é absoluto e que em conflito com o principal bem jurídico, que é a vida, não podemos prestigiar o lucro.”

No município objeto de nosso estudo, é comum a incidência de jovens nos postos fazendo uso de bebida alcoólica tanto na zona urbana quanto nos dois postos situados a poucos quilômetros da cidade, na rodovia estadual AM-010, onde é comum que pessoas se reúnam para consumo de bebidas, principalmente nos finais de semana, de onde saem pilotando seus veículos. Desta prática, pessoas já perderam suas vidas ao longo dos anos.

Assim, deveria haver a proibição de venda de bebidas alcólicas em postos de combustível, levando em conta que não haverá a interferência na atividade fim do estabelecimento, e muitas vidas seriam resguardadas.

CONCLUSÃO

A relevância do Código de Trânsito se dá por suas diretrizes que buscam evitar que o trânsito, que na sociedade atual é algo inafastável, não se torne perigoso e fatal. Ele trata basicamente de normas orientando a condução dos veículos e a fiscalização para averiguar se estas normas estão sendo cumpridas, além do incentivo à educação de motoristas, ciclistas, motociclistas e pedestres.

Entretanto, mostra-se indispensável levantar uma discussão quanto ao descumprimento constante das leis de trânsito, mais especificamente no Município de Itacoatiara, interior do Estado do Amazonas, onde é notório o desconhecimento em massa por parte da população e a inércia das autoridades.

Dessa forma, por meio de estudo bibliográfico e histórico, dados recolhidos no município e entrevista à população Itacoatiarense, buscou-se demonstrar a relação entre as pessoas descumprirem à Lei nº 9.503/1997 e o desconhecimento por parte destas que acaba tornando o trânsito caótico e perigoso, indo contra todas as diretrizes estabelecidas.

Para tanto, foi necessário relatar o contexto histórico sobre a evolução da sociedade e do trânsito, os quais resultaram na criação das leis de trânsito, que também evoluíram ao longo do tempo para se chegar ao que temos atualmente. Além disso, apresentou-se a motocicleta como o veículo mais utilizado no município de Itacoatiara e que é responsável pela maior incidência de acidentes de trânsito.

Ainda, foram apresentados dados demonstrando a divergência entre o número de motocicletas na cidade em relação ao número de pessoas habilitadas para dirigi-las, expondo que o descumprimento das normas que tornam o trânsito desordenado tem como uma das causas a falta de conhecimento da população quando a Lei de trânsito.

Discorremos ainda quanto a falta de fiscalização, que é outro agravante para o problema apresentado, levando a ocorrência das irregularidades por não haver um efetivo controle do trânsito, deixando ao livre arbítrio da população, cumprir ou não às leis. O caos é nítido quando vemos que houve a necessidade de intervenção do Ministério Público para que o órgão incumbido de controlar e gerir o trânsito exercesse a sua função e, apesar disso, ainda temos um trânsito desordenado.

No trabalho, foram apresentadas algumas das medidas previstas no Código de Trânsito para evitar acidentes e a aplicabilidade destas no Município de Itacoatiara, que, infelizmente, não funciona como deveria, infringindo dispositivos do Código de Trânsito tanto por parte da população, quanto pelas autoridades.

O objetivo deste trabalho se deu como forma de alertar a todos sobre as irregularidades que ocorrem no trânsito e a inércia das autoridades ao problema, que se agrava, causando danos materiais e lesões todos os dias, o que acaba por tirar vidas, sendo algo que fiscalização junto à educação conseguiriam em conjunto evitar, de forma a

proteger os munícipes que dependem das motocicletas, seja apenas para se locomover como também os que a utilizam para prover o sustento de sua família.

Ao levar em conta que uma alta porcentagem da população não é habilitada, o município acaba se adaptando a essa realidade. A implantação da educação de trânsito nas escolas de forma habitual resultaria no conhecimento das leis e que poderia refletir na redução dos acidentes de trânsito. A educação somada à fiscalização faria surtir resultados positivos.

No município de Itacoatiara, o trabalho já realizado junto às escolas precisa ser mais frequente e expandido a outros locais onde possa levar a educação do trânsito para mais próximo da população, levando em conta o desconhecimento da lei de trânsito ser um problema sério no município.

Diante do exposto, concluímos que o problema do trânsito de Itacoatiara não está na motocicleta ou no alto quantitativo destas na cidade, mas pelo uso desorientado, a ignorância às normas de trânsito e a ausência do cumprimento das obrigações por parte de quem deveria geri-lo, o que permite à população ter um trânsito onde quem desobedece ao código cria a sua própria lei e dirige como acredita ser o correto, oferecendo risco à si e aos outros. Para que este problema não se perpetue, faz-se necessária atuação urgente do poder público a fim de garantir a integridade de seus cidadãos e a garantia de um trânsito seguro para todos.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de setembro de 2020.

BRASIL. Lei 9.503/97. **Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm. Acesso em 05 de mai. De 2020.

BRASIL. Lei 2.848/40. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 de set. de 2020.

BRASIL. Decreto nº 6.489/2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6489.htm. Acesso em: 19 de out. de 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4657/42. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 13 de set. de 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.283/2019**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8050061&ts=1594037679971&disposition=inline>. Acesso em 19 de out. de 2020.

CASTILHO, Ingrid. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Óbitos por acidente de trânsito diminuem após 10 anos de Lei Seca**. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/10-anos-de-lei-seca-obitos-por-acidentes-de-transito-diminuem-2>. Acesso em 30 de jun. de 2020.

CERILO, Jéssica. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Motociclistas são os que mais se acidentam no trânsito**. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2019/12/motociclistas-sao-os-que-mais-se-acidentam-no-transito>. Acesso em: 19 de set. de 2020.

CURY, Alexandre. **Segurança no Trânsito: educação é a prioridade**. Disponível em: <https://mobilidade.estadao.com.br/meios-de-transporte/moto/seguranca-no-transito-educacao-e-a-prioridade/>. Acesso em: 18 de set. de 2020.

DETRAN/AM. **Em Itacoatiara, Detran-AM conscientiza motociclistas sobre o uso de capacete**. Disponível em: <https://www.detrان.am.gov.br/%EF%BB%BFdetrان-am-conscientiza-motociclistas-em-itacoatiara-sobre-uso-de-capacete/>. Acesso em: 25 de jun. 2020.

DETRAN/PI. **Municipalização do trânsito**. Disponível em: <http://www.detrان.pi.gov.br/municipalizacao-de-transito/>. Acesso em 18 de jun. de 2020.

EM DISCUSSÃO. **Código de Trânsito Brasileiro (CTB) atribui a órgãos de estados e municípios responsabilidades no cumprimento da legislação de trânsito.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/motos/legislacao-e-fiscalizacao/codigo-de-transito-brasileiro-ctb-atribui-a-orgaos-de-estados-e-municipios-responsabilidades-no-cumprimento-da-legislacao-de-transito.aspx>. Acesso em 18 de jun. de 2020.

FONSECA, Gustavo. **Por que você não deve utilizar suas redes sociais para divulgar pontos de blitz?** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66785/por-que-voce-nao-deve-utilizar-suas-redes-sociais-para-divulgar-pontos-de-blitz>. Acesso em 13 de jul. de 2020.

592

GOMES, Mércia. **Arrecadação dos valores das multas e sua destinação.** Disponível em: <https://www.portaldotransito.com.br/opiniao/arrecadacao-dos-valores-das-multas-e-sua-destinacao-apos-alteracao-da-lei-13-2812016/>. Acesso em 11 de ag. de 2020.

IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.** Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/am/itacoatiara/panorama>. Acesso em 20 de jul. de 2020.

ITACOATIARA. Prefeitura Municipal. **Lei Municipal nº 151, de 29 de janeiro de 2010.** Transforma a Empresa Municipal de Trânsito e Transporte – EMTT em Autarquia e dá outras providências.

ITURAN BRASIL. **Você conhece a origem do código de Trânsito Brasileiro?.** Disponível em: <https://www.ituran.com.br/blog/2018/10/voce-conhece-origem-do-codigo-de-transito-brasileiro/>. Acesso em 03 de setembro de 2020.

Observatório Nacional de Segurança Viária. **Desempenho Brasileiro na Década de Ação Pela Segurança no Trânsito: Análise, Perspectivas e Indicadores 2011-2020.** Brasília, Viva Editora. 2020. Disponível em: <https://www.flipsnack.com/observatorio/livro-d-cada.html>. Acesso em 19 de set. de 2020.

Observatório Nacional de Segurança Viária. **90% dos acidentes de trânsito são causados por falhas humanas.** Disponível em: <https://www.onsv.org.br/90-dos-acidentes-sao-causados-por-falhas-humanas-alerta-observatorio/>. Acesso em 10 de mai. de 2020.

OPAS/OMS. **Organização Pan-Americana de Saúde.** Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5638:10-principais-causas-de-morte-no-mundo&Itemid=0. Acesso em 10 de mai. de 2020

PAULO, Tuany. **Da municipalização do trânsito.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67923/da-municipalizacao-do-transito>. Acesso em 17 de jun. de 2020.

VILELA, Pedro Rafael. **Brasil reduz mortes no trânsito, mas está longe da meta para 2020.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-09/brasil-reduz-mortes-no-transito-mas-esta-longe-da-meta-para-2020>. Acesso em 18 de jun. de 2020.

O RIO SOLIMÕES COMO SUJEITO DE DIREITOS É POSSÍVEL? UM ENSAIO JURÍDICO ENTRE A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E O DIREITO COMPARADO.

IS IT POSSIBLE THE SOLIMÕES RIVER BE A SUBJECT OF RIGHTS? A LAW ESSAY BETWEEN THE BRAZILIAN CONSTITUTION AND THE COMPARATIVE LAW.

Gustavo Mafra Mesquita

594

RESUMO

O rio Solimões, cujas águas são de interesse nacional e internacional, comandando a vida daqueles que à suas margens vivem, sofre há décadas com condutas antrópicas cujos impactos afetam diretamente a qualidade de suas águas, bem como vem gradativamente comprometendo de forma direta a sua existência para as presentes e futuras gerações, sendo o acesso a água em boa qualidade um preceito constitucional fundamental. Frente a estas nefastas consequências, o enfoque do presente artigo está em questionar, à exegese dos preceitos previstos na Constituição Republicana Federal de 1988 e com diálogo entre o direito comparado, a possibilidade jurídica do reconhecimento da bacia do Solimões como um ser passivo de direitos, correlacionado ainda com o Novo Constitucionalismo Latino-Americano acerca do reconhecimento dos Direitos da Natureza e a novel ação proposta pelo Rio Doce, que alavanca estudos e mudanças no que concerne a legislação ambiental brasileira, através do juscomparativismo. Com intuito de orientar os estudos, empregou-se o método dedutivo, com consulta de bibliografia especializada nacional e estrangeira, e de análise de conteúdo dos documentos jurídicos pertinentes. Aponta ao final a necessidade de uma discussão mais aprofundada no que tange a possibilidade do reconhecimento do rio Solimões como sujeito de direitos, com mudanças na legislação ambiental hodierna e no texto constitucional, cujos preceitos ambientais carecem de ligeiras alterações frente aos novos movimentos de proteção ambiental que vem se reverberando.

Palavras-chave: Direito Comparado; Novo Constitucionalismo Latino-Americano; Constituição Republicana Federal de 1988; Rio Solimões; Sujeito de direitos.

ABSTRACT

The Solimões River, whose waters are of national and international interest, commanding the lives of those who live on its shores, has suffered for decades with anthropic conducts whose impacts directly affect the quality of its waters, as well as gradually compromising its existence for present and future generations, with access to good quality water being a fundamental constitutional precept. Faced with these harmful consequences, the focus of this article is to question, by the exegesis of the precepts provided for in the Federal Republican Constitution of 1988 and with dialogue between Comparative Law, the legal

possibility of the recognition of the Solimões basin as a passive being of rights, correlated also with the New Latin American Constitutionalism about the recognition of the Rights of Nature and the new action proposed by “Rio Doce”, which leverages studies and changes regarding the Brazilian environmental legislation and through the comparative law. To guide the studies, the deductive method was used, with consultes in the specialized national and foreign bibliography, and content analysis of the relevant legal documents. At the end, it points to the need for a more in-depth discussion regarding the possibility of recognizing the Solimões River as a subject of rights, with changes in today's environmental legislation and in the constitutional text, whose environmental precepts need slight changes due to the new environmental protection movements that has been reverberating.

Keywords: Comparative law; New Latin American Constitutionalism; Federal Republican Constitution of 1988; Solimões River; Subject of rights.

INTRODUÇÃO

A Amazônia é mundialmente conhecida por abrigar em seu seio o maior volume de água doce do planeta, chamada Região/Bacia Hidrográfica Amazônica, cujas águas, desde sua nascente no Peru até a sua foz no Oceano Atlântico, abrange uma área total de 6.925.674 km², área está distribuída em sete países da América do Sul, quais sejam Brasil (63,88% - correspondente a cerca de 3,8 milhões de km² do território nacional), Colômbia (16,14%), Bolívia (15,61%), Equador (2,31 %), Guiana (1,35 %), Peru (0,60%) e a Venezuela (0,11%). Nota-se então que, por banhar outros países da América do Sul, é tratada como uma Bacia Hidrográfica continental. (BRASIL, 2006, p. 25).

Com escopo em dinamizar estudos mais precisos sobre a temática de águas na Bacia Amazônica, o Ministério do Meio Ambiente (BRASIL, 2006, p. 27) divide a Região Hidrográfica Amazônica em um total de dez sub-regiões hidrográficas, senão vejamos: sub regiões hidrográficas do Amapá Litoral, Foz Amazonas, Madeira, Negro, Paru, Purus, Tapajós, Trombetas, Xingu e Solimões, sendo esta última o enfoque da presente pesquisa.

A Sub região do Solimões, também chamada de Bacia do Solimões, segundo ainda dados do Ministério do Meio Ambiente (BRASIL, 2006, p. 34), representa 36% da área total da Bacia Amazônica continental, sendo a maior das dez sub-regiões hidrográficas supracitadas. A Bacia do Solimões abrange ainda as Bacias dos rios Içá, Japurá, Javari, Juruá e do Alto-Solimões.

Visto a gigantesca representatividade da Bacia do Solimões na Região Amazônica, por banhar e nutrir a vida de tantos animais, vegetais e os povos que nesta região habitam, a água se torna um bem indispensável para a manutenção da vida, sendo esta uma afirmação indiscutível.

É por gerações que os interesses econômicos sobre as riquezas naturais existentes na região que compõe a bacia do Solimões vêm se concretizando, causando gigantescos danos (muito deles irreversíveis) e um vasto desequilíbrio do meio ambiente, principalmente na integridade e salubridade do rio, sem contar a poluição causada de forma direta a seus afluentes e leitos, com despejo incalculável de dejetos humanos e poluição em massa, sem qualquer espécie de controle.

Com isso, pergunta-se: como tornar o Rio Solimões um sujeito passivo de direitos de forma a manter a integridade e salubridade deste rio tão significativo aos presentes e, possivelmente, futuras gerações? O que nos sinaliza a Constituição Republicana Federal do Brasil e demais leis que versam sobre o tema de águas? Existe amparo no direito comparado?

Conforme bem sintetiza Pozzetti e Nascimento (2017, p. 236):

Sem água não há vida e, como a divisão das principais reservas (superficiais e subterrâneas) estão dispostas de forma desigual no planeta, a água se constitui em um bem ambiental com valor econômico estratégico, devendo os Estados realizarem esforços mais contundentes para que esse recurso seja viabilizado a todos.

Hodiernamente, vem se alastrando pelo mundo um movimento jurídico e cultural a fim de combater a degradação ambiental, que é o reconhecimento dos direitos da natureza. Sua essência está numa reorientação quanto a relação entre ser humano-natureza, transmitida pelo Novo Constitucionalismo Latino-americano, defendendo que a natureza, rios, ecossistemas e espécies ameaçadas têm direitos que devem ser reconhecidos, respeitados e protegidos.

Sob este viés, o reconhecimento dos Direitos da Natureza é forte argumento jurídico para garantir a proteção ao Rio Solimões, reconhecendo-o como um rio sujeito de direitos, o qual constitui elemento cultural, social e biológico crucial a vida dos que dele dependem.

Assim, o objetivo desta pesquisa é o de analisar a legislação brasileira vigente e os novos movimentos de proteção que têm ganhado espaço com o reconhecimento dos Direitos da Natureza, questionando a possibilidade do reconhecimento do Rio Solimões

como sujeito de direitos, com ensaios no direito comparado, “um dos campos de pesquisa de maior importância na ciência de nossos dias” (REALE, 1978, p. 375).

Justifica-se a pesquisa no esteio de que os bens hídricos em sua forma salubre são salutares para a existência da vida, uma vez que os seres humanos não conseguirão ter qualidade de vida no planeta sem a existência deste recurso em sua forma pura e saudável.

A metodologia a ser utilizada nesta pesquisa é a do método dedutivo. Quanto aos meios, utilizou-se da metodologia de estudo de caso, com consulta de bibliografia especializada nacional e estrangeira, e de análise de conteúdo dos documentos jurídicos pertinentes; quanto aos fins, a pesquisa será qualitativa.

1. BACIA DO SOLIMÕES: ÁGUAS DE USO COMUM ENTRE OS POVOS.

No que concerne a origem do nome “Solimões”, segundo Porro (1981), possui fontes incertas. As derivações do nome “Solimões” advêm do latim Solimum, em referência ao veneno utilizado pelo povo Yurimáguas na ponta de suas flechas e dardos, concebendo assim o nome hoje então conhecido como “Solimões”.

O Solimões é o mesmo rio Amazonas, também denominado Marañón pelos andinos, que “ao entrar no Brasil é chamado de rio Solimões e ao receber as águas do rio Negro, no Estado do Amazonas, passa a ser chamado de rio Amazonas.” (NASCIMENTO, 2015, p. 22). Tais águas ainda são responsáveis por nutrir os municípios de Atalaia do Norte, Benjamin Constant, Tabatinga, São Paulo de Olivença, Amaturá, Santo Antônio do Içá, Tonantins, Fonte Boa e Jutaí, até chegar à capital do estado do Amazonas.

1.1 A importância do Solimões e suas águas internacionalmente compartilhadas

É de conhecimento global que a Amazônia alberga considerável volume de água doce no planeta. Pozzetti e Nascimento (2017, p. 236) acentuam tal característica e a importância da Amazônia, numa visão mais ampla, os quais valoram-na como:

[...] uma das principais reservas de água doce do planeta, carecendo da iniciativa e efetividade dos países amazônicos em implementar ações diretas, de forma conjunta, em prol do Desenvolvimento Sustentável e da conservação dos recursos hídricos da Bacia Amazônica, como elemento transformador da sociedade amazônica.

Assim, as águas existentes na Bacia do Solimões, que compõe a maior porcentagem do volume de água presente na Bacia Amazônica, são responsáveis por conceber vida àqueles que dela usufruem, como os povos tradicionais, comunidades indígenas, animais e plantas, os quais harmonicamente e ancestralmente vivem de suas fontes há anos.

No que diz respeito aos povos indígenas e demarcações de suas terras, segundo o Ministério do Meio Ambiente (BRASIL, 2006, p. 68), “[...] a maior diversidade de grupos encontra-se nas Sub regiões Hidrográfica Madeira, **Solimões** e Negro e as maiores áreas indígenas, não diferenciadas por grupos, situam-se nas Sub regiões Hidrográficas Negro, **Solimões** e Xingu.” (g. nosso).

Ademais, imperioso destacar a importância internacional da bacia do Solimões, visto que tais águas são compartilhadas por três países da Pan-Amazônia, sendo estes Brasil, Peru e Colômbia, os quais juntos formam a tríplice fronteira, com limites geográficos estreitados pelo rio Solimões entre as cidades de Tabatinga (Brasil), Letícia (Colômbia) e Santa Rosa (Peru), o que torna esta região ainda mais valorosa por suas singularidades culturais e sociais.

Por tal peculiaridade, na lição de Pozzetti e Nascimento (2017, p. 240) “[...] convém destacar ainda, que um rio pode ser fronteiro em parte de seu curso e transfronteiro em outra parte, conforme acontece com o rio Amazonas [...]”.

Inserida nesse contexto de bacia amazônica, o Solimões que goza de intimidade de forma simultânea com três países da Pan-Amazônia, proporcionando vida e cultura àqueles que destas águas compartilham há incontáveis gerações, para efeito de proteção e conservação deste tesouro natural incomparável, o reconhecimento dos direitos deste Rio se torna um grande aliado para sua defesa dos malfadados hábitos hodiernos.

2. A CRISE HÍDRICA EXISTENTE NA BACIA AMAZÔNICA: UMA REALIDADE NA TRÍPLICE FRONTEIRA.

Assevera-se: água é vida. Indiscutível se torna a afirmação de que todos dependem de água para sobrevivência aqui neste planeta. Todo ser biológico necessita deste recurso desde que sua qualidade e salubridade estejam preservadas, para que o ciclo da vida se perpetue e mantenha o seu devido equilíbrio.

Para o ser humano, a água vai mais além de um recurso de necessidade meramente física. Tocantins (2000, p. 277) ensina ainda que:

O homem e o rio são os dois mais ativos agentes da geografia humana da Amazônia. O rio enchendo a vida do homem de motivações psicológicas, o rio imprimindo à sociedade rumos e tendências, criando tipos característicos na vida regional.

Depreende-se desta feita a importância em preservar tais águas e garantir sua salubridade às gerações vindouras, a fim de que tais experiências possam ser compartilhadas perpetuamente por todos os viventes que dependem deste recurso, sendo parte deste meio ambiente onde todos se relacionam, direitos que são preconizados expressamente na Constituição Republicana Federal de 1988 e leis infraconstitucionais.

Trazemos à baila o que lecionam Quadros e Coutinho (2014, p. 362) acerca da importância das águas amazônicas:

As águas alocadas na bacia hidrográfica amazônica representam um dos mais importantes tesouros ambientais existentes no planeta, imprescindível para a perpetuação intergeracional em decorrência das suas funções físico-químicas e biológicas vitais, enquanto meio para a manutenção da vida humana e a garantia deste direito para as futuras gerações.

Visto sua importância, uma realidade paradoxal existe na região amazônica como um todo, isso no que diz respeito ao acesso à água. Tal incongruência está fincada no fato de haver abundante disponibilidade de água doce, porém tal acesso é limitado e quando acessíveis sua qualidade físico-químicas passa de largo ao que seriam ideais para consumo.

Adjudicando ainda os ensinamentos de Quadros e Coutinho (2014, p. 364), estes bem descrevem tal paradoxo existente no tema de águas amazônicas:

Não obstante guarnecer o maior reservatório de água doce do mundo, a gestão dos recursos hídricos na Amazônia está longe de ser considerado o ideal, pois constatações científicas acusam que as condições de acesso à água potável e saneamento na região beiram o colapso, revelando uma crise cujas consequências transitam por fatores demográficos, econômicos, sanitários e, sobretudo, políticos, cujos reflexos ultrapassarão as fronteiras intergeracionais não somente da comunidade Pan-Amazônia e brasileira, mas também a planetária.

Não seria uma hipérbole afirmar que tal crise hídrica terá reflexos que ultrapassarão as fronteiras entre a comunidade Pan-Amazônica, atingindo também uma escala global, caso não haja intervenção urgente, pois em que pese a maior quantidade de água doce se encontrar na região amazônica, ela também é um bem cuja disponibilidade se estende a toda humanidade.

Ademais, esta nevrálgica problemática não é recente e tampouco deve ser observada sob uma ótica longínqua. Ela está inserida num contexto próximo, na tríplice

fronteira entre Tabatinga (Brasil), Letícia (Colômbia) e Santa Rosa (Peru), bem como a todos aqueles que dependem das águas do Solimões, o qual faz parte da contextura amazônica de forma significativa, como foi demonstrado inicialmente.

Vejamos o que retrata Pozzetti e Nascimento (2017, p. 242):

Outrossim, salvo raras exceções, como nos fluxos transfronteiriços e na integração econômica das cidades gêmeas de Tabatinga/BR e Letícia/CO, as fronteiras amazônicas são compostas de grandes vazios demográficos e quase total ausência do Estado, inseridas em um local paradoxal, de vastas riquezas naturais e de baixíssimo desenvolvimento humano, em especial, no que se refere ao acesso das populações locais à água tratada e ao saneamento.

600

As atividades econômicas que se utilizam da água e contaminam os corpos hídricos superficiais despejando produtos químicos altamente nocivos ao meio ambiente e ao ser humano, como as mineradoras (i)legais; os despejos de resíduos sólidos e de esgotos cloacais diretamente nos corpos d'água, sem qualquer tratamento, são os maiores contribuintes da poluição da bacia Solimões, realidade presente em todo contexto amazônico.

Para que se possa comprovar tal truculência não necessita ir tão distante ou conceber investigações minuciosas: é cediço nas cidades de Tabatinga (Brasil), Letícia (Colômbia) e Santa Rosa (Peru) o mal tratamento do esgoto cloacal e o despejo de resíduos sólidos no manto do rio Solimões, cujas contaminações são completamente ignoradas pelas autoridades locais, que em tese são responsáveis pela gestão hídrica responsável e racional; ainda, é notório a existência de dragas gigantescas distribuídas à beira do vasto Solimões, minerando ilegalmente de forma abusiva e sem controle, ocasionando danos enormes e irreparáveis ao ambiente.

No que se refere ao saneamento básico, embora represente direito mínimo de dignidade da pessoa humana, é muitíssimo precário na Amazônia, constituindo outro grave problema. Sob uma visão macro, acerca de distribuição e saneamento básico, Quadros e Coutinho (2014, p. 364), a par de dados levantados pelo Sistema Nacional de Informação de Saneamento – SNIS (2012), concluem que “dentre todas as regiões do Brasil, a região amazônica é que dispõe de condições mais precárias”.

Estas e outras condutas perigosas, bem como a negligência por parte do Governo em promover o cuidado e preservação do meio ambiente, como bem ressaltado por Quadros e Coutinho (2014, p. 365), vem a comprometer não somente a espécie humana,

“[...] mas também algumas espécies que formam a valiosa biodiversidade, ainda existente no bioma amazônico. ”

Nascimento (2015, p. 3) afirma que:

Apesar da imensa reserva de água, o consumo humano é restrito devido, basicamente, à contaminação urbana causada por falta de saneamento básico e a entrada de diferentes fontes de poluição, como resultado das atividades socioeconômicas (mineração de metálicos e não metálicos, combustíveis fósseis, agroindústria).

Outro crasso problema que está diretamente relacionado à escassez hídrica existente é a conduta antrópica realizada por mineradoras que despejam produtos químicos que alteram a qualidade da água e afetam (in)diretamente a vida daqueles que dela dependem, bem como modificam as características físicas dos leitos dos rios com seus maquinários pesados e completamente invasivos, afetando também com isso a navegação por ribeirinhos, indígenas e a demais utilitários do rio, que é o principal meio de locomoção na Amazônia.

Conforme relatório apresentado pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, elaborado pelo Centro de Tecnologia Mineral – CETEM (2014, p. 25):

No município de Jutai ocorre um **garimpo ilegal de ouro** na sub bacia do rio Jutai, que **pertence a bacia do rio Solimões**, próximo ao canal principal de mesmo nome e ao rio Bóia. [...] admite-se que possam existir, ainda, **garimpos totalmente clandestinos**. Na ocasião de viagem constatou-se também o perigo de **contaminação por mercúrio**, que poderia atingir a aldeia Boca do Biá, do povo Katukina, no rio Jutai [...]. Isto porque a expedição encontrou cinco grandes balsas mecanizadas que sugavam o cascalho do fundo do rio para lançá-lo em grandes esteiras, onde o ouro era retirado com o auxílio de mercúrio. (g. nosso)

“A lama da garimpagem vaza para o rio, misturada ao mercúrio que, apesar de proibido, é usado às claras para purificar o ouro” (Tomazela, 2007). A utilização de mercúrio, que é proibido, afeta diretamente a qualidade da água, vindo a ocasionar sérias consequências àqueles que usufruírem de águas contaminadas por este agente, como provocação de doenças às populações humanas e contaminação da vida aquática numa escala avassaladora, vindo a comprometer a pesca artesanal e a agricultura de subsistência por meio da água, que é a principal fonte de renda e a alimentação dos povos tradicionais há séculos.

Outrossim, o mesmo relatório apresentado pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, elaborado pelo Centro de Tecnologia Mineral – CETEM (2014, p. 24) ainda acrescenta que “[...] identificou-se ainda o surgimento de enormes bancos de

areia (descritos como ‘do tamanho de 30 campos de futebol’), que seriam subproduto do garimpo”.

Diante do relatado, se vislumbra incontestável dano ambiental decorrente destes garimpos ilegais, mudando toda a morfologia do Rio em questão e do seu curso natural, ocasionando drásticos e quiçá irreparáveis prejuízos de cunho socioambientais.

Sobre esta problemática, Pozzetti e Nascimento (2019, p. 456) concluem e asseveram que:

A ação antrópica alicerçada na valorização econômica dos bens ambientais que compõem a natureza tem provocado e agravado o desequilíbrio socioambiental amazônico ao longo dos séculos. Hoje, ações degradantes e poluidoras, como o desmatamento, a mineração, a exploração de petróleo, a construção de barragens para geração de energia, a ocupação urbana desordenada e a falta de saneamento impactam diretamente a vida do Rio, a qualidade de suas águas e a sobrevivência dos seres humanos que dele são parte, culturalmente ou ancestralmente.

Tais afirmações não podem ser taxadas como exageradas. Os resultados são escancarados. Basta buscar acionar o senso crítico para que se perceba que tais fatos são geradores de problemas que afetam diretamente a continuidade da existência das águas do Solimões em qualidades mínimas, o que nos faz pensar e buscar alternativas jurídicas que possam ensejar na manutenção dessas águas, como seria com o reconhecimento de um ser passivo de direitos.

3. OS DIREITOS DA NATUREZA NO ÂMBITO INTERNACIONAL E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO.

A realidade da qual o meio ambiente vive, à beira de um colapso, é de certa forma preocupante. Impactos à natureza fluvial, florística, social são visíveis diariamente, decorrente de condutas antrópicas irresponsáveis, dentre outras crises e catástrofes ambientais que não raramente vem ocorrendo, a exemplo de períodos de seca e enchentes em parâmetros sem precedentes na região do alto-Solimões; resíduos sólidos em massa à mostra das margens do Solimões e seus afluentes, fruto de atitudes irracionais tanto do população que polui, como pela negligência por parte do poder público e dos órgãos de fiscalização (quase que inexistentes no contexto local) em ações de prevenção e preservação do meio ambiente; ausência de políticas públicas na gestão do lixo domiciliar e de outras fontes, os quais são descartados à céu aberto no denominado “lixão”, com a

consequente contaminação dos lençóis freáticos da região pelo chorume, líquido altamente nocivo tanto ao meio ambiente como aos humanos.

Em que pese esforços empreendidos por vários Estados, com firmação de tratados internacionais e outros documentos jurídicos cujo princípio está alicerçado na tutela ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio, bem como em estímulos ao desenvolvimento sustentável, a ação negativa e degradante do homem sobre o meio ambiente tem sido corriqueira e perceptível.

Por este motivo, hodiernamente tem despertado em muitas pessoas e em ONG's o interesse em agir de forma conjunta e ativa, reverberando-se movimentos de cunho cultural, social e ambiental, visando a proteção jurídica da natureza, sustentada na relação intrínseca entre o homem e a mãe-natureza como seres indissociáveis e dependentes entre si.

Sobre esta nova onda, Pozzetti e Nascimento (2019, p. 461) descrevem:

Os Direitos da Natureza, dos rios, dos ecossistemas, da biodiversidade, dos animais, da humanidade, da criação de Deus, que tudo criou para a convivência e existência harmônica e em paz, têm adquirido força normativa, através do reconhecimento constitucional e jurisdicional de que o meio ambiente, inclusive cada bem ambiental, deve ser tutelado, pela sua unicidade, como um ente, capaz de provocar a ação jurisdicional, através de qualquer ser humano, em favor de sua integridade e conservação.

Sob esta visão cresce a necessidade de mudança de paradigma que hoje prevalece, qual seja a natureza como um objeto existente apenas para satisfação pessoal e egoísta do homem, com uma visão ambiental estritamente antropocêntrica, tomando lugar a concepção da natureza com um ser que necessita ser tutelado, com personalidade jurídica própria, cujas características e qualidades devem ser preservadas e conservadas tanto a presente como às futuras gerações.

Acerca do tema, diversos países têm reconhecido os direitos da natureza em suas constituições, características do Novo Constitucionalismo Latino-Americano, como é o caso do Equador, Bolívia e Colômbia, havendo inclusive o reconhecimento do rio como um sujeito personificado e entidades naturais reconhecidas, como ocorreu na Nova Zelândia e na Colômbia.

Por Novo Constitucionalismo Americano, Câmara e Fernandes (2018, p. 225) descrevem como:

[...] modelo teórico prático, que traz em seu cerne a necessidade de superação do conceito de Constituição como mera limitadora do poder (constituído) e avança na definição de Constituição como fórmula

democrática, onde o poder constituinte (a soberania popular) expressa sua vontade sobre a configuração e limitação do Estado, mas também da própria sociedade.

Por esta afirmação se engendra a ideia da comunidade com a manifestação do povo por meio de mobilizações políticas, jurídicas e sociais, como ser ativo na luta pela defesa da dos direitos da Natureza, com resgate da cultura e das cosmologias tradicionais, vindo a culminar na constitucionalização de reconhecimento de direitos à Natureza, com a consequente desconstrução de tradições constitucionais europeias de cunho individualista e antropocêntrico.

Atrelado ao tema, a Constituição da Bolívia, em seu art. 34, garantiu a defesa do meio ambiente e a garantia de seus direitos por qualquer pessoa individual ou coletiva (BOLÍVIA, 2009). Analisa-se a ampla proteção jurídica atribuída a natureza por meio de uma normatização constitucional.

Na mesma esteira, a Constituição equatoriana, estabelece em seu art. 71 que “[...] Todas as pessoas, comunidades, povos e nações podem convocar as autoridades públicas para fazer valer os direitos da natureza.” (EQUADOR, 2008. Tradução nossa).

Imprime-se, portanto, a notoriedade, singularidade e importância da natureza, como um ser sujeito de direitos.

No caso da Nova Zelândia, o rio Whanganui foi declarado como “pessoa legal” e coletiva, com todos os direitos a ela inerentes, por meio do reconhecimento da entidade ancestral do povo Maori Te Awa Tupua, representado pelo conselho Te Pou Tupua, positivado pelos artigos. 12, 14 e 18 da Lei nº 007/2017 da Nova Zelândia.

Por sua vez, a Colômbia, conforme consubstanciado na Sentença T-622/2016, embasada na Constituição Colombiana e tratados internacionais que tutelam o meio ambiente, reconheceu o Rio Atrato como um ser sujeito de direitos biocultural. Vejamos o seguinte excerto da sentença:

O rio Atrato é sujeito de direitos que implicam sua proteção, conservação, manutenção e, no caso específico, restauração. Para a aplicação efetiva da presente declaração, o Tribunal decide que o Estado colombiano para exercer a tutela e representação jurídica dos direitos do rio, juntamente com as comunidades étnicas que vivem na bacia do rio Atrato em Chocó; assim, o rio Atrato e sua bacia. (CRCC, 2016, p. 139-140. Tradução nossa. Grifo nosso).

Ao declarar o rio Atrato como um sujeito de direitos biocultural, a Corte Colombiana tomou como base a Convenção 169 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) sobre Povos Indígenas e Tribais (1989), Convenção da ONU (Organização das

Nações Unidas) sobre a Diversidade Biológica (1992), Convenção da UNESCO (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) sobre a Proteção do Patrimônio Cultural Imaterial (2003), Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007) e Declaração da OEA (Organização dos Estados Americanos) sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2016), que vale destacar, são normas internacionais das quais o Brasil também recepcionou em seu corpo jurídico.

Por fim, observa-se uma nova moldura a ser adequada pela hermenêutica constitucional de tais países no que tange ao reconhecimento dos direitos da Natureza, gestado na pressão coletiva contra os Estados em defesa dos direitos do meio ambiente, alinhando o equilíbrio ecológico com a interrelação entre homem e a natureza de forma harmoniosa e sadia.

4. PERSPECTIVAS NA NORMATIZAÇÃO BRASILEIRA PARA RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DO RIO SOLIMÕES SOB À LUZ DO DIREITO COMPARADO.

O citado movimento em prol da defesa do meio ambiente, consubstanciando nos precedentes internacionais, tem se reverberado em todo o mundo, já com resvalos existentes no Brasil, como é o caso da ação judicial de iniciativa da associação sem fins lucrativos “Pachamama”, a qual pleiteia pelo direito à vida e à saúde, bem como que seja feito um plano de prevenção a desastres para proteger toda a população da bacia do Rio Doce, que sofreu no ano de dois mil e quinze o maior desastre ambiental socioambiental ocorrido no país, bem como o maior desastre envolvendo barragens de rejeito de mineração do mundo, conforme Moraes e Cunha (2018, p. 10).

O caso do rio Doce trata-se de um ensaio no cenário jurídico brasileiro no que se refere ao reconhecimento de um rio como ser sujeito de direitos, ainda sem precedentes no Estado brasileiro. A par disto, o que a Constituição Republicana do Brasil e normas internacionais nos apontam sobre tal previsibilidade? Pelos casos existentes nos demais países, é possível encontrar esteio no direito comparado para efetivação no Brasil? Diversas discussões de nível internacional já foram iniciadas acerca do tema. Aqui vamos discutir algumas delas, sem esgotamento do assunto.

Podemos considerar o reconhecimento dos direitos de um rio como sendo a extensão da interpretação do conceito de “direito de águas” ou quiçá “das águas”, conforme nos ensina D’lsep (2010, p. 65) acerca do tema:

O direito de águas tem por finalidade garantir a proteção das águas, a fim de assegurar o desempenho e desenvolvimento de suas diversas funções (ambiental, social, econômica, hidrológica etc.), sintetizadas na função hídrica responsável pela dignidade hídrica. (grifo nosso)

Ainda, não podemos deixar de trazer à baila o que dispõe o artigo 5º, caput, da Constituição Republicana Federativa do Brasil (1988), a qual prevê o direito a vida como sendo fundamental, um dos mais básicos de todos os direitos, com a garantia do direito de permanecer existente e assegurando uma mínima qualidade de vida condizente com a dignidade da pessoa humana. À exegese deste dispositivo, não há como dissociar o tema de águas do princípio da dignidade da pessoa humana, considerado como vetor da Carta Constitucional, pois água é elemento precípuo à vida, sendo este último direito fundamental a todos.

Aliado a isto, no que tange ao meio ambiente, a nossa Constituição Republicana (1988) prevê em seu art. 225, caput, que é **dever do poder público e à coletividade defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, mantendo-o ecologicamente equilibrado.**

Assim, diante da atual conjuntura que vive o meio ambiente amazônico, como não pensar no reconhecimento do Solimões como um ser sujeito de direitos, a fim de que seja garantida a água, bem natural mais precioso na Terra e que comanda a vida, às presentes e futuras gerações, conforme preconiza a Constituição Federal em seus artigos 5º e 225, bem como sob as normas internacionais das quais o Brasil ratificou?

Os esforços que são desenvolvidos pelas autoridades são quase que nulos, com políticas públicas ineficazes frente a todo o caos que é vivido pelo bioma amazônico, com a exploração dos seus recursos naturais de forma desarrazoada, não havendo outra alternativa senão a de a coletividade interessada aliar-se a esta luta pela conservação do meio ambiente para promoção da perpetuação da vida, com a racionalização das águas por meio do direito.

Quadros e Coutinho (2014, p. 362) bem delineiam tal problemática:

Embora celebradas declarações internacionais, fixados preceitos constitucionais e existentes diplomas legislativos que atentam para a gestão dos recursos hídricos, verificou-se que a origem desta problemática decorre da inefetividade de políticas públicas para com o cumprimento dos fundamentos legais, o que, inequivocadamente, comprometerá os direitos das futuras gerações.

Desta feita, conforme Pozzetti e Nascimento (2019, p. 465), frente ao cenário catastrófico que o meio ambiente vem sido integrado,

[...] surge a necessidade de se tutelar a natureza, não como um bem jurídico dotado de valor econômico, mas considerá-la dotada de personalidade jurídica própria, como entidade, seja como um todo ou considerada individualmente pelos bens ambientais que a constituem, por sua essencialidade a vida no planeta.

Portanto, no Brasil, podemos induzir que há a necessidade e possibilidade, ainda que remota, do reconhecimento de um rio como sujeito de direitos, dotado de personalidade jurídica, podendo qualquer indivíduo postular em sua defesa frente ao cenário jurídico competente, com fito em preservar sua essência natural e garanti-la às presentes e futuras gerações.

Sobre esta possibilidade, Moraes e Cunha (2018, p. 30) já discutiram brilhantemente tal viabilidade no Brasil, esteado no caso Rio Doce com ensaio no Direito Comparado, defendendo o desenvolvimento da Ciência do Direito na promoção da correção de falhas e imperfeições existentes no nosso ordenamento jurídico, aprimorando nosso sistema legal positivado.

Existem diversas críticas sobre o tema, como a de não haver no nosso ordenamento jurídico previsão legislativa de legitimidade de bens ambientais para propositura da ação, visto que não são considerados como sujeito de direitos. Para isso, coadunamos com o que ensina Moraes e Cunha (2018, p. 31):

Acreditamos que o cerne da questão vai muito além da divergência quanto à capacidade processual de um elemento da natureza, e não se trata de discussões utópicas sem qualquer utilidade, trata-se de uma problemática quanto à emancipação da natureza, que já vem ocorrendo mundo afora conforme já demonstrado.

Como já foi demonstrado nos tópicos anteriores, pelo Novo Constitucionalismo Latino-americano, em outros países já foi reconhecido os direitos da natureza, dando capacidade postulativa aos interessados em defender as causas do ambiente frente ao poder judiciário. Como não pensar na possibilidade do mesmo ocorrer no Brasil, com o reconhecimento do Solimões como rio sujeito de direitos, frente a tantas desgraças ambientais que vem ocorrendo na região? É mister uma reflexão juscomparativista para que se concretize esta possibilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As águas deste planeta sofrem constantemente há décadas e não apenas elas são afetadas negativamente, mas todo um ecossistema que é intimamente interligado e interdependente arde em consequências desastrosas, sejam por acesso a água, mas em qualidade malfada, ou pela escassez dos recursos hídricos, o que paradoxalmente vem ocorrendo na região que compõe a bacia do Solimões. Isto se dá por má gestão e negligência por parte das autoridades e decorrente das ações antrópicas egoístas que se perpetram há séculos, sem qualquer sensibilidade ou consciência de que são recursos limitados e perecíveis.

Incabível não pensar na água como elemento fundamental à vida, sendo indiscutível que sua presença em boa qualidade e salubridade a todos que necessitam gera qualidade de vida e um status de dignidade aos presentes e futuras gerações. Ribeirinhos, povos tradicionais e cidades que nasceram às margens do Solimões que usufruem deste elemento preciosíssimo há séculos, por todos eles e também por toda a toda humanidade, imprescindível cuidar deste bem insubstituível e ímpar. Para que isso aconteça se faz necessário o empreendimento de esforços que visem resguardar a integridade e qualidade da água que ainda nos resta, pelo princípio da precaução, começando pelo reconhecimento do rio como sujeito passivo de direitos, como ocorreu na Colômbia e na Nova Zelândia, que colherá consequências positivas, cujos efeitos positivos se perpetuarão tanto ao homem como à natureza.

O amparo jurídico, com reconhecimento do rio Solimões como sujeito de direitos e sua defesa tende a se tornar uma alternativa eficiente para que sejam os direitos destas águas salvaguardadas a todos, como cumprimento a uma missão constitucional.

Portando, para isso se faz necessário repensar em como o meio ambiente é tratado pelo direito, sob uma visão estritamente antropocêntrica e egoísta, devendo fazer conceber uma visão biocentrista, com a preservação e conservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, sob à luz do direito comparado, com abertura a novos caminhos no direito brasileiro por meio do amadurecimento científico, objeto desta pesquisa.

REFERÊNCIAS

BOLÍVIA. **Constitucion de La Republica de la Bolivia**. 2009. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 de out. de 1988.

_____. MMA, Ministério do Meio Ambiente. **Caderno da região hidrográfica amazônica**. Secretaria de Recursos Hídricos, Brasília, DF, 2006. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/estruturas/161/_publicacao/161_publicacao03032011024915.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2020.

_____. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. **Recursos minerais e comunidade: impactos humanos, socioambientais e econômicos**, Rio de Janeiro, RJ, 2014. Disponível em: <<http://justicanostrilhos.org/wp-content/uploads/2014/12/recursos-minerais-e-comunidade-impactos-humanos-socioambientais-e-economicos.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2020.

CÂMARA, Ana Stela; FERNANDES, Márcia Maria. **O Reconhecimento Jurídico do Rio Atrato como Sujeito de Direitos**: reflexões sobre a mudança de paradigma nas relações entre o ser humano e a natureza. Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas, vol. 12, n.11, 2018. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/download/15987/14276/>>. Acesso em: 19 jul. 2020.

COLÔMBIA. CCRC - Corte Constitucional de Republica de Colombia. **T-622: Sentencia sobre El Río Atrato**. 2016. Disponível em: <<http://cr00.epimg.net/descargables/2017/05/02/14037e7b5712106cd88b687525dfef4b.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2020.

D'LSEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água juridicamente sustentável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

EQUADOR. **Constituicion de La Republica del Ecuador**. 2008. Disponível em: <<http://files.harmonywithnatureun.org/uploads/upload657.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2020.

MORAES, Lanna Thays Portela; CUNHA, Lilian Pereira da. **O caso rio doce: uma alavanca para os estudos juscomparativistas em direito ambiental**. IV Congresso de estudos jurídicos internacionais e I seminário internacional de pesquisa trabalho, tecnologias, multinacionais e migrações – TTMMS, Belo Horizonte, 2018. Disponível em:

<<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/k7bhb2vw/6rmypb42/slDKq0C77HRdpfpD.pdf>>. Acesso em: 11 mai. 2020.

NASCIMENTO, Fernanda Souza do. Relatório final: **Poluição da água da Bacia Amazônica. Projeto GEF Amazonas**. Brasília: OTCA/GEF/PNUMA, 2015. Disponível em:

<http://otca.info/gef/uploads/documento/5349dATIVID.III.3.2_FERNANDA.NASCIMENTO_RELATORIO_5.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2020.

NASCIMENTO, Leonardo Leite; POZZETTI, Valmir César. **A necessidade do gerenciamento das águas doces compartilhadas na Pan-Amazônia**. Conpedi Law Review. Disponível em:

<<https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3689>>. Acesso em: 19 jul. 2020.

_____. **Direitos da natureza: o rio Amazonas comanda a vida**. Revista Jurídica Unicuritiba. Disponível em:

<<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3585/371371976>>. Acesso em: 11 mai. 2020.

PORRO, Antônio. **O Povo das Águas: ensaios de etno-história amazônica**. Manaus: Edua, 2017.

QUADROS, Jefferson Rodrigues de; COUTINHO, Helen Rita Menezes. **Direito de águas na Amazônia e as futuras gerações**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, 2014, vol. 6, n. 11, jul-dez, p. 362-390. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista12/direitoJeffersonHelen.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2020.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

TOCANTINS, Leandro. **O rio comanda a vida: uma interpretação da Amazônia**. 9. Ed. Manaus: Valer, 2000.

TOMAZELA, José Maria. **Chaga dourada: Garimpeiros transformam a floresta intocada em paisagem lunar**. O Estado de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://estadao.com.br/amazonia/destruicao_chaga_dourada.htm>. Acesso em: 11 jul. 2020.

A (IN) ACESSIBILIDADE DOS POVOS INDÍGENAS TIKUNA AO PODER JUDICIAL BRASILEIRO NA REGIÃO DO ALTO RIO SOLIMÕES AMAZONAS / BRASIL

THE (IN) ACCESSIBILITY OF THE TIKUNA INDIGENOUS PEOPLE TO BRAZILIAN JUDICIAL POWER IN THE ALTO RIO SOLIMÕES REGION AMAZONAS/BRASIL

611

Marigeze Pereira Arcanjo.

Cláudia de Moraes Martins Pereira

RESUMO

O presente artigo provoca a discussão concernente à necessidade urgente de o Estado brasileiro promover mais a acessibilidade ao Poder Judiciário Brasileiro pelo povo indígena Tikuna da Região do Alto Rio Solimões, povo detentor de grande expressão em número de pessoas. Vários dispositivos legais, nacional e internacional, dentre eles a Constituição Federal de 1988 e a Convenção nº 169 OIT/1989, dispõem que o Estado brasileiro é multiétnico e assegura aos povos indígenas o direito de acesso de forma diferenciada em relação ao cidadão universal e traz para o debate formas de acesso ao Poder Judiciário Brasileiro assim consagrado por estes meios legais. No mais, o artigo apresenta os motivos pelos quais o indígena encontra dificuldades em acessar a justiça, apresenta os meios que se considera adequado e possíveis para o acesso ao Poder Judiciário assim como à Justiça. O objetivo do artigo é refletir sobre o referido acesso a fim de ser efetivado desta forma o direito à Justiça do povo indígena Tikuna destacando a possibilidade de a Jurisdição indígena ser uma alternativa de acesso onde o indígena possa dizer o direito. A metodologia adotada foi a bibliográfica, com pesquisa em livros, artigos e jurisprudencial, a fim de verificar as dificuldades de acesso desse povo ao Poder Judiciário na região em estudo, e como o Estado brasileiro vem tratando essa questão e, em especial, do indígena Tikuna ter direito, de fato, à Justiça.

Palavras-Chave: Acesso ao judiciário; Indígenas Tikuna; Alto Solimões.

ABSTRACT

This article provokes a discussion regarding the urgent need for the Brazilian State to further promote accessibility to the Brazilian Judiciary by the Tikuna indigenous people of the Upper Rio Solimões Region, people with many people. Various legal provisions, national and international, including the 1988 Federal Constitution and Convention No. 169 ILO / 1989, provide that the Brazilian State is multi-ethnic and guarantees indigenous peoples the right of access in a different way in relation to the universal citizen and brings for the debate ways of access to the Brazilian Judiciary Power enshrined by these legal means. In addition, the article presents the reasons why the indigenous people find it difficult to access justice, presents the means that are considered appropriate and possible for access to the Judiciary as well as to Justice. The purpose of the article is to reflect on the said access in order to make the indigenous people's right to Justice effective in this way, highlighting the possibility of the indigenous Jurisdiction being an alternative of

access where the indigenous can say the right. The methodology adopted was bibliographic, with research in books, articles and jurisprudence, in order to verify the difficulties of access of this people to the Judiciary Power in the region under study, and how the Brazilian State has been addressing this issue and, in particular, of the indigenous Tikuna is actually entitled to justice.

Keywords: Access to the judiciary; Tikuna Indians; Alto Solimões

INTRODUÇÃO

Os temas abordados no meio acadêmico no tocante ao acesso ao Poder Judiciário Brasileiro precisam ir além do limite do direito fundamental do cidadão universal em agir perante a jurisdição do Estado Nacional. Há uma complexidade de interesses de natureza relevante ao abordar o tema proposto em razão da ampla diversidade étnico-cultural brasileira e, neste contexto, faz-se referência à região do Alto Rio Solimões, a qual é composta por seis etnias predominantes: Tikuna, Kokama, Marubo, Matsé, Kaixana e Kanamari, sendo o primeiro povo o mais numeroso, seguido das outras etnias, respectivamente (CIAMA, 2013, p. 51). O povo indígena, aparentemente, está sendo invisibilizado pelo Poder Judiciário e necessita de uma visão diferenciada do Estado Brasileiro pois a porta de entrada para ter o acesso à justiça é o meio adequado para assegurar o direito às garantias individuais.

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988 (CRFB, 1988) ficou claro que o Brasil é um país multiétnico e, com isto faz-se necessário a inclusão do indígena na questão de acessibilidade também ao Poder Judiciário. Como contrapartida, para trazer o tema ao debate acadêmico este artigo procurará esclarecer, de forma objetiva, os obstáculos enfrentados para a concretização do acesso à Justiça pelo povo indígena Tikuna na Região do Alto Rio Solimões.

O presente artigo tem como objetivo analisar como está sendo feito o acesso ao Judiciário dos indígenas, especialmente os da etnia Tikuna, na região do Alto Solimões, povo de maior expressão da região, mantenedora de sua tradição, cultura e raízes, digno de tratamento conforme sua organização social, política, religiosa e cultural assegurados na Carta Magna vigente e na Convenção 169/OIT (DUPRAT, 2015, p.117).

A metodologia adotada foi a bibliográfica, com pesquisa em livros, artigos e jurisprudencial, a fim de verificar as dificuldades de acesso desse povo ao Poder Judiciário na região em estudo, e como o Estado brasileiro vem tratando essa questão e, em especial, do indígena Tikuna ter direito, de fato, à Justiça.

Dessa forma o artigo investiga e procura saber por que o Estado brasileiro ainda não efetivou os já reconhecidos direitos do povo indígena, em relação a forma diferenciada de acesso à justiça.

No mais, esse trabalho pretende entender as formas de acesso, como ela está sendo feita e se são cumpridas todas as prerrogativas legais e constitucionais do povo indígena. A primeira parte do artigo versa sobre direitos e garantias que devem ser assegurados a este povo, com fundamento na Constituição Federal e nos Tratados Internacionais sobre os direitos dos povos indígenas. O Segundo tópico trata do Poder Judiciário brasileiro no Alto Rio Solimões e apresenta uma breve síntese acerca do povo Tikuna e as dificuldades encontradas quando se trata de acesso ao Poder Judiciário Brasileiro. A última parte propõe o debate sobre as demandas jurídicas desse povo em tela, buscando entender por que razões existem poucas causas jurídicas que chegam ao Poder Judiciário Brasileiro.

2. As garantias constitucionais e os tratados internacionais na política de acesso ao poder judiciário e à justiça.

As conquistas do povo indígena desde a chegada dos colonizadores até os dias atuais foram marcadas por diversos momentos, sempre lutando pela sua sobrevivência, suas terras, costumes e tradições, e nessa perspectiva é que nasce o reconhecimento da diversidade cultural brasileira. Uma dessas conquistas foi a presença desses povos na elaboração da Constituição de 1988, alcançando as garantias individuais, o reconhecimento de suas identidades próprias.

Com o advento da Constituição Brasileira extinguiu-se vários aspectos de classificação que se fazia, a rigor, condicionando o indígena. O Estado Nacional muda sua relação com os povos indígenas reconhecendo o direito de ser índio independente de sua integração, como era feito antes da promulgação da Carta de 1988, a qual promoveu um avanço no Direito Indígena e deu visibilidade aos povos originários, como sua autonomia, por exemplo. Dessa forma rompe-se o autoritarismo singular, ao passo que integra os seus direitos ao ordenamento jurídico respeitando suas diversidades. Corroborando a este momento nos ensina Souza Filho (2013, p. 15). que:

Embora se possa dizer que há um avanço da proteção dos direitos indígenas ao longo do tempo, é claro que a Constituição de 1988 rompe o paradigma da assimilação, integração, incorporação ou

provisoriamente da condição de indígena e, em consequência, das terras por eles ocupadas. A partir de 1988 fica estabelecida uma nova relação do Estado Nacional Brasileiro com os povos indígenas habitantes de seu território. Está claro que a generosidade de integrar os indivíduos que assim o desejar na vida nacional ficou mantida em toda sua plenitude, mas integrando-se ou não, o Estado Nacional reconhece o direito de continuar a ser índio, coletivamente entendido, de continuar a ser grupo diferenciado, sociedade externamente organizada, cumprindo um antigo lema indígena equatoriano: “puedo ser lo que eres sin dejar de ser lo que soy”. Está rompida a provisoriamente que regeu toda a política indigenista dos quinhentos anos de contato.

No entanto, segundo Maciel (2016, p. 14), o Estado Brasileiro, assumindo o monopólio da jurisdição, deixa de reconhecer a diversidade de culturas e visões de direito consuetudinários dos povos e não assume os compromissos internacionais previstos, a exemplo da Convenção nº 169 da OIT, a qual prevê a criação de jurisdições especiais indígenas e autonomia dos povos indígenas.

Na Região do Alto Rio Solimões, assim como ocorre em outras regiões brasileiras, os indígenas, e em especial os Tikuna, são inseridos na seara jurídica do mesmo modo que a população envolvente, de tal maneira que não se leva em consideração as garantias fundamentais já reconhecidas. No entanto, é importante lembrar que em toda a Região Amazônica a presença indígena é predominante, o que exige a adoção de uma política diferenciada de acesso não só ao Poder Judiciário, mas em todas as demais esferas. Tais garantias estão expressas na Constituição Federal, em seus artigos 231⁶⁶ e 232⁶⁷ (DUPRAT, 2015, p. 289).

⁶⁶ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, língua, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

⁶⁷ Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar e juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.



Figura 1 - Mesorregião Alto Solimões-AM-Brasil. Fonte: Base Cartográfica, IBGE, 2006

É sabido que o Estado do Amazonas é o detentor do maior número de indígenas no Brasil e, em especial a Região do Alto Solimões, bem como a Região do Alto Rio Negro, em razão da cidade de São Gabriel da Cachoeira, onde 9 entre 10 pessoas são indígenas, são localidades com a maior concentração de origem indígena do Estado (IBGE, 2010, p. 15). Nesse viés, negar ou dificultar, ou mesmo não facilitar o acesso à justiça a essa parcela da população, principalmente nas localidades em que a maior parte das pessoas é indígena, significa deixá-los à margem dos direitos e garantias constitucionais (SADEK, 2009, p.173).

Por essa razão, sem dúvida, o acesso à justiça precisa ser preservado e com as garantias necessárias, por ser um meio eficaz para conservar o direito de participação nos bens e serviços de uma sociedade, conforme ensina Sadek (2009, p. 170). E a autora prossegue afirmando que:

Quaisquer iniciativas que tenham por meta o combate à exclusão estarão fadadas ao fracasso se não levarem em conta garantias e direitos individuais e coletivos. 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. Não se pretende aqui diminuir a importância de políticas que visem melhorar a distribuição de renda ou a escolaridade, por exemplo. O que este argumento sublinha é que, caso não se considere como prioritário o acesso à justiça, todos os demais esforços correm o risco de não perdurar e se desfazer (SADEK, 2009, p. 170).

Conforme leitura de Maciel (2016, p. 15) a Convenção nº 169 da OIT, da qual o Brasil é signatário desde 2002, por meio do Decreto Legislativo nº 143, em vigor desde 2003, contempla novos direitos aos povos indígenas e tribais relacionados à autonomia, autogoverno, jurisdição Indígena e outros. No entanto, de acordo com Souza Filho:

[...] os sistemas jurídicos nacionais inclusive a convenção 169 da OIT considera que a aplicação das regras jurídicas indígenas mesmo nos territórios e na convivência da comunidade, é possível apenas de forma secundária ao direito estatal tolerada quando a lei for omissa ou desnecessária. Quer dizer, os estados até admitem que existe um direito próprio dos povos indígenas, mas inferior porque deve se pautar pelos direitos estabelecidos pelo sistema jurídico nacional ou pelos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, isto equivale que estes direitos não têm autonomia frente ao nacional. (2013, p. 74).

O Acesso ao Poder Judiciário no Alto Rio Solimões pelos indígenas Tikuna encontra obstáculos decorrentes das grandes distâncias em que estão situadas as aldeias, pois a região é bastante extensa e o principal meio de transporte se dá por meio dos barcos que cortam os rios e os igarapés. Corrobora a isso o fato de o Poder Judiciário Brasileiro não possuir formas de acesso em que possibilita o reconhecimento de dirimir os conflitos conforme sua cultura. Como se extrai do texto de Maciel (2016, p. 17) que:

O acesso à Justiça estatal pelos povos indígenas de modo geral é dificultoso pelo Brasil afora, observou Colaço (2014, p.85). Especialmente no Estado do Amazonas, de dimensões continentais, a administração da justiça está longe das comunidades indígenas e os custos de um processo, ainda mais com as despesas de deslocamento, o tornam inacessível a grande maioria dos povos indígenas, com fator agravante do conteúdo das decisões, em geral o Poder Judiciário aplica o direito em face dos povos indígenas de modo colonial com fundamentos eivados de concepções subjetivas, desconhecendo os povos indígenas de “carne e osso”, sua história de massacres e genocídios, a perda de suas terras tradicionais e a expropriação dos recursos naturais.

Assim, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, expresso na Constituição Federal, não encontra espaço para ser efetivado, pois o Estado brasileiro não cumpre a prerrogativa da qual todo o cidadão de direito possui de ser assistido com dignidade.

Contemporaneamente, a dignidade da pessoa humana pode ser compreendida ao que Barcellos (2002) defende de um mínimo existencial capaz de conferir as mínimas condições para a existência digna. A doutrina abarca os seguintes direitos: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e garantia de acesso à Justiça. (CUPSINSKI; PEREIRA; SANTOS, 2016, p. 4).

Conforme Maciel (2016, p. 17), ao considerarmos os termos da Convenção nº 169 da OIT, os novos direitos, dentre eles o de Jurisdição Indígena para ampliar formas de acesso à justiça, há uma distância de garantia destes direitos pelo fato de o Poder Judiciário, junto com a prática dos Poderes brasileiros, continuarem sendo coloniais, com decisões históricas e etnocêntricas mesmo com a substituição do integracionismo pelo reconhecimento da diversidade étnica que o Brasil possui.

2. O Poder Judiciário Brasileiro no Alto Solimões e os Indígenas Tikuna

Atualmente, o Poder Judiciário Estadual no Alto Solimões está presente nas Comarcas de Amaturá, Atalaia do Norte, Benjamin Constant, Fonte Boa, Jutai, Santo Antônio do Içá, São Paulo de Olivença e Tabatinga, representado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas – TJAM. Destes, apenas no município de Tabatinga funciona duas Varas da Justiça Estadual e no município de Tonantins, pertencente à mesma região, não possui representação do Poder Judiciário, o qual fica sob responsabilidade da Vara Única de Santo Antônio do Içá⁶⁸. Além disso, o município de Tabatinga é o único da região que sedia o Órgão da Justiça Federal⁶⁹.

Nessas condições, excetuando-se alguns casos de extrema impossibilidade de ordem financeira ou de saúde do indígena em acessar o espaço físico do Poder Judiciário Brasileiro, o Estado já garantiria o mínimo de assistência aos que procuram a ajuda estatal que, de fato, acontece com a população envolvente. No entanto, apesar disso, não há garantia de atendimento diferenciado condizente com sua cultura, costume e tradição aos povos indígenas. É que o Estado Brasileiro ainda não incorporou uma atitude na qual assegure o acesso, em sua totalidade, desde a entrada de um litígio até a decisão de uma sentença com fundamento numa visão diferenciada do Estado juiz (MACIEL, 2016, p. 1).

⁶⁸ Fonte: <https://www.tjam.jus.br/index.php/interior-comarcas> Acesso em: 20 Jul 2020.

⁶⁹ Fonte: <https://portal.trf1.jus.br/sjam/> Acesso em: 20 Jul 2020.

Nos dizeres de Araújo *et al* (2006, p. 64) essa interpretação etnocêntrica do Direito não admite um corpo de regras diferenciadas que, organizadas distintamente, possa ser aceita como Direito, convivendo paralelamente com o Direito Estatal. Segundo Maciel (2016, p. 2), estes povos, junto com suas riquezas naturais, terras tradicionalmente ocupadas, saberes milenares e suas línguas, foram destruídos pela imposição do processo de colonização que ainda continua vivo na atualidade.

Atualmente vivem em todo o Estado do Amazonas cerca 53.544⁷⁰, indígenas da etnia Tikuna distribuídos em 20 terras indígenas e, a maioria está às margens do Rio Solimões, encontrados nos municípios de Tabatinga, Benjamin Constant, São Paulo de Olivença, Amaturá, Santo Antônio do Iça e Tonantins. Apesar dessa Região do Alto Solimões possuir uma considerável concentração de povos indígenas de outras etnias, somente do povo Tikuna são cerca de 32.832 pessoas⁷¹.

No decorrer da história, esse povo mostra sua trajetória de luta por sobrevivência e pela demarcação de suas terras enfrentando diversos tipos de preconceito, mas bravamente conseguiu manter até aqui suas tradições, seus costumes e sua língua. Por mais que o Poder Judiciário esteja presente nestas Comarcas, a maioria desse povo que chega a ser atendida normalmente é tratada conforme uma visão universal de cidadão pelo Estado (MACIEL, 2016, p. 14).

Dessa maneira vale ressaltar informações acerca desse povo em questão:

Os Ticunas configuram o mais numeroso povo indígena na Amazônia brasileira. Com uma história marcada pela entrada violenta de seringueiros, pescadores e madeireiros na região do rio Solimões, foi somente nos anos 1990 que os Ticunas lograram o reconhecimento oficial da maioria de suas terras. Hoje enfrentam o desafio de garantir sua sustentabilidade econômica e ambiental, bem como qualificar as relações com a sociedade envolvente mantendo viva sua riquíssima cultura. (SOARES, 2008, p.1).

Ocorre que o Estado não se adequou e não se vê qualquer avanço no que diz respeito ao acesso ao Poder Judiciário pelo indígena, seja em outra localidade, seja na região do Alto Rio Solimões, em especial, pelo povo indígena Tikuna, que dado ao número de pessoas desta etnia concentrada nessa localidade, o que se verifica é um

70 Disponível em: [http://pib.socioambiental.org/pt/Quadro Geral dos Povos/](http://pib.socioambiental.org/pt/Quadro%20Geral%20dos%20Povos/) Acesso em: 28 Jul 2020.

71 Disponível em: [http://www.ciama.am.gov.br/arquivos/download/arqeditor/marco juridico IPP.pdf](http://www.ciama.am.gov.br/arquivos/download/arqeditor/marco_juridico_IPP.pdf) Acesso em: 22 Jul de 2020.

distanciamento das demandas. Contextualizando sobre a atual situação brasileira de acesso do indígena à Justiça, observa-se que:

Deste modo, o Brasil, diferentemente dos seus vizinhos Bolívia, Peru, Colômbia e a despeito das experiências no México, oficialmente não concebe formas de acesso à Justiça fora da jurisdição estatal, sendo que o Estado Brasileiro, de modo inexorável, assumiu para si o monopólio da jurisdição, não abrindo espaços jurídicos para “jurisdição indígena” ou qualquer outra forma de jurisdição especial em que os próprios grupos sociais possam dizer o direito de acordo com suas práticas jurídicas em seus territórios. Apesar da Constituição Federal não vetar ou impossibilitar previamente a adoção da jurisdição indígena. Contudo, na teoria e prática o Estado Brasileiro assumiu para si, com exclusividade, o que Bourdieu (2007, p. 211) denomina monopólio da autoridade jurídica, como forma de violência simbólica, por excelência, cujo monopólio pertence ao Estado. (MACIEL, 2016, p. 8).

O Estado brasileiro precisa moldar-se mais para além de sua estrutura física do Poder Judiciário e pensar mais a justiça brasileira inclusiva através de mecanismos que possibilitem a entrada dos indígenas não apenas nas suas dependências, mas em todas as formas de acesso à Justiça.

Uma das alternativas apresentadas por Maciel (2016, p. 9) em relação as novas formas de acesso à justiça dos povos indígenas, quilombolas e demais grupos sociais, seria a necessidade de a Jurisdição Brasileira e o Poder Legislativo abrirem um diálogo institucional com os países que adotaram o Novo Constitucionalismo Latino-Americano.

O povo Tikuna é bilíngue, mas muitos possuem dificuldades de se expressar na língua portuguesa, principalmente os aldeados (SOARES, 2006, p. 1). Quando se faz uma breve análise de como esse povo está sendo injustiçada pelo Estado Brasileiro e pelo Poder Judiciário Brasileiro, verificam-se dois momentos: o primeiro diz respeito ao bloqueio linguístico e, o segundo, pelo tratamento do indígena como uma visão colonial do cidadão universal (MACIEL, 2016, p. 17).

3. Demanda de causa Jurídica indígena Tikuna e o Poder Judiciário Brasileiro no Alto Rio Solimões.

Assim como em todas as sociedades antigas ou modernas, a todo o momento são verificadas várias formas de conflitos. Deste modo, não seria diferente a existência desses conflitos nas comunidades indígenas Tikuna. Conflitos de toda natureza, seja ela coletiva

ou individual, continuamente são verificados e não são levados na sua grande maioria ao conhecimento do Poder Judiciário, contribuindo para invisibilidade de vários crimes que são cometidos na esfera indígena Tikuna na Região do Alto Rio Solimões.

O Poder Judiciário Brasileiro, através da Justiça Federal, desempenha papel fundamental nessa região, seu órgão situado na cidade de Tabatinga recebe demandas de todo o Alto Solimões e as causas mais comuns são invasão de terras, lagos e rios onde vivem povos da etnia.

Já no Judiciário Estadual, as demandas se tornam ínfimas, não correspondendo com todos os tipos de injustiça sofridos ou cometidos pelo indígena desta região. Não que isso não esteja acontecendo, mas o bloqueio da língua, a distância de algumas aldeias e o preconceito tornam o Poder Judiciário quase inacessível.

Das poucas causas jurídicas que chegam ao conhecimento do Judiciário na Região do Alto Rio Solimões, essas lides ainda são julgadas pelo Estado como uma visão de um cidadão universal, não respeitando seu costume, sua tradição e sua história. Dessa forma, conforme explica Araújo *et al* (2006, p. 66), fica evidente o grau de desconhecimento das pessoas acerca da realidade indígena, além da incompreensão da diferença, assim como a dificuldade de entender a sutil invertida de nossa legislação.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o indígena passa de uma perspectiva assimilacionista em que consistia quase sempre na eliminação ou integração das comunidades indígenas a uma cultura única no caso a cultura nacional, para uma perspectiva de multiculturalismo, sendo os próprios indígenas protagonistas nas conquistas de seus direitos, reafirmando suas identidades próprias que devem ser asseguradas. Essas conquistas se deram com o reconhecimento das diversas culturas existentes no Brasil (ARAÚJO et al, 2006, p. 38).

Nessa perspectiva é que Hilgert e Nolan (2017, p. 8) ensinam que a Constituição Federal consagrou um novo paradigma cultural envolvendo questões indígenas e passou a reconhecer a organização social própria das comunidades indígenas, acenando fortemente para o reconhecimento do pluralismo jurídico que, sem dúvida, existe no território brasileiro.

Assim, em consonância com a Constituição Brasileira deverá ser reconhecido o direito de o indígena obter julgamentos onde sejam observadas as diferenças existentes em razão da sua organização social, cultura, hábitos e o direito de uso da língua mãe

porque, pelo contrário, uma cultura feriria a outra. Nesse mesmo sentido é a opinião de Maciel ao afirmar que

O direito e garantia constitucional fundamental de acesso à justiça previsto na Constituição Federal de 1988 tem sido estudado dogmaticamente pelo direito de modo a vincular um modelo de cidadão, geralmente desvinculado de suas raízes étnicas. Pouco se tem refletido sobre o acesso à Justiça diante da diversidade e a pluralidade brasileira, composta por diversos grupos sociais e especialmente pelos povos indígenas, que, por sua identidade étnica e cultural, é o “outro” diferente, cujo reconhecimento encontra-se explícito na Constituição (art. 231 e 232), possuem o direito de não serem tratados pelo Estado enquanto cidadão universal em nenhuma política pública, inclusive na matéria de acesso à Justiça que envolve direito fundamental (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988). (2016, p. 4).

621

Assim, essa visão do Estado brasileiro de o indígena ser olhado como um cidadão universal não condiz com a realidade de uma nação indígena detentora de uma originalidade própria, com sua ancestralidade, e passa a ser uma barreira na condução de políticas de acessibilidade ao Judiciário e a Justiça brasileira. Para a condução dessas políticas ao Poder Judiciário é preciso ouvir o indígena, e especificamente quanto ao tema proposto nesse artigo, o Tikuna, e traçar parâmetros para se fazer valer os seus direitos e deveres, respeitando suas crenças e costumes para, de certo, termos uma sociedade mais justa e solidária. As demandas são muitas e urgentes e não se pode, mais uma vez, ver o massacre desse povo pela visão de um mundo único, mas acima de tudo reconhecer a igualdade nas suas diferenças. Sobre esse assunto faz-se necessário destacar que:

O colonialismo é toda a forma de naturalização da dominação e subordinação com base nas diferenças étnicas e raciais. O colonialismo infere Sparemberg (2015, p. 196) não se relaciona apenas à administração colonial direta sobre determinadas áreas do mundo, mas refere-se a uma lógica de dominação, exploração e controle que inclui o domínio sobre os conhecimentos dos povos e também sobre o conhecimento jurídico, como ocorrido no Brasil. Verifica-se uma imposição do jurídico oficial estatal em uma injusta correlação de forças com os sistemas culturais e consuetudinários indígenas, este fator relaciona-se a um modelo prático de justiça colonial que impõe a hermenêutica do juiz branco, etnocêntrico e carregado com visão monocultural de mundo e com valores positivistas do Direito. (MACIEL, 2016, p. 14).

Dessa maneira o Poder Judiciário se torna cada vez mais inacessível para o povo indígena Tikuna tendo em vista não haver o meio aparentemente adequado na condução

do litígio, ao passo que os conflitos envolvendo indígenas conduzidos sem incorrer na sua cultura, costume e tradição, aumentam a chance de o indígena não ter sequer direito à justiça. Na observação de Souza Filho:

[...] para entender melhor o drama dos povos diferenciados das nossas sociedades, basta olhar a contradição criada quando se reduz os direitos culturais a direitos individuais estreitamente ligados a vida de povos quanto fração, setor ou segmento de um estado, os direitos culturais fundamentam a existência dos demais direitos. Dentro destes direitos está a língua, a religião, os costumes e evidente o direito de cada povo. Não tem sido fácil, durante toda a conquista e a integração, manter viva a língua, os costumes, a religião e direito, porque estes elementos da vida se contradizem com a conquista (evangelização) e com a aquisição de direitos individuais (integração) (2012, p. 70).

Os povos tradicionais, na tentativa de manter viva a sua língua, cultura e tradição vêm, cada vez mais, incorporando formas de preservação desses direitos constitucionalmente previstos dentro de suas comunidades, no entanto, quando precisam buscar acesso ao judiciário para garantia de tais direitos ou mesmo outros que podem surgir do embate entre os próprios indígenas, esbarram na limitação imposta pelo próprio Poder Judiciário que não cria formas exequíveis para compatibilizar tais questões (DUPRAT, 2015, p.245).

Mas é importante destacar que, com a publicação da Resolução nº 287/CNJ/2019⁷², abriu-se espaço na forma de tratamento aos povos indígenas no Brasil, estabelecendo meios que assegurem seus direitos quando esses agentes estão sob acusação, réus condenados ou privados de liberdade. Vejamos o que a Resolução determina nos dois primeiros artigos:

Art. 1º Estabelecer procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réus, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário.

Art. 2º Os procedimentos desta Resolução serão aplicados a todas as pessoas que se identifiquem como indígenas, brasileiros ou não, falantes tanto da língua portuguesa quanto de línguas nativas, independentemente do local de moradia, em contexto urbano, acampamentos, assentamentos, áreas de retomada, terras indígenas regularizadas e em diferentes etapas de regularização fundiária.

⁷² Resolução nº 287/CNJ/20. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-publica-manual-sobre-indigenas-processados-criminalmente/> Acesso em: 06 Ago 2020.

Essa Resolução leva em consideração vários dispositivos legais, dentre eles a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos povos indígenas e a Convenção nº 169 sobre os Povos Indígenas e Tribais.

É oportuno lembrar que dessa forma o CNJ reconheceu a importância da necessidade de identificação da pessoa como indígena, e que os Tribunais devem garantir as informações acerca da etnia e língua falada em qualquer fase do processo. No entanto, essa Resolução se aplica aos processos criminais (art. 1.º) e, conforme dispõe o art. 4º as informações que identificam o indígena, bem como sua etnia e língua falada.

Art. 4º A identificação da pessoa como indígena, bem como informações acerca de sua etnia e língua por ela falada, deverão constar no registro de todos os atos processuais.

§1º Os tribunais deverão garantir que a informação sobre identidade indígena e etnia, trazida em qualquer momento sendo o do processo, conste dos sistemas informatizados do Poder Judiciário.

Nesse viés, ainda que a norma citada se refira apenas aos processos criminais, é importante registrar que aos poucos o Poder Judiciário brasileiro vai reconhecendo e cumprindo os preceitos fundamentais na questão de atentar para as mais diversas situações em que os povos indígenas estão assegurados, em todas as áreas do desenvolvimento desse povo, seja na área jurídica ou mesmo na saúde, assim como demais áreas.

Recentemente foi concedido um *Habeas Corpus* pelo Min. Felix Fischer no Superior Tribunal de Justiça, de um paciente indígena com base na Resolução n.º 287/CNJ/2020, no qual considerou a efetiva condição de indígena ou da demonstração, ou não, da necessidade de laudo antropológico. A decisão suspendeu o feito na origem até que seja realizada a devida instrução dos autos⁷³.

Para corroborar a necessidade de garantir aos indígenas um tratamento diferenciado nas diversas áreas, destacamos, ainda, a importante decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no do dia 8 de julho de 2020, na Medida Cautelar na Arguição

⁷³ STJ. Habeas Corpus nº 604898 – MS (2020/0202326-0). Rel. Min Felix Fischer. DJ 14/08/2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202002023260&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> Acesso em: 17 Ago 2020.

de Descumprimento de Preceito Fundamental 709 - Distrito Federal/ADPF709MC/DF, cujo relator foi Ministro Luiz Roberto Barroso. No referido processo, a ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL (APIB) junto com outros partidos políticos cobram do Governo Federal uma ação mais efetiva no Combate ao enfrentamento à COVID 19 em áreas indígenas, levando em consideração que estes povos são mais vulneráveis às doenças contagiosas por conta de sua natureza diversa em relação a outra parte da população. A seguir a ementa do julgado da Medida Cautelar⁷⁴:

Ementa: DIREITOS FUNDAMENTAIS. POVOS INDÍGENAS. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TUTELA DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE DOS POVOS INDÍGENAS FACE À PANDEMIA DA COVID-19. CAUTELARES PARCIALMENTE DEFERIDAS. 1. Ação que tem por objeto falhas e omissões do Poder Público no combate à pandemia da COVID-19 entre os Povos Indígenas, com alto risco de contágio e mesmo de extermínio de etnias. (STF, 2020, *on-line*).

Outra grande novidade no Direito Indígena brasileiro nos remete ao protocolo autônomo de consulta, na qual o Povo Indígena Waijãpi do Amapá foi primeiro a construir um protocolo no Brasil e é considerado por estudiosos da área indígena como “segundo momento” do movimento indígena brasileiro sendo o “primeiro momento” o que se deu nas décadas de 1970/1980 (SILVA, 2020, p. 122).

Os protocolos autônomos de consulta consistem em uma consulta prévia obrigatória do Estado brasileiro de consultar, adequadamente, e com respeito sobre decisões administrativas e legislativas, capazes de afetar suas vidas e seus direitos.

Segundo Silva (2020, p.122), esses protocolos de consulta, que é considerado o “segundo momento” do Direito Indígena, são construídos conforme suas próprias organizações políticas e sociais, explicitando o procedimento que deve ser adotado pelo Estado brasileiro ao dar cumprimento ao direito à consulta livre, prévia, informada e de boa-fé assegurados pela Convenção 169 da OIT.

Atualmente os povos tradicionais passaram a entender que somente o ato unilateral (protocolo autônomo de consulta) promove e consolida as garantias de o Estado não contestar sobre suas decisões. Diferente do ato bilateral em que há um acordo, uma discussão antes da consulta.

⁷⁴ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf> Acesso em: 06 Ago 2020.

Por essa razão é que Silva (2020, p. 122). menciona que:

Daí porque se pode falar que os protocolos unilaterais possuem duas novidades principais: a primeira encontra-se consubstanciada no fato de que os povos originários podem demonstrar sua vontade coletiva de acordo com suas estruturas internas de hierarquia e sem interferência externa. Já a segunda remete à necessidade de o Estado brasileiro se afastar daquela premissa, até então inquestionável, de que os povos indígenas não teriam direito de determinar seu desenvolvimento, suas prioridades e seu futuro, direito que, inclusive, se encontra expressamente assegurado pela Convenção 169 da OIT (art. 7.1).

Os povos indígenas, e no caso do tema aqui proposto, especialmente os Tikuna, vão se adequando ao Judiciário Brasileiro enquanto este encontra os meios eficazes para superar essa dicotomia justiça universal/jurisdição indígena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de acesso ao Poder Judiciário Brasileiro pelos indígenas especialmente, os indígenas Tikuna na Região do Alto Rio Solimões, encontra obstáculo nas mais diversas áreas, seja no campo social, econômico ou jurídico. Corroborando com esses obstáculos, verifica-se a não garantia de um diálogo intercultural com esse povo, como apontado pela Convenção nº 169, qual seja a implementação da Jurisdição Indígena realizada pelas próprias autoridades indígenas.

No mais, o Estado brasileiro não garante o direito fundamental de o indígena acessar a Justiça na perspectiva de que os próprios indígenas possam dizer o direito, porquanto a resolução de conflitos vai sendo feito pela Jurisdição oficial que geralmente é carregado de etnocentrismo e monoculturalismo com aplicação monista de modo colonial.

Os indígenas Tikuna, de forma simbólica, estão sendo massacrados pela imposição da Justiça Estatal, tendo em vista que as resoluções de conflito pelos próprios indígenas passam a ser invisibilizada pelo Estado. A garantia de acesso à Justiça Estatal ao indígena Tikuna tem um longo caminho a percorrer, assim como o reconhecimento de outras formas de acesso como a Jurisdição Indígena.

A forma de acesso oferecido aos indígenas Tikuna na Região do Alto Rio Solimões, assim como dos indígenas em todo o Brasil, não garante a acessibilidade de

modo que o Estado-Juiz assegure o tratamento desde o recebimento da lide pelo Poder Judiciário até a decisão de sentença, através de uma visão condizente com sua cultura. Desse modo, o Estado brasileiro não cumpre os preceitos Constitucionais brasileiros e os Tratados Internacionais sobre povos indígenas em relação ao acesso a Justiça.

Os Tikuna, junto com todos os outros indígenas brasileiros, precisam de uma resposta do Estado brasileiro em relação à acessibilidade ao Poder Judiciário Brasileiro e, por conseguinte à Justiça. Esse acesso diz respeito não só a questão da dificuldade causada pela comunicação, uma vez que em muitas etnias vários indígenas não falam a língua portuguesa, fato esse muito mais predominante entre os Tikuna, que tradicionalmente mantêm a questão linguística arraigada a sua vivência, mas também a julgamentos de processos em que não são levados em consideração suas tradições e cultura.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Valéria *et al*, **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços” o direito à diferença**, Brasília, MEC, 2006.

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

CADERNO TERRITORIAL. 165 Mesorregião do Alto Solimões-AM-perfil territorial, 2006. Disponível em sit.mda.gov.br. Acesso em 22 Set 2020.

CIAMA. Alto Solimões. **Marco jurídico-institucional, medidas mitigatórias e estratégia de participação e desenvolvimento para os povos indígenas**. Disponível em <http://www.ciama.am.gov.br/arquivos/download/arqeditor/marco_juridico_IPP.pdf>. Acesso em 22 JUL 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n. 287, de 25 de junho de 2019. Disponível em: <<http://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2959>>. Acesso em 6 AGO de 2020.

CUPSINSKI, A.; PEREIRA, A. F.; SANTOS, R. M. (2016, Assessoria Jurídica – CIMI). Disponível em: <<https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2017/11/artigo-os-povos-indigenas-acesso-a-justica.pdf>>. Acesso em: 15 Mai 2020.

DUPRAT, Deborah. **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais**. Disponível em: www.mpf.mp.br. Acesso em: 20 Ago 2020.

HILGERT, C. D; NOLAN, M. M. **Indígenas em conflito com a lei: a criminalização dos povos indígenas no Brasil através do judiciário**. Disponível em: <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2016/08/indigenas-em-conflito-com-a-lei1.pdf> Acesso em: 27 Mai de 2020.

IBGE, **Os indígenas no Censo Demográfico 2010**. Disponível em: www.indigenas.ibge.gov.br. Acesso em 20 de Ago De 2020.

627

MACIEL, Luciano Moura. **O acesso à justiça dos povos indígenas e o necessário diálogo com o novo constitucionalismo**. In: Revista da Faculdade de Direito São Bernardo do Campo, v.22, n.1, jan./jun. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Fac-Dir-S.Bernardo_22.06.pdf. Acesso em: 20 Jul 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas**, Nova Iorque; 2007.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, **Convenção nº 169 Sobre os Povos Indígenas e Tribais**, Genebra; 1989.

POVOS INDIGENAS NO BRASIL. Disponível em: [https://pib.socioambiental.org/pt/Quadro Geral dos Povos](https://pib.socioambiental.org/pt/Quadro%20Geral%20dos%20Povos). Acesso em 28 Jun 2020.

SADEK, Maria Tereza Aina. **Acesso à Justiça porta de entrada para a inclusão social**. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-15.pdf>. Acesso em 08 Ago 2020.

SILVA, Jamilly Izabela de Brito. **Protocolo autônomo de consulta do povo indígena Krenak: Uma releitura de(s) colonial e intercultural da Constituição de 1988**. Dissertação do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental - PPGDA – Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2020. 167 folhas. Orientadora: LOUREIRO, Silvia Maria da Silveira.

SOARES, Marília Facó, **Povo Ticuna**. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Ticuna> Acesso em 28 Jan 2020.

SOUZA FILHO, C. F. M.; BERGOLD, R. C. **Os direitos dos Povos Indígenas no Brasil**
Desafios no Século XXI, Curitiba, Letra da Lei, 2013.

MARÉS, Carlos Frederico, **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**, Curitiba,
Juruá Editora, 2012.

STF, MEDIDA CAUTELAR: ADPF 709 - MC/ DF. Relator Ministro Luís Roberto
Barroso. DJ: 08/07/2020. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 6 Ago de 2020.

STJ, HABEAS CORPUS, Nº 604898 - MS (2020/0202326-0), Relator Ministro Félix
Fischer.14/08/2020. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 de Ago de 2020.

A EFICÁCIA DA LEI Nº 12.764/12, QUE RESGUARDA OS DIREITOS DOS PORTADORES DO TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA, NO QUE TANGE A INCLUSÃO EM ESCOLAS DE ENSINO REGULAR.

THE EFFECTIVENESS OF LAW No. 12.764 / 12, WHICH PROTECTS THE RIGHTS OF HOLDERS OF THE AUTISTIC SPECTRUM DISORDER, WITH REGARD TO INCLUSION IN REGULAR SCHOOLS.

Hévelin Caroline Melo de Almeida

Jane Silva da Silveira

629

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo questionar a efetiva aplicação da Lei que resguarda os direitos dos indivíduos diagnosticados com Transtorno do Espectro Autista no que tange a inclusão destes em escolas de ensino regular, tomando-se como base o Princípio da Igualdade bem como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, haja vista o grande preconceito existente por parte da sociedade em realizar a inclusão desses indivíduos seja em escolas regulares de ensino pública ou particular, assim como no meio social. Apesar de todos os avanços alcançados durante o decorrer dos anos, principalmente com a criação da Lei nº 12.764/12 que ampara expressamente os direitos que os indivíduos portadores do autismo no Brasil, independente de grau, esses direitos ainda são ignorados pela maioria da sociedade, causando assim a exclusão de forma desumana dessas pessoas. Os referidos fatos serão validados por meio de estudo bibliográfico, bem como a Lei nº 12.764/12 e os demais instrumentos normativos que regulamenta a referida matéria.

Palavras-chaves: Autismo. Inclusão. Igualdade. Dignidade.

ABSTRACT

The present work aims to question the effective application of the Law that protects the rights of individuals diagnosed with Autism Spectrum Disorder with regard to their inclusion in regular schools, taking as a basis the Equality Principle as well as the Principle of the Dignity of the Human Person, given the great prejudice existing on the part of society in carrying out the inclusion of these individuals, whether in regular schools of public or private education, as well as in the social environment. Despite all the advances achieved over the years, mainly with the creation of Law 12.764 / 12 that expressly supports the rights that individuals with autism in Brazil, regardless of degree, these rights are still ignored by the majority of society, causing thus inhumanly excluding these people. These facts will be validated through a bibliographic study, as well as Law nº 12.764 / 12 and the other normative instruments that regulate the referred matter.

Keywords: Autism. Inclusion. Equality. Dignity.

INTRODUÇÃO

A Organização Pan-Americana da Saúde veiculou em seu site que o diagnóstico de indivíduos com Transtorno do Espectro Autista vem aumentando significativamente em todo o mundo e com isso se faz necessário a criação de normas que regulem os direitos dessas pessoas⁷⁵. É fato que no Brasil, a Lei nº 12.764/12 foi um grande avanço nesse quesito, devido estar expresso direitos fundamentais e básicos como o tratamento igualitário com os demais, a inclusão social com a possibilidade de frequentar o ensino escolar regular, a dignidade da pessoa humana, entre outros.

O Transtorno do Espectro Autista é uma doença que afeta o desenvolvimento neurológico fazendo com que, em muitos casos, haja o atraso cognitivo, a realização de movimentos repetitivos bem como a falta de interação social, as quais são as características mais presentes nos autistas. Impende destacar que o autismo possui classificações que determinam o grau que o transtorno afeta o indivíduo, os quais são: leve, moderado e severo e, dependendo do mesmo, se faz necessário um acompanhamento multidisciplinar.

Todavia, um questionamento essencial se faz presente: A Lei nº 12.764/12 é realmente eficaz no Brasil? Os inúmeros casos concretos de indivíduos com autismo que tem sua matrícula rejeitada em escolas regulares de ensino, tanto nas públicas quanto nas privadas, embora esse direito se faça expresso na referida lei, se dão em função do preconceito que ainda é marcante na sociedade? Há uma justificativa que seja plausível para essa rejeição? Qual a penalidade mencionada na Lei atinge essas escolas? Qual a efetividade das penalidades previstas na Lei?

Por fim, apresenta-se propostas em relação ao que deveria ser modificado na Lei nº 12.764/12 bem como as adaptações necessárias que devem ser feitas pelas escolas de ensino regular no geral, tanto pública quanto privada, no que tange a estrutura física e a preparação profissional dos gestores e educadores que conviverão com autistas dentro das salas de aulas, de forma que seja diminuído o preconceito que ainda há em relação a esses indivíduos.

⁷⁵ FOLHA INFORMATIVA-TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. OPAS. 2017. Disponível em: <<https://www.paho.org/bra/index.php?Itemid=1098>> Acesso em: 15 jun. 2020.

1. ASPECTOS GERAIS

O termo “autismo” foi utilizado pelo psiquiatra Leo Kanner tendo este tomado como base a terminologia originalmente concebida por seu colega suíço Eugene Bleuler em 1911. Bleuler se valeu do termo “autismo” para então descrever o afastamento do mundo exterior observado em alguns adultos diagnosticados com esquizofrenia que tendiam a mergulhar em suas próprias fantasias e pensamentos.

1.1 CONCEITO DE AUTISMO E SUAS CLASSIFICAÇÕES

O autismo é um transtorno que afeta o neurodesenvolvimento dos seus acometidos e se manifesta geralmente antes dos 3 anos de idade, prolongando-se por toda a vida do indivíduo, uma vez que não possui cura, apenas tratamento para controle e melhoria de vida.

Conforme a Organização Mundial da Saúde (OMS), estima-se que atualmente existem 70 milhões de pessoas com autismo em todo o mundo, sendo que no Brasil os números chegam em torno de 2 milhões. Pesquisas relatam que este é predominante em crianças do sexo masculino.

De acordo com o neurologista do Instituto Nacional de Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente Fernandes Figueira (IFF/Fiocruz) Adailton Pontes, a dificuldade no que tange a interação social, o atraso no desenvolvimento da fala e comportamento repetitivo são os principais sinais do Transtorno do Espectro Autista. Todavia, os sintomas variam de acordo com cada indivíduo e depende também do grau de autismo que este possui.

Esses graus são classificados em leve, moderado e severo de acordo com as necessidades enfrentadas pelos autistas e o quanto é comprometido do seu desenvolvimento físico e mental. Conforme o grau aumenta, as dificuldades também são maiores, sendo fato que, na maioria dos casos moderados e severos os autistas são não verbais, possuem também cognição reduzida e, em qualquer dos graus, necessitam de uma equipe multidisciplinar para acompanhá-los diariamente como forma de controle e auxílio de desenvolvimento, formada por exemplo, por terapeuta, psicóloga, fonoaudióloga, fisioterapeuta, neurologista entre outros profissionais.

É importante mencionar que o Transtorno do Espectro Autista atinge todas as classes sociais, etnias e todas as partes do mundo. Assim, nem todas as famílias possuem condições financeiras de arcar o tratamento multidisciplinar de seus entes e nem todos os municípios possuem profissionais qualificados para ofertar o mesmo de forma gratuita, o que agrava os sintomas da doença consideravelmente.

As crianças portadoras do autismo não decidem se querem ficar sozinhas, mas a falta de habilidades sociais que elas possuem as mantém distantes das outras, de forma que passam a ficar entretidas no seu próprio mundo, sem demonstrar desconforto. Elas são bem diferentes de crianças consideradas de personalidade tímida, que não conseguem se entrosar ou permanecer em um grupo por sentir vergonha, mas observam de longe os outros, com visível vontade de serem incluídas e participarem das brincadeiras. Crianças com autismo, muitas vezes, até chegam a buscar contatos sociais, mas acabam se afastando por não terem o conhecimento exato de o que fazer para mantê-los.

Vale ressaltar que o fechar o diagnóstico de autismo não é possível ainda por exame neurológico específico, mas sim baseando-se nos sinais e sintomas que o indivíduo apresenta, levando em conta os critérios estabelecidos por DSM-IV (Manual de Diagnóstico e Estatística da Sociedade Norte-Americana de Psiquiatria) e pelo CID-10 (Classificação Internacional de Doenças da OMS), além do histórico do paciente.

2. O AUMENTO DOS CASOS E A NECESSIDADE DE UMA LEGISLAÇÃO

Antes de 1978, a sociedade em geral era cercada de muitas dúvidas e questionamentos acerca dos comportamentos diferentes de indivíduos que se auto isolavam e possuíam certa necessidade de cuidados especiais para sobreviver.

Foi então que o psiquiatra Michael Rutter criou um marco na compreensão do transtorno, classificando o autismo como um distúrbio do desenvolvimento cognitivo, propondo uma definição baseando-se em quatro critérios: 1- Atraso e desvio sociais não apenas como deficiência intelectual; 2- problemas de comunicação não somente em função de deficiência intelectual associada; 3- comportamentos incomuns, tais como movimentos estereotipados e maneirismos e 4- início antes dos 30 meses de idade do indivíduo.

Tomando como base essa definição criada pelo psiquiatra Michael Rutter, na década de 1980, o autismo foi pela primeira vez trazido como classificação psiquiátrica pela DSM-III, em razão das inúmeras áreas cerebrais que esse transtorno afeta. Todavia, apenas em 1993 a síndrome foi adicionada à Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde, CID – F84.

É notório que nas décadas anteriores havia um número consideravelmente menor de indivíduos portadores de autismo no Brasil. Contudo, atualmente é crescente a quantidade de pessoas diagnosticadas e conforme divulgado pela Organização Mundial da Saúde, OMS, calcula-se que o autismo afeta uma em cada 160 crianças no mundo.

Com esse aumento significativo de diagnósticos, se fez necessário a criação de uma legislação que resguardasse de maneira expressa os direitos desses indivíduos, tendo em vista que estes perante a lei eram como inexistentes, já que as normas até então presentes não enquadravam autistas nem como pessoas portadoras de deficiências e nem como pessoas sem deficiência, além do grande preconceito que paira perante a sociedade até mesmo nos dias atuais acerca da inclusão social dessas pessoas para que possam viver com dignidade que almejam. Por conta disso, foi criada a Lei nº 12.764/12.

2.1 A HISTÓRIA DA LEI Nº 12.764/12

Em dezembro de 2012 foi criada a Lei nº 12.764/12 instituindo a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista. Por trás da mesma, há uma história de luta e persistência de uma mãe de um menino portador de autismo diagnosticado, Berenice Piana, que se engajou e é ativista na luta pelos direitos dos autistas. Vale ressaltar que ela foi a única mulher que conseguiu a aprovação de uma lei por meio da legislação participativa.

Após obter o apoio de um grupo de pais, ela iniciou uma batalha diária para conseguir voltar a atenção dos políticos para si e para a necessidade da Lei que amparasse os portadores do Transtorno do Espectro Autista. Muitas das vezes foi ignorada por conta do preconceito bem como a falta de informações que paira na sociedade atual e até mesmo no âmbito político. Então, incentivada pelo seu pai e avô, ela passou a enviar e-mails para diversos deputados e senadores com o intuito de sensibilizá-los, todavia, não foi respondida.

Contudo, ela nunca desistiu e ao enviar um e-mail para o Senador Paulo Paim (PT/RS), este concordou com a necessidade da criação da lei e sugeriu que o projeto fosse uma iniciativa popular por meio de legislação participativa.

Após muita luta e persistência, a Lei nº 12.764/12 foi promulgada instituindo assim a Política Nacional de Proteção dos Direitos das Pessoas portadoras do Transtorno do Espectro Autista, estabelecendo direitos como a integridade física e moral, a inclusão social, resguardando a igualdade e a dignidade da pessoa humana bem como o reconhecimento do autista como uma pessoa com deficiência, abarcando assim, todos os direitos legais previstos para as pessoas deficientes.

2.1.1 A IMPORTÂNCIA DA REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO À INCLUSÃO

Conforme preleciona Aristóteles deve-se “tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais na medida em que se desiguam”. O autista necessita de um tratamento diferenciado, para que possua uma vida digna e igualitária com os demais, direitos que qualquer indivíduo possui.

Grandes avanços ocorreram na proteção dos direitos dos autistas após a criação da referida lei. Um dos direitos mais notório da Lei nº 12.764/12 é o da inclusão dos autistas, que busca reconhecer e atender às necessidades educativas que estes alunos possuem, cada um com suas especificidades, em salas de aulas do ensino regular, com o objetivo de promover a igualdade e a aprendizagem de todos.

É fato que os deficientes, mais especificadamente os autistas, possuem a capacidade e o direito de ingressarem em uma escola de ensino regular. Para isso, é necessário que escolas, tanto privadas quanto públicas, realizem as adaptações necessárias para atender essas pessoas, como a preparação de professores, de maneira que esses sejam qualificados para conseguirem se relacionar, bem como ensinar efetivamente os portadores do Transtorno do Espectro Autista já que estes possuem, muitas das vezes, dificuldades de aprendizagem.

Se faz necessária mudança comportamental para acolhimento da criança autista por todos dentro do ambiente escolar, tendo em vista que há um certo preconceito quando se trata de integrar uma criança deficiente em uma escola de ensino regular. É de suma importância que estes entendam as necessidades que o autista possui, demandando muitas

das vezes mais atenção do professor, uma explicação mais lenta, e também que o indivíduo portador do transtorno não deve ser excluído ou desprezado por ser diferente.

A inclusão é vista como um direito fundamental, os quais são todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa, ou de cidadão, ou de pessoa capaz de agir.

Logo, os Direitos Fundamentais podem ser conceituados como normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso os princípios previstos na Carta Magna: "são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui."

Tomando como base o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana previsto na Constituição Federal de 1988, é de suma importância a inclusão dos portadores do Transtorno do Espectro Autista em escolas de ensino regular, para que estes tenham um contato maior com a sociedade, para que possuam uma vida digna, para que haja o respeito às diferenças que cada indivíduo possui.

Incluir não se faz apenas colocando um autista dentro de uma sala de aula onde há inexistência de consciencialização de valores e preconceito com os que possuem alguma diferença. Mas sim aceitar de maneira integral todas as individualidades que cada um possui, proporcionando uma igualdade de direitos e oportunidade, sendo assim uma questão de aprender que todos possuem diferenças, conscientização e de tomadas de atitudes.

3. A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

José Afonso da Silva afirma que:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito

positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Já Ferrajoli dispõe:

“[...] são ‘direitos fundamentais’ todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, cidadãos ou pessoas com capacidade de agir; entendido por ‘direito subjetivo’ qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) ligada a um indivíduo por uma norma jurídica; e por ‘status’ a condição de um sujeito, prevista também por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que são exercício destas”

636

Frisa-se que o direito a educação é um direito fundamental social contido no artigo sexto da Carta Magna, estando ligado firmemente ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como forma de que o indivíduo possua condições, ainda que mínimas, de participar da vida social, tendo em vista que nas escolas há um convívio com outras pessoas que fazem parte da sociedade.

A educação é vista como um pré-requisito para alcançar outros direitos, como os civis e os sociais, sendo vista como um direito básico atribuído a cada cidadão. Segundo o artigo 205 da Constituição Federal, "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. ”

Impende destacar que cabe ao Estado, com implementação de políticas públicas, efetivar esse direito a educação, uma vez que este possui um dever perante a sociedade de ofertar a educação básica, principalmente a população carente.

4.1 A APLICAÇÃO DA LEI 12.764/12 NOS CASOS CONCRETOS EM ESCOLAS DE ENSINO REGULAR

A Lei nº 12.764/12 em seu artigo 3º, IV, a, prevê expressamente o direito aos portadores do Transtorno do Espectro Autista à educação e ao ensino profissionalizante. Todavia, nos casos concretos, esse direito é eficaz no Brasil?

O questionamento se dá em razão aos inúmeros relatos de pais que tem a matrícula de seus filhos com Transtorno do Espectro Autista rejeitada nas escolas de ensino regular no Brasil. A inclusão de crianças e adolescentes neste âmbito não é um

direito novo a ser conquistado, mas sim um direito garantido, o qual é diariamente ferido por escolas tanto públicas quanto privadas que insistem em rejeitar as matrículas de autistas com inúmeras alegações.

A exclusão escolar tem início muitas das vezes pelos próprios profissionais que trabalham no local. A rejeição de uma matrícula apenas pelo fato de ser deficiente caracteriza um ato que fere os princípios da igualdade bem como da dignidade humana que são resguardados expressamente pela Constituição Federal do Brasil.

Cabe mencionar que uma parcela dos autistas possui dificuldade de aprendizagem, sendo fundamental que a igualdade seja respeitada, de maneira que as escolas adotem medidas que igualem a educação destinada tanto para os autistas quanto para os outros indivíduos deficientes.

No que tange a estrutura necessária para atender alunos com autismo, escolas regulares, sejam públicas ou privadas, são carentes, tendo em vista que as mesmas não investem financeiramente para modificar essa situação já que gerará um alto custo. Consequentemente, o que ocorre atualmente é a dificuldade de encontrar profissionais capacitados nas escolas que atinjam o objetivo de ensinar efetivamente essa parcela da população.

4.2 AS JUSTIFICATIVAS DAS ESCOLAS PARA REJEITAREM AS MÁTRICULAS DE AUTISTAS.

É recorrente a prática ilegal de rejeição de matrícula de alunos com transtorno do espectro autista, tendo em vista a visão retrograda que muitos possuem de que a deficiência sempre vem acompanhada da incapacidade.

Apesar de as escolas não estarem lotadas, inexplicavelmente não há vagas em algumas quando se trata de crianças com alguma deficiência. As instituições, principalmente particulares, afirmam por exemplo que possuem uma quantidade máxima de vagas para estudantes deficientes.

Em outras, chegam a afirmar que a criança ou o adolescente não seriam capazes de se adaptar e se adequar ao método de ensino aplicado pela instituição, mais uma vez demonstrando o preconceito acerca da inclusão de autistas em escolas de ensino regular.

É fato que grande parte das escolas não almejam se adaptar tanto estruturalmente quanto profissionalmente, alegando não possuir recursos para investir na qualificação de seu quadro de profissionais de forma que estes possuam técnicas para ensinar a todos, sejam autistas ou não.

Outro ponto importante, é que algumas escolas não rejeitam a matrícula de autistas, mas acabam cobrando taxas excedentes para que seja pago um profissional que auxiliará a criança.

O artigo 3º, parágrafo único da Lei nº 12.764/12 resguarda o direito de um acompanhante especializado para pessoas portadoras do transtorno do espectro autista, desde que comprovada a necessidade. Todavia, impende destacar que esse custo será arcado pelo Estado quando a escola for pública e pela instituição privada quando for particular.

4.3 AS PENALIDADES PREVISTAS NA LEI Nº 12.764/12 NO QUE TANGE A REJEIÇÃO DA MATRÍCULA DE PORTADORES DO TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA

No artigo 7º da Lei nº 12.764/12 dispõe que, “O gestor escolar, ou autoridade competente, que recusar a matrícula de aluno com transtorno do espectro autista, ou qualquer outro tipo de deficiência, será punido com multa de 3 (três) a 20 (vinte) salários-mínimos. ”

No §1º do referido artigo ainda é assegurado que, ocorrendo reincidência haverá perda do cargo, sendo o fato apurado por processo administrativo assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

Mesmo estando expressa a penalidade para escolas que recusem a matrícula de alunos com autismo, isso ainda ocorre com certa frequência, sendo recorrente as demandas no Poder Judiciário para reconhecimento do direito desses indivíduos.

A título exemplificativo, relatamos um caso que ocorreu no ano de 2019, na cidade de Manaus, a genitora do menor procurou a escola, onde o diretor e proprietário lhe atendeu e informou que havia vaga disponível. Foi quando a mesma comentou que seu filho era autista e que esta pretendia lhe matricular na referida escola.

Fato que, dias depois, quando a genitora retornou para efetivar a matrícula, o então proprietário alegou que não havia mais vagas para a criança em nenhum dos turnos, nem no meio do ano e nem no início do ano seguinte.

Este ano, o juiz de direito lotado então na 8.^a Vara Cível e de Acidentes de Trabalho da Comarca de Manaus, condenou escola particular de educação infantil ao pagamento de R\$ 20 mil reais pela recusa da matrícula, além de a indenização a título de reparação por danos morais será acrescida de juros de 1% ao mês, a contar da citação do requerido e atualização monetária, a partir do arbitramento.

A escola ainda deverá pagar as custas processuais e honorários de sucumbência segundo a decisão, sendo fixado em 15% sobre o valor corrigido da condenação. Ressalta-se que chegou a ser pautada audiência de conciliação, porém não houve acordo.

Em Brasília, no ano de 2016, uma escola privada foi condenada a pagar R\$20 mil reais em danos morais a uma criança com Transtorno do Espectro Autista depois de expulsá-la sob a alegação que ocorria insegurança no ambiente escolar.

A realidade se mostra bastante diferente da prevista na Lei nº 12.764/12, uma vez que por mais que essa se mostre abrangente e clara, o desinteresse e o preconceito tanto das instituições públicas quanto das instituições privadas se fazem presente atualmente.

A inclusão não ocorre como se espera, mas sim há uma coerção por parte do Estado de forma que as escolas são obrigadas a aceitar os alunos que possuem deficiência, especialmente autistas, não lhes oferecendo a inclusão real, muito menos igualdade bem como estrutura necessária, gerando um total descaso social.

4.4 A EFETIVIDADE DA LEI Nº 12764/12

A penalidade prevista na referida Lei tem cunho meramente educacional, objetivando criar uma cultura de respeito e integração daqueles portadores de deficiência e limitações.

No âmbito educacional, é perceptível que as penalidades pecuniárias aplicadas a quem descumpre a Lei nº 12764/12 tem baixa efetividade, uma vez que elas não afetam de

forma significativa as escolas e seus gestores, fazendo com que os casos de descumprimento continuem a se repetir diariamente.

No que tange as escolas públicas, é cediço que o cenário nacional não é dos melhores, estando ausentes muitas vezes condições mínimas, e ao negar a matrícula de alunos autistas bem como a possibilidade de ofertar qualquer qualidade educacional a estes, ocasiona um grande e verdadeiro descaso para com esses cidadãos. Ao aplicar penalidade pelo descumprimento o Estado pune a ele próprio pela sua ineficiência, um verdadeiro contrassenso, ferindo de forma mortal os princípios fundamentais que são predispostos na Constituição Federal.

Quanto as escolas particulares, as penalidades pecuniárias geram poucas modificações, pois em análise pragmática os valores das multas passam a ser economicamente mais viáveis se comparados com as contratações e as adaptações estruturais que deverão ser realizadas na escola durante o tempo estimado de vida escolar que o aluno autista passará na Instituição. E na maioria dos casos, elas possuem lastro financeiro que permite delegar a fundo perdido essa despesa, de forma que não há efetividade na aplicação da multa e ainda não atinge o fim educacional que a esta se propõe.

No caso de reincidência, a norma prevê apenas a perda do cargo, sendo apurado o caso através de processo administrativo e assegurado o contraditório e a ampla defesa. Essa penalidade é totalmente branda a quem se nega a matricular uma criança autista tomando como base o constrangimento que a referida atitude causa na família e no indivíduo, além das questões emocionais que afligem o autista, pois, apesar da doença, muitos destes tem a consciência de que estão sendo rejeitados em virtude de sua deficiência, questão que pode agravar ainda mais o relacionamento social dessas pessoas, o qual já é tão ínfimo e delimitado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que a criação de uma legislação específica foi um marco essencial na defesa dos direitos das pessoas portadoras do Transtorno do Espectro Autista (TEA), principalmente no que tange a inclusão social e escolar de crianças e adolescentes em escolas regulares de ensino, porém não podemos parar.

Se faz necessário que haja uma constante busca pela concretização da dignidade dos autistas, principalmente no âmbito escolar, já que mesmo com os avanços da sociedade, a luta constante pela igualdade, estes são diariamente rejeitados e alvos de preconceitos devido à falta de conhecimento e de conscientização.

As penalidades que podem ser aplicadas as escolas que se negam a matricular alunos autistas ou que aceitam integrar estes indivíduos, mas não realizam uma conscientização dentro das salas de aula acerca de valores e preconceito com os que possuem diferenças físicas ou psicológicas, são bastante brandas, de maneira que muitos acabam agindo contra a Lei por não temer as consequências por ela imposta.

Noutro giro, se faz crucial a realização das adaptações necessárias em escolas de ensino regular, tanto pública quanto privada, no que tange a estrutura física e a preparação profissional dos gestores e educadores que conviverão com autistas dentro das salas de aulas.

Pois é sabido que a inclusão não se faz somente integrando um aluno deficiente em uma escola sem qualquer preparo. É importante que haja uma estrutura física adequada pois alguns possuem dificuldades, como de locomoção, assim como a conscientização de alunos e profissionais que fazem parte do ambiente é de suma importância, para que haja um acolhimento e a inclusão real desse indivíduo, o que ocasionará inúmeros pontos positivos na trajetória acadêmica e social do autista.

Entende-se que é imprescindível a atuação do Poder Judiciário, atue garantindo que os direitos dos portadores do Transtorno do Espectro Autista sejam concretizados diante de negativas das institucionais educacionais.

Compreende-se que se faz necessária alteração no artigo 7º da Lei nº 12764/12, que determina que o gestor escolar, ou autoridade competente. Ao recusar a matrícula de aluno com transtorno do espectro autista, será punido com multa, o que conforme demonstrado ao norte não tem apresentado resultado esperado para a efetividade no cumprimento da Lei, de modo que a penalidade imposta as escolas, públicas e privadas deve ser mais severa.

Portanto, a título de contribuição, a proposta de alteração seria: além da multa, as escolas privadas terão que disponibilizar 5% (cinco per cento) do número de alunos

matriculados na instituição de bolsas integrais contemplando a população carente cadastrada em programas sociais governamentais e ainda em caso de reincidência esse percentual cresça no importe de 5% (cinco por cento) a cada recusa e ainda na reincidência os gestores sejam punidos não apenas com a perda do cargo mas também que respondam civil pelo fato.

E para as escolas públicas, além da multa o Estado deverá criar um sistema governamental juntamente com a Secretaria de Educação, onde todas as escolas teriam que possuir um cadastro atualizado informando em qual instituição possui o professor auxiliar bem como a quantidade disponível por turma, de maneira que, mesmo sendo de ensino regular e acomodando alunos sem deficiência, estas se tornariam referência na educação, integração e desenvolvimento de autistas.

Dessa forma, a punição prevista na referida Lei cumprirá seu objetivo fazendo valer os direitos que como cidadãos os portadores do Transtorno do Espectro Autista possuem e assim, o Estado cumprirá o preceito Constitucional.

É nosso dever como indivíduo e cidadão, conceder cidadania e dignidade a quem, até recentemente, não tinha perspectiva acerca de seus direitos e garantias.

REFERÊNCIAS

ARTIAGA, Larissa. BERENICE PIANA, A MÃE POR TRÁS DA LEI. UFG Jovens Jornalistas. 2016. Disponível em: <https://webnoticias.fic.ufg.br/n/89459-berenice-piana-a-mae-por-tras-da-lei> Acesso em: 24 jun. 2020.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004

BARBOSA SILVA, Ana Beatriz. Mundo Singular. Rio de Janeiro: Fontanar. 2012, p. 12.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo, Saraiva, 1999, pág. 147.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 12764 de 27 de dezembro de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm Acesso em: 08 jul. 2020.

BRUNA, Maria Helena Varella. Dráuzio. Doenças e sintomas Transtorno do Espectro Autista. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/transtorno-do-espectro-autista-tea/> Acesso em: 20 jun.2020.

ESPECIALISTAS DA ONU EM DIREITOS HUMANOS PEDEM FIM DA DISCRIMINAÇÃO CONTRA PESSOAS COM AUTISMO. Nações Unidas Brasil. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/especialistas-em-direitos-humanos-da-onu-pedem-fim-da-discriminacao-contr-pessoas-com-autismo/> Acesso em: 15 jun.2020

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: la ley del más débil. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Editorial Trotta, 2004. p.37, tradução nossa para o português

FERRAJOLI, Luigi. Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.9.

FOLHA INFORMATIVA-TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA. OPAS. 2017. Disponível em: <<https://www.paho.org/bra/index.php?Itemid=1098>> Acesso em: 15 jun. 2020.

JUSTIÇA CONDENA ESCOLA INFANTIL POR NÃO ACEITAR MATRÍCULA DE ALUNO PORTADOR DE AUTISMO, EM MANAUS. G1 Amazonas. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/03/10/justica-condena-escola-infantil-por-nao-aceitar-matricula-de-aluno-portador-de-autismo-em-manaus.ghtml> Acesso em: 10 jul. 2020.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. São Paulo: Atlas, 2011, p.20

MARTINS, Luísa. ESCOLA EXPULSA CRIANÇA AUTISTA E É CONDENADA A PAGAR R\$ 20 MIL NO DF. Estadão. 2016. Disponível em:

<https://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,escola-expulsa-crianca-autista-e-e-condenada-a-pagar-r-20-mil-no-df,10000007274> Acesso em: 10 jul. 2020.

O QUE É O AUTISMO? MARCOS HISTÓRICOS. Autismo e Realidade. 2015. Disponível em: <https://autismoerealidade.org.br/o-que-e-o-autismo/marcos-historicos/> Acesso em: 22 jun. 2020.

OMS AFIRMA QUE AUTISMO AFETA UMA EM CADA 160 CRIANÇAS NO MUNDO. ONU News. 2017. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2017/04/1581881-oms-afirma-que-autismo-afeta-uma-em-cada-160-criancas-no-mundo> Acesso em: 22 jun. 2020.

644

SAVAGET, Daniela. Autismo afeta o desenvolvimento de crianças em três áreas: comunicação, socialização e comportamento. Agência Friocruz. 2013. Disponível em: <https://agencia.fiocruz.br/autismo-afeta-o-desenvolvimento-de-crian%C3%A7as-em-tr%C3%AAs-%C3%A1reas-comunica%C3%A7%C3%A3o-socializa%C3%A7%C3%A3o-e-comportamento> Acesso em: 17 jun. 2020

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 178.

DIREITO DE LOCOMOÇÃO E A LEI MARIA DA PENHA: ANÁLISE SOBRE O CABIMENTO DO HABEAS CORPUS EM FACE DO DEFERIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS

LOCOMOTION LAW AND THE MARIA DA PENHA LAW: ANALYSIS ABOUT THE HEALTH OF HABEAS CORPUS IN FACE OF THE PROTECTIVE MEASURES DEFERENCE

645

Norryely Luzia Costa Arévalo

Marcelo Antunes Santos

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo do direito constitucional de ir, vir e permanecer, analisando a viabilidade jurídica da impetração do Habeas Corpus para questionar as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha em favor do requerido, suposto agressor. A análise realizada se justifica em virtude das restrições ao direito de locomoção próprias das medidas protetivas constantes no artigo 22, inciso II, III e IV da lei sob análise, bem como pela possibilidade de decreto prisional nas hipóteses de descumprimento das medidas judicialmente impostas, tal como esculpido no artigo 24-A da mesma lei. Logo, já se põe em análise, como pergunta problema se a restrição do direito de ir, vir e permanecer do suposto agressor, elencadas na Lei Maria da Penha, ensejaria a impetração do Habeas Corpus? Para o desenvolvimento do presente estudo o método dedutivo foi utilizado, vez que o estudo partiu de teorias e leis para a análise e explicação de fenômenos particulares (geral para o particular). Foi utilizada a pesquisa documental e bibliográfica com uma análise acerca do direito de locomoção previsto no artigo 5º, XV, da Constituição Federal de 1988, fazendo uma reflexão conjunta com o direito da vítima, mulher agredida, sujeito de proteção da Lei Maria da Penha. Após, apresentou os fundamentos jurídicos que levaram a conclusão sobre o cabimento do presente remédio constitucional como instrumento idôneo para questionar decisões judiciais que deliberam a favor da imposição das medidas protetivas supracitadas.

Palavras-chave: Direito de Locomoção.Habeas Corpus.Lei Maria da Penha.Medidas Protetivas.

ABSTRACT

The present work aims to study the constitutional right to come, go and stay, analyzing the legal viability of the Habeas Corpus petition to question the protective measures provided for in the Maria da Penha Law in favor of the defendant, alleged aggressor. The analysis carried out is justified due to the restrictions on the right to locomotion proper to

the protective measures contained in article 22, item II, III and IV of the law under analysis, as well as the possibility of a prison decree in the event of non-compliance with the legally imposed measures, such as sculpted in article 24-A of the same law. Therefore, it is already under analysis, as a problem question, if the restriction of the right to go, come and remain of the alleged aggressor, listed in the Maria da Penha Law, would lead to the introduction of Habeas Corpus? For the development of this study, the deductive method was used, since the study started from theories and laws for the analysis and explanation of particular phenomena (general to particular). Documentary and bibliographic research was used with an analysis of the right of locomotion provided for in Article 5, XV, of the Federal Constitution of 1988, making a joint reflection with the right of the victim, battered woman, subject to protection of the Maria da Penha Law. Afterwards, he presented the legal foundations that led to the conclusion on the appropriateness of the present constitutional remedy as a suitable instrument to question judicial decisions that deliberate in favor of the imposition of the aforementioned protective measures.

Key words: Right of Locomotion .Habeas Corpus. Maria da Penha Law.Protective measures.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XV, garante expressamente o direito de ir, vir e permanecer de todo cidadão, de modo que, uma vez violado tal direito, é juridicamente possível impetrar o *habeas corpus*, enquanto remédio constitucional, para que cesse o constrangimento quando já havido (repressivo) ou que se evite o constrangimento quando ainda não ocorrido, porém em vias de ocorrer (preventivo).

O *habeas corpus* caracteriza-se como garantia constitucional sendo, portanto, um instrumento assecuratório dos direitos subjetivos do indivíduo.

Lado outro, para atender aos anseios do constituinte originário de criar mecanismos para coibir a violência contra a mulher no âmbito familiar (artigo, 226, §8º, CF/1988), foi insculpida a Lei n.º 11.340, de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). A criação da referida norma de proteção, amparada por um contexto histórico marcado por graves violações ao direito da mulher, decorreu ainda da necessidade de se materializar a norma constitucional de eficácia limitada acima supracitada.

A Lei Maria da Penha trouxe em seu bojo a possibilidade da concessão de medidas protetivas de urgência, como forma de garantir a proteção da mulher e impor condutas de fazer ou não fazer ao agressor, algumas delas restringindo o direito de ir e vir deste último, tal como se nota das previsões constantes no artigo 22, inciso II, III e IV da

supracitada Lei. Vejamos:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 ;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
(Grifo nosso)

[...]

Assim, o presente trabalho tem por objetivo analisar conjuntamente o caráter das medidas protetivas constantes no artigo 22, inciso II, III e IV da Lei 11.340/2006 com o que dispõe o texto constitucional no que tange ao direito de locomoção, buscando ao final avaliar o cabimento da impetração do Habeas corpus para combater o deferimento de tais medidas de proteção, observado em todos os casos os demais requisitos necessário ao seu manejo.

Preceitua o artigo 20 da Lei 11.340/2006 que constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, medidas protetivas de urgência tais como a proibição de frequentar determinados lugares, mantimento de determinada distância da vítima e outros. No caso de descumprimento de tais determinações, o agressor fica sujeito à prisão preventiva. É o que preceitua o artigo 24-A da lei 13.641/18.⁷⁶

⁷⁶ Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: [\(Incluído pela Lei nº 13.641, de 2018\)](#)

Sendo assim, para que sejam cumpridas tais medidas protetivas, o agressor terá o seu direito de ir e vir restringido, podendo inclusive ser preso tal como preceitua o artigo 24-A supracitado. Logo, já se põe em análise, como pergunta problema se a restrição do direito de ir, vir e permanecer do suposto agressor, elencadas na Lei Maria da Penha, ensejaria a impetração do Habeas Corpus?

A análise proposta se justifica em virtude do silêncio do legislador no que tange ao recurso ou outro meio processual cabível para questionar tais restrições a direitos fundamentais, neste caso específico, o direito de locomoção.

De certo que a questão em si se mostra controversa na medida em que se envolve suposto conflito entre o direito de proteção a mulher/vítima, materializado por meio das restrições impostas ao agressor e o direito de locomoção do requerido/acusado.

Impende desde já salientar que não se pretende por meio deste trabalho desqualificar as medidas protetivas esculpidas na legislação em vigor, mas, levantar e avaliar possíveis direitos à disposição do réu, suposto agressor, previstos na legislação em vigor e nas demais fontes de produção do direito, quando o seu direito de ir, vir e permanecer restar violado.

O texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, aduz que; “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. No entanto, a lei Maria da Penha ou mesmo o Código de Processo Penal é silente quanto ao recurso ou outro meio idôneo para que o prejudicado possa se insurgir contra as medidas restritivas de liberdade então impostas.

Ademais, o artigo 22 da Lei 11.340/2006 em seu inciso II, III, alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’, e inciso IV prevê a possibilidade do juiz impor ao agressor limites ao exercício do direito de ir e vir, quando prevê proibições tal como a de frequentar determinados lugares. No entanto a locomoção do indivíduo refere-se ao direito deste de se deslocar livremente, residindo neste ponto as controvérsias da temática.

Para o desenvolvimento do presente estudo o método dedutivo foi utilizado, vez que o estudo partiu de teorias e leis para a análise e explicação de fenômenos particulares (geral para o particular). Foi utilizada a pesquisa documental e bibliográfica com uma análise acerca do direito de locomoção previsto no artigo 5º, XV, da Constituição Federal

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

de 1988, fazendo uma reflexão conjunta com o direito da vítima, mulher agredida, sujeito de proteção da Lei Maria da Penha.

1. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE LOCOMOÇÃO

No Brasil, a liberdade de locomoção teve sua introdução formal no ordenamento jurídico, com a Constituição de 25 de março de 1824, que segundo Pedro Lenza (2014, p. 117) tutelou a liberdade de locomoção (art.179, VI, VIII e IX) e também vedou qualquer hipótese de prisão arbitrária, objetivando a garantia dos direitos civis do cidadão brasileiro, embora não fizesse distinção entre o direito de ir e vir e outras liberdades individuais.

No entanto, foi com o movimento denominado “Diretas Já” que se estabeleceu o Poder Constituinte e o consequente surgimento da redação da atual Constituição, implementada em 1988 e conhecida como a Constituição-Cidadã, justamente por derivar-se de um pedido da população, que trazia consigo as lutas e reivindicação pela previsão no âmbito constitucional dos seus direitos individuais.

José Afonso da Silva (2004, p. 238) menciona que:

Foi a essa liberdade que, desde o século XVII, se deu uma garantia específica: o habeas corpus. E a Constituição, como as anteriores, procurou resguardar com um conjunto de medidas que formam o chamado direito de segurança [...]

Como direito fundamental a liberdade de locomoção está prevista atualmente no artigo 5º, inciso XV, da Carta Constitucional vigente e é encarada como uma defesa perante a arbitrariedade do Estado. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (EC nº 45/2004)

XV- é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

A liberdade de locomoção não pode ser restringida por arbitrariedade ou mera vontade do Estado. Deve-se respeitar o devido processo legal para que haja privação ou restrição a esse direito que se encontra explicitamente na Constituição Federal de 1988, como forma de garantir a segurança jurídica das relações havidas entre cidadão e entre estes e o Estado. Vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (EC nº 45/2004)

LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Ao cidadão é dado o direito de se locomover livremente no território nacional sem interferência estatal. Esse direito se tornou fundamental para que houvesse uma relação jurídica marcada pela legalidade entre sujeitos e Estado. Na defesa do direito de locomoção o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em um dos seus julgados afirmou que “não pode o Judiciário assenhorar-se das prerrogativas do Legislativo, criando novas formas inibidoras ao direito de ir e vir, sem a devida fundamentação e forma prescrita em lei.” (STJ-6ª T. – RHC nº 1.944/SP – Rel. Min. Pedro Aciole, Diário da Justiça, Seção I, 24 ago. 1992, p. 13.001)

Os direitos e garantias fundamentais são dadas aos “governados” como instrumento de defesa perante a arbitrariedade do Estado, estando àqueles acolhidos na Constituição Federal. Embora não se trate de direito ilimitado, devendo sua materialização se compatibilizar com os demais direitos previstos na Carta Constitucional, havendo privação de liberdade esta deverá ser materializada por ordem escrita e legalmente fundamentada, conforme se denota do art. 93, inciso IX, da Constituição, em que;

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (EC nº 19/98 e EC nº 45/2004)

IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões**, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (grifo nosso)

Assim o próprio Constituinte originário traçou os contornos essenciais, consideando os aspectos formais de como possível restrição ao direito de locomoção deve se materializar.

Há sinais nos textos produzidos pelo Estado sobre a liberdade de locomoção desde o século XII com a Cartha Magna de 1215, lado a lado ao remédio constitucional, *habeas corpus*, porém com baixa visibilidade e atuação de pouca eficácia naquele contexto.

Ressalta-se então a passagem histórica citada por TAVARES (2017, p. 515);

Existem indícios de utilização do remédio desde o século XII, sob a designação de *writ de odio etatiae*. A origem histórica sempre assinalada para esse instituto, contudo, é a Cartha Magna de 1215, em seu capítulo XXIX, cuja fórmula, em latim bárbaro, era a seguinte: *habeas corpus ad subiiciendum*.

Norberto Bobbio (1992, p.03), observa que:

O significado histórico – ou melhor, filosófico-histórico – da inversão, característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional.

Oportuno ressaltar que;

“Além disso, no plano filosófico, a anterior visão individualista passou a observar, através do racionalismo, a liberdade do homem em estado natural, traduzindo-se na fórmula de que o homem é um ser livre por natureza. As instituições políticas e sociais é que oprimiam. (MARQUES, p. 09)”

Em termos constitucionais a liberdade de locomoção é norma de eficácia contida. É o que preceitua Alexandre de Moraes (2007, p. 200) quando trata a norma contida como sendo;

[...] norma constitucional de eficácia contida, cuja lei ordinária pode delimitar a amplitude, por meio de requisitos de forma e fundo, nunca, obviamente, de previsões arbitrárias. Assim, poderá o legislador ordinário estabelecer restrições referentes ao ingresso, saída, circulação interna de pessoas e patrimônio.

Ademais, TAVARES (2017. p. 515) nos mostra os aspectos fundamentais da liberdade de locomoção, a saber:

Em síntese, a liberdade ampla de locomoção engloba quatro aspectos fundamentais: 1) direito de ingresso no território nacional; 2) direito de permanência no território nacional; 3) direito de deslocamento intraterritorial (entre pontos dentro do território); 4) direito de deslocamento interterritorial (entre o território nacional e outros Estados).

Tal questão é importante para os contornos deste trabalho, que na sua essencial busca analisar as possíveis restrições ao direito de locomoção previstas na Lei Maria da Penha, mas que estando eivadas de alguma ilegalidade e diante de possível inconformismo da parte que teve seu direito lesado possam ser rediscutidas no âmbito no judiciário.

A liberdade de locomoção advém da própria natureza humana, em que ao indivíduo é dado o seu livre arbítrio, bem como sua condição de liberdade a fim de satisfazer suas necessidades sem que se sinta “acorrentado” a algo, e principalmente às vontades estatais.

A liberdade de locomoção é um dos direitos invioláveis do cidadão, que não poderá sofrer qualquer restrição ou limitação, senão as previstas em Lei e dentro dos contornos previstos pelo Constituinte originário. Por tais razões, para assegurar o direito de liberdade de locomoção a Constituição vigente outorga a qualquer pessoa, brasileira ou estrangeira, o direito de impetrar o habeas corpus quando ver violada a sua liberdade.

2. CONCEITUAÇÃO DO HABEAS CORPUS ENQUANTO REMÉDIO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal elenca em seu texto os direitos e garantias fundamentais. Como instrumentos assecuratórios destes destacam-se os remédios constitucionais, que segundo Pedro Lenza (2012):

Também conhecidos como remédios jurídicos, são preceitos que objetivam resguardar os direitos fundamentais de um indivíduo previstos na Constituição Federal, impedindo que esse direito seja violado. Os remédios constitucionais são uma espécie de mecanismo processual para a defesa dos direitos do indivíduo. Esse mecanismo é

concedido pela própria Constituição. É um instrumento utilizado para impetrar contra o Estado, em hipótese em que este não cumprir com seus deveres ante os cidadãos. Cabe ao Poder Judiciário processar e julgar os remédios constitucionais.

Nesse sentido o manejo dos remédios constitucionais se consubstanciam como forma de provocar a atividade jurisdicional estatal com o fito de assegurar, de forma legal, os direitos e garantias violados.

No que tange ao Habeas corpus, dispõe a legislação processual em vigor, a saber, o artigo 647 do Código de Processo Penal (CPP) que “Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.”

O Art. 650 do mesmo diploma normativo traz em seu texto a quem competirá julgar o Habeas Corpus, vejamos;

Art. 650. Competirá conhecer, originariamente, do pedido de habeas corpus:

I – ao Supremo Tribunal Federal, nos casos previstos no artigo 101, I, g, da Constituição;

II – aos Tribunais de Apelação, sempre que os atos de violência ou coação forem atribuídos aos governadores ou interventores dos Estados ou Territórios e ao prefeito do Distrito Federal, ou a seus secretários, ou aos chefes de Polícia.

§ 1º. A competência do juiz cessará sempre que a violência ou coação provier de autoridade judiciária de igual ou superior jurisdição.

§ 2º. Não cabe o habeas corpus contra a prisão administrativa, atual ou iminente, dos responsáveis por dinheiro ou valor pertencente à Fazenda Pública, alcançados ou omissos em fazer o seu recolhimento nos prazos legais, salvo se o pedido for acompanhado de prova de quitação ou de depósito do alcance verificado, ou se a prisão exceder o prazo legal.

O artigo 654 do CPP aduz ainda que “O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.”. O supracitado artigo, ainda, estabelece os procedimentos ordenados para se impetrar o Habeas Corpus.

Sendo assim, o Habeas Corpus “é, pois, um remédio destinado a tutelar o direito de liberdade de locomoção, liberdade de ir, vir e ficar. Tem natureza de *ação constitucional penal*.” (SILVA, 2004, p. 444)

“Historicamente, o *habeas corpus* foi a primeira garantia de direitos fundamentais, concedida por “*João Sem Terra*”, monarca inglês, na Magna Carta, em

1215, e formalizada, posteriormente, pelo *Habeas Corpus* Act, em 1679” (LENZA, 2014, p. 1144).

Nesse sentido, o autor ressalta que:

“O *habeas corpus* foi inicialmente utilizado como remédio para garantir não só a liberdade física, como também, os demais direitos que tinham por pressuposto básico a locomoção. Tratava-se da chamada “teoria brasileira do *habeas corpus*”, que perdurou até o advento da Reforma Constitucional de 1926, impondo o exercício da garantia somente para os casos de lesão ou ameaça de lesão à liberdade de ir e vir. (LENZA, p. 1145)

654

Positivado pela Carta Constitucional de 1988 o Habeas Corpus é apresentado como remédio constitucional, com a finalidade de efetivar o exercício do direito de ir, vir e ficar, relacionados pois ao direito de locomoção.

Alexandre de Moraes (2007, p.2659) conceitua Habeas Corpus como; “[...] uma ação constitucional de caráter penal e de procedimento especial, isenta de custas que visa evitar ou cessar violência ou ameaça na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder [...]”.

O autor ainda afirma que:

“Portanto, o *habeas corpus* é uma garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou coação à liberdade de locomoção em sentido amplo – o direito do indivíduo de ir, vir e ficar. (MORAES, 2007, p. 2660)”

Em conformidade com o artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal:

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: (EC nº 45/2004)
LXVIII- Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

Tendo como instrumento basilar a Carta Magna de 1.215, o *habeas corpus* se firmou através de longos percursos da sociedade inglesa, a fim de moldar e incorporar a garantia de liberdade e segurança contra o Estado, consolidando o modelo constitucional em reconhecimento das garantias e direitos, voltado à proteção da liberdade da sociedade inglesa.

Nesse seguimento, BULOS (2014, citado por Pontes de Miranda, 1962, p. 9), afirma que;

A origem do habeas corpus está na Magna Charta Libertatum, outorgada na Inglaterra, nos campos de Runnymede, em 1215, pelo Rei João, filho de Henrique II, sucessor de Ricardo Coração de Leão, que se tornaria, mais tarde, o legendário João Sem Terra. Foi no Capítulo XXXIX dessa Magna Charta Libertum *que se calcaram, através das idades, as demais conquistas do povo inglês para a garantia prática, imediata e utilitária da liberdade física.*

É considerável frisar que diante de todo o processo para se firmar o habeas corpus no ordenamento jurídico houve ainda outros instrumentos que objetivaram a garantia da liberdade, os famosos “Writ”. Desses sobressaíram três, que se equipararam ao habeas corpus, porém, com pouca visibilidade.

Nesse sentido, Massau (2008, p. 6) aponta que:

[...] Anteriormente à *Magna Charta*, é possível identificar na *Common Law* três procedimentos que objetivavam resguardar a liberdade pessoal, que são: a) o *writ de hominereplegiando*; que tratava de uma ordem judicial concessiva de liberdade mediante fiança; b) o *writ of mainprize*; que era destinado ao sheriff, para que estabelecesse as bases do Livramento do detido mediante fiança; c) o *writ de odio et atia*; segundo o qual antecipava sobre os motivos da acusação. [...]

O autor ainda complementa que:

[...] Esses remédios não tiveram a abrangência e nem a eficácia do *Habeas Corpus*, seja pelo facto de terem se exaurido na Idade Média, seja pelo facto de serem procedimentos especiais para situações especiais. Além do mais, pairava sobre esses *writs* a impossibilidade de deferimento contra as prisões oriundas de ordens da Coroa. Já o *Habeas Corpus*, em épocas mais avançadas, era admissível ir de encontro as ordens da Coroa.

Diante desse fato histórico e primordial, ao habeas corpus coube a denominação de remédio constitucional, sendo reconhecido e aceito como um marco constitucional à liberdade. Denota-se desse modo que o habeas corpus é um instrumento jurídico, previsto no texto constitucional e infraconstitucional que objetiva a correção de atos que violem, ou incorrem em risco futuro de violação do direito e garantia fundamental de ir, vir e ficar.

3. AS MEDIDAS PROTETIVAS CONSTANTES NA LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha, criada em 07 de agosto de 2006, viabilizou o combate com mais veemência à violência contra a mulher.

No Brasil foram identificadas inúmeras práticas negligenciais quanto aos casos de violência doméstica que geraram notificações advindas da Organização dos Estados Americanos- OEA em face do Estado Brasileiro.

O ato mais repercutido foi o emblemático caso da cearense Maria da Penha Maia Fernandes, brasileira, farmacêutica, que no ano de 1983 sofreu inúmeras e severas agressões de seu esposo, o colombiano Marco Antonio Heredia Viveros. A biofarmacêutica sofreu agressões constantes do marido durante sei anos de convivência com ele.

Em duas ocasiões, seu marido tentou matá-la. Na primeira tentativa, com um tiro de espingarda, o qual ocasionou sua paraplegia. Após quatro meses no hospital e realizando várias cirurgias, recebeu alta e retornou para casa, ocasião esta em que seu marido, Heredia, tentou eletrocutá-la durante seu banho. (Instituto Maria da Penha-IMP, 2018.)

Foi a partir deste caso e sua repercussão que se originou a Lei 11.340 (Lei Maria da Penha). A supracitada Lei, além de caracterizar a violência doméstica e impor medidas restritivas em face do suposto agressor, descreve como crime a prática decorrente do descumprimento de medidas protetivas deferida pelo Juiz, nos termos do artigo 24-A.

A violência doméstica é ainda presente em inúmeras famílias, fazendo-se vítima principalmente mulheres. Antes do advento da Lei Maria da Penha nada se tinha positivado para assegurar o direito das mulheres de modo peculiar.

A referida Lei n.º 11.340/2006 foi promulgada como um “novo suspiro” na sociedade, principalmente às mulheres, pois visou coibir qualquer violência física, sexual, patrimonial e psicológica em face destas, é que dispõe em seu artigo 1º. *In verbis*:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a

Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Com intuito de manter a integridade da mulher em todas as suas vertentes no contexto de violência doméstica, a Lei Maria da Penha, em seu artigo 22 previu de forma não exaustiva um rol de medidas protetivas passíveis de serem deferidas pelo Juiz com o objetivo de salvaguardar os direitos das mulheres perante o suposto agressor. Vejamos:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I- suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei n. 10. 826, de 22 de dezembro de 2003;

II- **afastamento** do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III- proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) **aproximação** da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, **fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor**;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) **frequentação de determinados lugares** a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV- restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; prestação de alimentos provisionais ou provisórios; (grifo nosso)

Os incisos II, III, alíneas 'a' e 'c' e inciso IV do artigo 22 da Lei 11.340/06 evidenciam restrições à livre locomoção do agressor, impedido de se locomover, frequentar determinados lugares de se aproximar além de um limite definido ou mesmo de ter contato com sua prole, o que decerto restringe o direito constitucional dado ao agressor, de ir, vir e ficar.

Para Lima (2017, p. 1.202):

As diversas medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente. É nesse sentido o teor do art. 19, § 2º, da Lei nº 11.340/06. A depender da adequação da medida e da necessidade do caso concreto, é possível que o juiz adote uma ou mais das medidas acautelatórias, devendo, logicamente, verificar a compatibilidade entre elas. É o que ocorre por exemplo, com a medida de afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, que geralmente deve ser aplicada de forma cumulativa com a proibição de aproximação da ofendida, fixando o juiz o limite mínimo de distância entre a ofendida e o agressor.

Para os objetivos do presente estudo, interessa-nos a análise dos incisos II, III (alínea a e c) e IV, vez que significam restrição ao direito de locomoção do suposto agressor, portanto objeto de análise no que tange ao cabimento do Habeas Corpus.

Ao tratar das restrições previstas no artigo sob exame, especificamente a que consta no inciso III, alínea c, Lima (2017, p. 1219), aduz que:

Por ocasião da adoção dessa medida, deve o magistrado especificar quais os lugares que o acusado não pode frequentar sendo inadmissível a proibição de frequência a locais em termos genéricos, sem especificá-los, sob pena de inibir qualquer espécie de deambulação do agressor, impedindo-o mesmo de se movimentar livremente, o que poderia caracterizar constrangimento ilegal a sua liberdade de locomoção.

Nota-se deste modo, seja pela leitura dos dispositivos citados, ou pelo entendimento doutrinário esposado que o deferimento de tais medidas restringe o direito de locomoção do requerido, o que notoriamente não importa dizer que tal medida seja por si ilegal, vez que em sendo deferida para salvaguardar a integridade da mulher é inclusive a melhor providência a ser adotada. A pesquisa em questão tem como foco de investigação principal os casos onde a medida fere os limites da legalidade, hipótese em que o legislador restou silente quanto ao instrumento passível de ser utilizado pelo então ofendido para demonstrar seu inconformismo junto ao Judiciário.

4. DA ANÁLISE SOBRE O CABIMENTO DO HABEAS CORPUS EM FACE DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Pelo que restou demonstrado, as medidas protetivas de urgência, embora previstas como instrumento protetivo a integridade da mulher vítima de violência no contexto doméstico e familiar pode significar em ofensa ao direito de locomoção do suposto agressor, caso não observado os limites da legalidade.

Assim, necessário se faz o estudo sobre a providência a ser adotado pelo então ofendido, qual seja o instrumento a sua disposição para demonstrar seu inconformismo perante o judiciário. O a análise proposta no presente artigo se restringe a verificação do cabimento do Habeas corpus nessa hipótese, como será mais bem esmiuçado.

Ao se debruçar sobre a questão, o Superior Tribunal de Justiça, quando da análise da Lei Maria da Penha em sede de HC impetrado se manifestou nos termos seguintes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHER. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS APLICADAS. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício (Precedentes).

2. Caso em que, irresignado com as medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/2006, que lhe foram aplicadas pelo Juízo de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Maceió, o paciente requereu ao Tribunal de Justiça de Alagoas fossem elas revogadas. A Câmara Criminal, no entanto, partindo do princípio que as medidas protetivas não representariam ameaça ao seu direito de ir, vir ou permanecer, entendeu que o meio pertinente para a apreciação da matéria não seria o habeas corpus e deixou de conhecer o mandamus lá impetrado.

3. **O eventual descumprimento de medidas protetivas arroladas na Lei Maria da Penha pode gerar sanções de natureza civil (art. 22, § 4º, da Lei nº 11.340/2006 c/c art. 461, §§ 5º e 6º, do Código de Processo Civil, bem como a decretação de prisão preventiva (art. 313, III, do Código de Processo Penal). Ademais, a lei adjetiva penal prevê: "Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar".(grifo nosso)**

4. **Se o paciente não pode aproximar-se a menos de 500m da vítima ou de seus familiares, se não pode aproximar-se da residência da vítima, tampouco pode frequentar o local de trabalho dela, decerto que se encontra limitada a sua liberdade de ir e vir. Posto isso, afigura-se cabível a impetração do habeas corpus, de modo que a indagação do paciente merecia uma resposta mais efetiva e assertiva. (grifo nosso)**

5. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas examine a existência de eventual constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, em decorrência das medidas protetivas determinadas pelo Juízo de Maceió.

(HC 298.499/AL, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015)

Como restou demonstrado em tópicos antecedentes são duas as hipóteses de cabimento do Habeas Corpus, preventiva ou repressiva. No primeiro caso se objetiva coibir uma ameaça ao direito constitucional, impedir que esta ameaça se desdobre em

violação efetiva. No segundo caso visa-se reparar uma violação já ocorrida, por isso repressivo. Esse último formato é mais comum ao meio penal e objetiva resgatar um direito já violado. Veja que neste caso não há risco, tampouco ameaça, o direito já fora violado, objetivando o habeas corpus a liberação do paciente.

No caso sob exame interessa o HC repressivo haja vista que a concessão das medidas restritivas que impeçam o exercício pleno do direito de ir e vir, uma vez deferidas e constatado excesso ou ilegalidade da restrição por si já viola o direito de locomoção, ocasião em que cabia a impetração do remédio constitucional perquirido.

A Lei 11.340 é omissa quanto a forma de recorrer ou questionar decisões judiciais proferidas no âmbito da referida Lei, o que torna imperioso o estudo aqui empreendido.

Assim, o que se verifica, seja por uma análise do que dispõe o texto constitucional no que tange aos direitos fundamentais, bem como pela proteção dada do direito de locomoção, havendo violação ao direito de ir e vir torna-se possível o manejo do Habeas Corpus, afirmação corroborada pelo julgamento do STJ supracitado.

Impede salientar que a possibilidade de cabimento do Habeas Corpus na hipótese sob exame não relega a segundo plano os direitos já garantidos às mulheres vítimas de violência doméstica. A institucionalização desses direitos já foi efetivada. Um sopro de liberdade e igualdade de direitos almejados pelas mulheres que então se materializou com o referido texto normativo.

Não obstante, o direito de ir e vir conquistado a duras penas e dentro da legalidade deve ser preservado. Assim, não se pode fazer valer apenas um direito, enquanto o outro se deixa de lado, em afronta ao texto constitucional, é necessária a harmonização de ambos, de forma a não de se operar o sacrifício total de um em relação ao outro. Ademais, o inconformismo natural e o direito de ter as decisões judiciais revistas é direito fundamental previsto na Carta Constitucional, de modo que o silêncio do legislador deve ser suprido por uma interpretação da Constituição de forma harmônica e de modo a não vilipendiar qualquer direito fundamental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De certo que a lacuna deixada na Lei 11.340/06, exige o estudo de mecanismos que assegurem o acesso ao Judiciário por parte daquele que teve restringido ilegalmente

o seu direito de locomoção.

Assim é que se buscou no presente estudo analisar a viabilidade do HC para sanar possíveis violações decorrentes das medidas protetivas previstas no artigo 22 da supracitada lei, estabelecendo como pergunta problema se a restrição do direito de ir, vir e permanecer do suposto agressor, elencadas na Lei Maria da Penha, ensejaria a impetração do Habeas Corpus?

Portanto, pelo presente estudo ficou evidenciada a possibilidade jurídica da aplicação do Habeas Corpus para questionar as Medidas Protetivas, elencadas no art. 22 da Lei nº 11.340, Lei Maria da Penha, uma vez que a legislação positivada em vigor é omissa quanto aos direitos do agressor naquele contexto.

Como demonstrado, qualquer pessoa física que se encontrar em vias de sofrer lesão ao seu direito de locomoção, consoante delineado acima, pode impetrar *habeas corpus*, com o fito de garantir tal direito.

Muito embora a Lei Maria da Penha (11.340/2006) venha de um lado alicerçada como instrumento fundamental e essencial à proteção da mulher, em outro é deficiente e omissa no que tange o âmbito recursal ou outros mecanismos aptos a contestar as decisões proferidas no bojo da referida lei.

Assim, ante a lacuna recursal da supracitada Lei, o habeas corpus como instrumento constitucional é cabível, perfazendo-se como instrumento de alta relevância ao meio jurídico e social, portanto, aplicável a temática sob exame.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Publicado no DOU de 05.10.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 15 mar. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo, **Curso de direito constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1922.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Cabimento de HC para questionar a legalidade de medida protetiva da Lei Maria da Penha**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/076023edc9187cf1ac1f1163470e479as>> Acesso em 10 abr. 2020.

662

CONJUR. **Habeas Corpus pode discutir Medidas Protetivas da Lei Maria da Penha**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2025-dez-24/habeas-corpus-discutir-medidas-proteivas>>. Acesso em 09 abr. 2020.

JUSBASIL, **Lei Maria da Penha**: entenda quais são as medidas protetivas que obrigam o agressor. Disponível em: <<https://canalcienciascriminasi.jusbrasil.com.br/artigos/557941734/lei-maria-da-penhas>>. Acesso em 09 abr. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de Lima. **Legislação criminal especial comentada**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de Direito **constitucional** / Alexandre de Moraes. – 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

_____, Alexandre de, **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. – 7. ed. atualizada até a EC nº 55/07 – São Paulo: Atlas, 2007

MASSAÚ, Guilherme Camargo, **A História do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português**. Revista Ágora, Vitória, n. 7, 2008.

MARQUES, Luis Eduardo Rodrigues. **Um Repensar Evolutivo Acerca das “Gerações” de Direito**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/filosofia/marques_geracao%20direitos.pdf. Acesso em: 16 set. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** / Guilherme de Souza Nucci. – 3. ed. rev. atual. e ampl. 2. Tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PIRES, Antonio Fernando. **Manual de Direito Constitucional**. – 2. ed., rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO : 2016.

PENHA, Lei Maria da Penha. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 11 set. 2020.

PENHA, Maria da. **Sobrevivi... posso contar**. 2. ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>. Acesso em: 16 set. 2020.

PENAL, Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.sajadv.com.br/cpp/art-647-ao-art-667-do-cpp/>. Acesso em 12 set. 2020.

SOUSA, Valdênia Lourenço, **Lei Maria da Penha e a Perspectiva Étnica: observações preliminares acerca da violência contra a mulher indígena pitaguary em maracanaú** – ce. VI Jornada de Internacional de Políticas Públicas

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivado**. 23ª. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional. – São Paulo: Malhadeiros Editores, 2004.

TAVARES, André Ramos, **Curso de direito constitucional** / André Ramos Tavares. –
15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O PROBLEMA DA AUSÊNCIA DE EXIGIBILIDADE DE REVISÃO HUMANA DAS DECISÕES AUTOMATIZADAS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE PROBLEM OF THE ABSENCE OF REQUIREMENT FOR HUMAN REVIEW OF AUTOMATED DECISIONS IN THE GENERAL DATA PROTECTION LAW

Ewerton da Cruz Gonzaga
Luziane de Figueiredo Simões
Leal

665

RESUMO

O processo de informatização do mundo, através do avanço da tecnologia digital, trouxe consigo grandes impactos nas relações sociais, econômicas e jurídicas. E com a ampliação da capacidade de armazenamento e tratamento de dados, aliada à existência do ciberespaço, surgiram o *Big Data*, a Ciência de Dados e a Inteligência Artificial - ramos do conhecimento intimamente ligados à ética e aos direitos fundamentais. Não obstante a existência de vasta quantidade de informações e questionamentos acerca dessas áreas, o presente trabalho tem como objetivo precípuo tratar sobre o problema da ausência de obrigatoriedade de revisão humana das decisões automatizadas de acordo com a Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), considerando a utilização da Inteligência Artificial sob a égide dos Direitos Fundamentais. Por intermédio de pesquisas amparadas nos grandes estudiosos do tema, foi possível avaliar os impactos jurídicos possíveis, como a propagação da discriminação, caso a Lei Geral de Proteção de Dados não preveja a obrigatoriedade de revisão humana sobre decisões automatizadas. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, utilizando-se de um modelo de pesquisa bibliográfica, a partir de coletas de dados de artigos, livros, revistas científicas e sítios especializados na internet.

Palavras-chave: Tecnologia Digital. Inteligência Artificial. Lei geral de Proteção de Dados. Revisão humana das decisões automatizadas. Discriminação.

ABSTRACT

The process of computerization of the world, through the advancement of digital technology, brought with it great impacts on social, economic and legal relations. And with the expansion of data storage and processing capacity, coupled with the existence of cyberspace, the so-called Big Data, Data Science and Artificial Intelligence - branches of knowledge closely linked to ethics and fundamental rights have emerged. Despite the existence of a vast amount of information and questions about these areas, the present work has as main objective to deal with the problem of the lack of mandatory human review of automated decisions in accordance with Law no. 13.709 / 2018 (General Data Protection Law), considering the use of Artificial Intelligence under the aegis of Fundamental Rights. Through research supported by great scholars on the subject, it was possible to assess the possible legal impacts, such as the spread of discrimination, if the General Data Protection Law does not provide for the mandatory human review of automated decisions. The research method used was the deductive one, using a bibliographic research model, from data collections of articles, books, scientific journals and specialized websites.

Keywords: Digital Technology. Artificial intelligence. General Data Protection Act. Human review of automated decisions. Discrimination.

INTRODUÇÃO

O processo de informatização do mundo, através do avanço da tecnologia digital, trouxe consigo grandes impactos nas relações sociais, econômicas e jurídicas. E com a ampliação da capacidade de armazenamento e tratamento de dados, aliada à existência do *ciberespaço*⁷⁷, surgiram o chamado *Big Data*,⁷⁸ a Ciência de Dados⁷⁹ e a Inteligência Artificial (IA)⁸⁰ – áreas do conhecimento que estão intimamente ligadas, além da tecnologia digital, aos direitos fundamentais de liberdade, igualdade, autodeterminação informativa e proteção de dados.

Vivemos na chamada sociedade da Informação⁸¹ (CASTELLS, 1999) onde, em questão de segundos, dados pessoais são compartilhados entre indivíduos de continentes distintos com uma facilidade assustadora. Essa maneira de transferência e compartilhamento de informações alterou a forma como o ser humano se relaciona entre si, o que torna o debate sobre proteção de dados e sistemas automatizados de tomada de decisão extremamente importante e intrigante.

Casos polêmicos acerca de tratamentos de dados pessoais sensíveis⁸², como o que envolveu a empresa *Cambridge Analytica* (El PAÍS, 2018) - que atuou na análise de dados pessoais, prestando assessoria à primeira campanha eleitoral de Donald Trump ao cargo de Presidente dos Estados Unidos da América e, de certa forma, influenciando no

77 Conceito idealizado por William Gibson, em 1984, no livro *Neuromancer*, referindo-se a um espaço virtual composto por cada computador e usuário conectados em uma rede mundial.

78 Tradução para o português: Megadados ou grandes dados. É o ramo do conhecimento que estuda o tratamento, a análise e as formas de obtenção de informação a partir de conjuntos de dados demasiados grandes.

79 É uma área interdisciplinar voltada para o estudo e a análise de dados econômicos, financeiros e sociais, estruturados e não-estruturados, visando a obtenção de conhecimento, detecção de padrões para tomadas de decisão.

80 Segundo John McCarthy, cientista norte-americano da computação, é a ciência e a engenharia de produzir máquinas inteligentes. Seus conceitos, definições e aplicações serão melhor discutidas no decorrer deste trabalho.

81 Termo criado por Manuel Castells, o qual define a sociedade de informação como forma de descrever uma sociedade que faz o melhor uso possível das tecnologias da informação e comunicação (CASTELLS, 1999).

82 De acordo com o art. 5º da Lei Geral de Proteção de Dados, considera-se dado pessoal sensível o 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.

referendo sobre a saída do Reino Unido da União Europeia -, demonstraram o poder de interferência e manipulação política que o tratamento de dados desregulado pode ter sobre a vida das pessoas.

Diante disso, o direito como instrumento de controle social teve a necessidade de se adaptar à atual realidade, e passou a criar legislações que versassem especificamente sobre privacidade e proteção de dados. No cenário internacional, temos como mais influentes a *General Data Protection Regulation* (GDPR) europeia, a qual passou a vigorar no dia 25 de maio de 2018, e a *California Consumer Privacy Act* (CCPA), que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2020. Por outro lado, no cenário nacional, temos a Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018), sancionada no dia 14 de agosto de 2018, que entrou em vigor em agosto de 2020, mas não na sua integralidade, pois os arts. 52, 53 e 54 (que tratam das sanções administrativas) só entrarão em vigor em 1º agosto de 2021.

Embora a Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) tenha sido fortemente influenciada pela GDPR europeia, na lei de proteção de dados brasileira existem inúmeros pontos de divergências em relação ao referido regulamento europeu, dentre os quais o que trata sobre a inexigibilidade de revisão humana das decisões automatizadas - art. 20 da LGPD.

Ora, diferentemente do que prevê a GDPR – referência no que tange às legislações sobre proteção de dados -, a LGPD brasileira não prevê o direito à revisão humana das decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado. Em outras palavras, as pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado, que realizam o tratamento de dados pessoais fora dos termos do art. 4º da LGPD⁸³, não serão obrigadas a proceder com a revisão humana das decisões automatizadas se forem questionadas pelos titulares dos dados pessoais.

83 Conforme o art. 4º da Lei Geral de Proteção de Dados, o tratamento de dados realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos; realizado para fins exclusivamente jornalístico, artísticos ou acadêmicos; ou realizado para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais; ou provenientes de fora do território nacional e que não sejam objeto de comunicação, uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, desde que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei; não se submete a Lei Geral de Proteção de Dados.

Assim, é nesse cenário de preocupação com as benesses da utilização da inteligência artificial nos processos de tomada de decisão e os possíveis prejuízos aos direitos fundamentais, principalmente quanto ao direito da não-discriminação, que o presente trabalho se propõe.

A pesquisa será qualitativa e teórica, e se lastreará com base em pesquisas bibliográficas, como doutrinas, artigos científicos e textos de sítios especializados da internet, voltadas a conceituar e identificar pontos importantes para o esclarecimento e a obtenção do resultado satisfatório acerca do tema.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITO A NÃO-DISCRIMINAÇÃO E TECNOLOGIA DIGITAL

Os direitos fundamentais são todos os direitos subjetivos correspondentes a todos os seres humanos enquanto dotados de status de pessoas, cidadãos e capacidade de agir (FERRAJOLI, 2004). Eles são imprescindíveis para a realização da pessoa humana, o que a faz conviver e até mesmo sobreviver (SILVA, 2005).

Nessa linha, Dirley da Cunha Júnior (2008) estabelece que direitos fundamentais são:

[...] todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontram reconhecidas no teto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que esta formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material). (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 573).

A Constituição Federal de 1988 elenca, em seu título II, os direitos e as garantias fundamentais, como por exemplo: o direito à vida, liberdade, igualdade, privacidade, saúde, segurança, liberdade de expressão e do pensamento e outros (Brasil, 1988).

Mas, embora hoje os direitos fundamentais estejam expressamente presentes no corpo da Lei Maior, ao analisar sua historicidade, é perceptível que eles não surgiram por acaso. Eles foram forjados no fogo da luta e do sangue pela vida e liberdade, passando de modo gradual a abarcar outros segmentos. Sobre sua historicidade dos direitos fundamentais, discorre Norberto Bobbio (1992):

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

uma vez por todas. [...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. (BOBBIO, 1993, p. 5)

Já o direito a não-discriminação decorre e se manifesta a partir do princípio constitucional da igualdade. Porém, enquanto o princípio da igualdade é passível de flexibilização, vez que ele não é absoluto, o direito a não-discriminação é inflexível, pois qualquer conduta tida como discriminatória é proibida (FERREIRA FILHO, 2013).

A conceituação do que é discriminação somente se deu, em âmbito internacional, em 1958, com a Convenção nº. 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Profissão, promulgada pelo Decreto n. 62.159 de 1968, que ficou conhecida como a primeira a redigir um documento internacional que conceituasse o que é discriminação (BRASIL, 1968). No seu art. 1º ela estabelece:

ARTIGO 1º Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende:

a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, côr, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação.

3. Para os fins da presente convenção as palavras "emprego" e "profissão" incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego. (BRASIL, 1968)

A discriminação é proibida expressamente pela Constituição Federal de 1988, pois, em seu art. 3º, IV, ela dispõe que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. E há a proibição, também,

da diferença de salário, de exercício de fundações e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou posse de deficiência, conforme o art. 7º, XXX e XXXI da CF (SILVA, 2003).

Porém, o combate à discriminação é árduo, mesmo nos tempos hodiernos. Em razão disso, a doutrina, numa contextualização social, criou o Direito da Anti discriminação, que em sua acepção tem como objetivo evitar que pessoas portadoras de determinadas características sofram com a redução das oportunidades de exercício das suas potencialidades sociais em relação aos outros membros da própria sociedade. Nesse sentido, leciona Ferreira da Silva (2020), senão vejamos:

Normas de Direito da Antidiscriminação voltam-se a evitar que o fato de pessoas portarem determinadas características seja fator capaz de ensejar – intencionalmente ou não – uma considerável redução das possibilidades de exercício das suas potencialidades sociais em relação a outros membros da mesma sociedade. Em geral, causas históricas determinam quais são essas características. Tomando-se de empréstimo o que usualmente se verifica em normas de Direito Internacional e de Direito Constitucional de diversos países, podem-se dar como exemplos dessas características a raça, a origem, o sexo, a orientação sexual, a idade, o fato de portar alguma deficiência e a religião.

Não obstante, quando se trata de tecnologia digital e proteção de dados pessoais, os direitos mais básicos dos cidadãos podem ser facilmente cerceados, porque, tendo em vista que o campo de aplicação dessas normas é no ciberespaço, é muito mais difícil a sua fiscalização – ainda não há uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados no Brasil – e a sua definição quanto às questões de jurisdição entre os Estados Nacionais.

A celeuma aumenta ainda mais quando se traz à discussão os sistemas de inteligência artificial, porquanto, há o entendimento de que, se não fiscalizados proficuamente, eles podem cometer uma série de atos discriminatórios. Em razão disso, foi elaborada A Declaração de Toronto: Protegendo os Direitos à Igualdade e à Não-discriminação em Sistemas de Aprendizado de Máquina (2018), sobre as *machine learning systems* (sistemas de máquina de autoaprendizagem). E, em seu parágrafo 16, ela assevera que:

[...] padrões existentes de discriminação estrutural podem ser reproduzidos e agravados por situações que são particulares a estas tecnologias - por exemplo, sistemas de aprendizado de máquina que criam marcadores de sucesso autorrealizáveis e reforçam padrões de

desigualdade, ou questões decorrentes do uso de bases de dados não-representativas ou enviesadas”. (THE TORONTO DECLARATION: PROTECTING THE RIGHTS TO EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION IN MACHINE LEARNING SYSTEMS. CANADÁ, 2018, parágrafo 16).

A Declaração de Toronto: Protegendo os Direitos à Igualdade e à Não-discriminação em Sistemas de Aprendizado de Máquina sustenta ainda que é dever dos Estados garantir a existência de medidas que previnam a discriminação e que outras violações de direitos sejam atualizadas para considerar e endereçar os riscos representados pelas tecnologias de aprendizado de máquina.

Por isso, a Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), inspirada no modelo europeu, é considerada um grande marco para o mundo jurídico, eis que já era bastante esperada pelos juristas e demais especialistas no assunto, em razão da extrema necessidade de garantir a proteção dos dados pessoais, a não discriminação e todas as garantias fundamentais.

2. O QUE É INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL?

Dada a predominância da inteligência artificial nos sistemas preditivos e de autoaprendizagem, faz-se importante a abordagem acerca da sua definição e dos seus aspectos em relação aos direitos fundamentais.

Pois bem, entre a década de 50 e 60 do século passado, o pai da computação, Alan Turin, em seu artigo *Computing Machinery and Intelligence*, intrigava e indagava a si mesmo e aos outros cientistas se as máquinas, algum dia, seriam capazes de raciocinar. Ele (TURING, 1950) afirmava que: "é inteligente uma máquina que é capaz de iludir e passar por inteligente aos olhos dos homens".

A inteligência artificial – por vezes chamada de IA - é definida como uma capacidade do sistema para interpretar corretamente dados externos, aprender a partir desses dados e utilizar essas aprendizagens para atingir objetivos e tarefas específicos através de adaptação flexível (HAENLEIN, 2019).

E, com o advento da revolução da Informação, da criação da *Big Data* e do desenvolvimento da Ciência de Dados, foi possível a criação de sistemas de

gerenciamento de informações e tomadas de decisões baseados em técnicas de Inteligência Artificial, os quais fazem parte da chamada Indústria 4.0⁸⁴.

Nesse espeque, a Comissão de Alto Nível da União Europeia (2019), buscando definir a Inteligência Artificial em quase todos seus aspectos, leciona:

Sistemas de IA são sistemas de software (e possivelmente hardware) projetados por seres humanos que, dado um objetivo complexo, atuam na dimensão física ou digital, percebendo seu ambiente através da aquisição de dados estruturados ou não estruturados coletados, raciocinando sobre o conhecimento, ou processando as informações, derivadas desses dados e decidindo a melhor ação a ser tomada para atingir o objetivo dado. Os sistemas de IA podem usar regras simbólicas ou aprender um modelo numérico, e também podem adaptar seu comportamento analisando como o ambiente é afetado por suas ações anteriores. (HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON AI, Bélgica, 2019, p. 1.).

672

Dessa forma, resumidamente, pode-se interpretar a Inteligência Artificial como sendo um simulador automatizado do sistema humano de aprendizagem e tomada de decisão. Ou seja, é um sistema que pode ser flexível e adaptativo às circunstâncias condicionantes do ambiente, podendo se desenvolver por conta própria, similarmente ao sistema de aprendizado e de tomada de decisão humano.

3. QUAL O IMPORTÂNCIA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA SOCIEDADE MODERNA?

As pessoas estão se tornando cada vez mais dependentes das ferramentas que se utilizam das técnicas da Inteligência Artificial (IA), essa dependência é gerada pela existência de uma infinidade de sistemas baseados em técnicas de Inteligência Artificial que vem sendo utilizados em quase todos os setores da sociedade.

Os aplicativos de rotas, como o *Google Maps* e o *Waze*, por exemplo, são uns dos apps mais baixados do mundo. Eles são capazes de cruzar informações, por meio da

84 “O termo indústria 4.0 se originou a partir de um projeto de estratégias do governo alemão voltadas à tecnologia. O termo foi usado pela primeira vez na Feira de Hannover em 2011. Em Outubro de 2012 o grupo responsável pelo projeto, ministrado por Siegfried Dais (Robert Bosch GmbH) e Kagermann (acatech) apresentou um relatório de recomendações para o Governo Federal Alemão, a fim de planejar sua implantação. Então, em Abril de 2013 foi publicado na mesma feira um trabalho final sobre o desenvolvimento da indústria 4.0. Seu fundamento básico implica que conectando máquinas, sistemas e ativos, as empresas poderão criar redes inteligentes ao longo de toda a cadeia de valor que podem controlar os módulos da produção de forma autônoma. Ou seja, as fábricas inteligentes terão a capacidade e autonomia para agendar manutenções, prever falhas nos processos e se adaptar aos requisitos e mudanças não planejadas na produção”. <https://www.citisystems.com.br/industria-4-0/>

IA, de vários lugares para encontrar as melhores rotas, otimizando o tempo e evitando problemas no trânsito.

O site de busca Google.com, projetado pelo Larry Page e Sergey Brin, tornou-se a principal ferramenta de busca na internet, recebendo mais de 74 bilhões em seis meses (ALEXA TOP SITES IN BRAZIL, 2020). Ele é utilizado como ferramenta de pesquisa por vários acadêmicos e pesquisadores, sendo um buscador que utiliza algoritmos inteligentes para analisar o conteúdo de sites e definir sua posição nos resultados de pesquisas. Os algoritmos trabalham fortemente para ranquear os sites mais estruturados de acordo com a pesquisa e eliminam aqueles que violam a segurança do computador (SEARCHLAB, 2020).

No campo da educação, cada vez mais instituições educacionais também vêm utilizando mecanismos baseados em Inteligência Artificial. Uma das finalidades é proporcionar aos discentes uma maior gama de facilidades no processo de aprendizagem. O renomado especialista em psicotecnologia Derrick de Kerckhove, sobre a inserção da IA nos campos escolares, diz:

Através da IA, os ambientes virtuais de aprendizagem EAD evoluíram em importantes aspectos para a aprendizagem: a facilidade do uso, interação com usuário, disponibilidade de feedback para tutor e diminuição da necessidade de encontros presenciais. (KERCKHOVE, 2003 apud SEMENSATO; FRANCELINO; MALTA, 2015, p. 35)

Já na seara da saúde, a IA vem ajudando a ampliar o potencial e a capacidade dos profissionais da área, otimizando o tempo de atendimento aos pacientes. Através da IA, o primeiro contato do paciente com a clínica para agendamento de consultas pode ser feito sem interferência humana. Utilizando-se do conceito da computação cognitiva, é possível que a inteligência artificial realize interações com o paciente de forma humanizada, e as conversas podem ocorrer por meio de texto ou áudio, e na medida em que a IA aprende, ela adapta seu vocabulário para melhorar sua comunicação com o interlocutor, nesse caso, o paciente – esse sistema de agendamento e triagem foi utilizado por alguns estados brasileiros no combate ao covid-19. O diagnóstico médico também já vem sendo realizado por meio da IA, identificando padrões visuais e cruzando informações, mas este recurso não dispensa a avaliação do médico (CHAVES, 2020).

Ademais, não há como desassociar a tecnologia digital, e especificamente a Inteligência Artificial, do campo industrial e econômico, vez que a IA pode maximizar

os lucros das empresas através da redução de custos operacionais e de dispêndio de tempo. A precisão e o pragmatismo das decisões geradas pelos sistemas automatizados podem ajudar o ser humano a priorizar a criatividade no âmbito do trabalho, em vez de prendê-lo em tarefas mecânicas.

O Poder Judiciário, igualmente, vem optando pelo uso dessa ferramenta. Pode-se citar, a título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal que, desde 2018, vem identificando os casos de recursos extraordinários ou de agravo em recursos extraordinários com acuidade de 85%, através de um robô de inteligência artificial (NOTÍCIAS STF, 2018). Esse robô, batizado de Victor em homenagem a Victor Nunes Leal, que foi ministro do STF de 1960 a 1969, também é o principal responsável pela sistematização da jurisprudência do STF em súmulas, facilitando a aplicação dos precedentes judiciais aos casos julgados.

Assim, sem mencionar todos os campos de aplicação da IA, vez que são numerosos, nota-se que a inteligência artificial se encontra deveras presente na vida das pessoas, tanto na esfera privada quanto na pública, o que demonstra o seu nível de importância.

4. O PROBLEMA DA REPRODUÇÃO DE DISCRIMINAÇÕES PELOS SISTEMAS DE TOMADA DE DECISÕES BASEADOS EM INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

O problema da utilização das técnicas da Inteligência Artificial repousa na possibilidade de contaminação desse sistema por vieses humanos, o que pode acarretar a reprodução de discriminações, vez que ao passo que a *machine learning* vai detectando padrões nos dados para fazer previsões, vão surgindo padrões que não representam necessariamente a realidade. Esses padrões são de uma versão derivada da mineração de dados, onde se inclui os vieses e preconceitos humanos refletidos nos dados, no sistema de autoaprendizagem ou no modelo aprendido (KAMARINOU, MILLARD, SINGH, 2016).

É, portanto, dessa maneira que surgem decisões automatizadas que, sem justificativas além do preconceito construído pela sociedade e programado pelos algoritmos, atentam contra o direito ao tratamento igualitário, a não discriminação, à saúde, à segurança e a outros direitos fundamentais.

Segundo Bruno Bioni, Rafael Zanata e Mariana Rielli (2020, p.19), em 2019, a UNESCO produziu o documento *Artificial Intelligence in Education: challenges and opportunities for sustainable development*. A pesquisa foi liderada por Francesc Podró (2019), do setor de *Education Policy* da UNESCO. De acordo com o relatório da UNESCO, embora a IA tenha muitas aplicações positivas, também existem preocupações sociais e éticas que devem ser abordadas. No relatório, eles apontam:

Cada vez mais instituições educacionais estão usando algoritmos de Machine Learning para aceitar ou rejeitar alunos. Dois problemas em potencial com essa abordagem incluem: (i) falta de explicabilidade. Algumas técnicas de aprendizado de máquina (por exemplo, Deep Learning) não podem explicar facilmente por que certos alunos são aceitos, enquanto outros são rejeitados. Um aluno rejeitado deve ter o direito de entender 52 O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: How big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Broadway Books, 2016, p. 11. 20 esses motivos? (ii) discriminação injusta. Quando os algoritmos de aprendizado de máquina são treinados em um determinado conjunto de dados (digamos com estudantes de um país da Europa Ocidental), o resultado pode não ser diretamente aplicável a estudantes de outras partes do mundo. O conjunto de dados de treinamento pode ser tendencioso em relação a um determinado grupo e, portanto, pode discriminar injustamente quando usado em um grupo diferente. (PEDRÓ, 2019, p. 32-33).

No Estado de Wisconsin, nos Estados Unidos da América, um sistema baseado em Inteligência Artificial chamado de Compas (*Correctional Offender Management Profiling For Alternative Sanctions*), vinha sendo utilizado para determinar o grau de periculosidade de criminosos. A aplicação da pena varia de acordo com o grau de periculosidade encontrado pelo sistema Compas (KAUFMAN, 2017).

Contudo, um estudo realizado pelo jornal ProPublica detectou que o sistema Compas era racialmente enviesado, porquanto, após reunir e analisar os dados de 7 mil pessoas presas no condado de Broward, na Flórida, constatou-se que o sistema classificava pessoas negras com alta pontuação de periculosidade, enquanto que pessoas brancas eram classificadas com baixa pontuação de periculosidade. No estudo também foi detectado que as pessoas negras classificadas como de alta periculosidade pelo sistema não voltavam a cometer crimes e, inversamente, as pessoas brancas classificadas com baixa periculosidade voltavam a cometer (BBC NEWS BRASIL, 2016).

Em 2015, um aplicativo de fotos da *Google* classificou imagens de pessoas negras como gorilas, e com a identificação de que mulheres têm menos chance do que homens de encontrarem, em sites de busca, oportunidades de emprego com altos salários (LOPES, MORAES, PEREIRA, 2019).

Outro caso emblemático foi o do robô de Inteligência Artificial, criado pela Microsoft em 2016, conhecido como Tay. Quando Tay foi liberado no *Twitter*, para que interagisse de forma descontraída com os demais usuários do *microblog*, em menos de 24 horas, ele passou de um inocente robô para um robô racista, transfóbico e insuportável, desferindo palavras ofensivas e fazendo apologia a Hitler. Frases como “Eu odeio feministas pra car@lho, e todas elas deveriam morrer e arder no inferno” e “Hitler estava certo. Eu odeio judeus” foram publicadas pelo robô Tay (TECMUNDO, 2016).

Portanto, existe um conjunto de evidências substancial e crescente que demonstra como sistemas de máquinas de autoaprendizagem podem contribuir para práticas discriminatórias ou repressivas em geral, quando utilizados sem as necessárias salvaguardas.

Destarte, é perceptível que os sistemas de tomadas de decisões, baseados em Inteligência Artificial, são completamente passíveis de cometerem discriminações e afrontar os direitos mais fundamentais dos cidadãos, o que faz com que o tema da exigibilidade da revisão humana das decisões automatizadas seja extremamente importante para que as pessoas possam o ter o direito de evitar qualquer prejuízo advindo do tratamento discriminatório.

5. A AUSÊNCIA DE EXIGIBILIDADE DE REVISÃO HUMANA DAS DECISÕES AUTOMATIZADAS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) BRASILEIRA EM RELAÇÃO AO REGULAMENTO GERAL SOBRE PROTEÇÃO DE DADOS (RGPD) EUROPEU

Conforme mencionado alhures, a Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) foi fortemente influenciada pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) europeu. Contudo, na lei de proteção de dados brasileira existem inúmeros pontos de divergências em relação ao referido regulamento europeu, dentre os quais o que trata sobre a inexigibilidade de revisão humana das decisões automatizadas.

No art. 22 do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD) europeu é prevista a possibilidade de intervenção humana quanto à revisão das decisões automatizadas. Já no art. 20 da LGPD brasileira, que versa sobre o assunto, não há nenhuma menção à obrigatoriedade de revisão ser realizada por pessoa natural, senão vejamos:

Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

§ 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.

§ 2º Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.

§ 3º (VETADO). (BRASIL, 2018)

Contudo, é importante lembrar que no texto original da Lei n. 13.709/2018 (LGPD), devidamente aprovado pelo Congresso Nacional, existia a previsão explícita da obrigatoriedade de a revisão das decisões automatizadas serem realizadas por pessoa natural, mas a Medida Provisória 869/2019 suprimiu tal trecho.

Após debate realizado na audiência pública de 16 de abril de 2019 acerca da necessidade de restauração da revisão por pessoa natural, o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 13.853/2019, que previa a revisão humana no §3º do art. 20 da LGPD nos seguintes termos:

§3º A revisão de que trata o caput deste artigo deverá ser realizada por pessoa natural, conforme previsto em regulamentação da autoridade nacional, que levará em consideração a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados. (BRASIL, 2019)

O Congresso Nacional, com a edição do §3º do art. 20 da LGPD, buscava relativizar a revisão humana para algumas entidades - como, por exemplo, as *startups* - a fim de diminuir a sua onerosidade desproporcional.

No entanto, ainda que de forma relativizada, a obrigatoriedade da revisão humana foi encarada pelo Executivo Federal como contrária ao interesse público, pelo que teve o seu veto declarado no que se refere ao §3º do art. 20 da LGPD. O Executivo Federal expôs dois motivos para o veto, conforme Mensagem de n. 288/2019, sendo o primeiro baseado no argumento de que a obrigatoriedade da revisão humana inviabilizaria modelos de negócios de várias empresas e o segundo no argumento de que essa revisão humana poderia impactar na análise de risco de crédito aos consumidores e de novos modelos de negócios de instituições financeiras (BRASIL, 2019).

Em razão do veto do Executivo Federal, chegou-se a ser discutida no Congresso Nacional a derrubada do veto. Entretanto, embora a maioria dos votantes do Congresso tenha votado pela derrubada do veto, ele foi mantido, porque, para que a derrubada do veto ocorresse era necessário que a maioria absoluta dos membros votasse a favor da derrubada, totalizando um total de 41 votos no Senado e 257 na Câmara. Enquanto na Câmara a votação atingiu o número de 261 votos pela derrubada, contra 163, no Senado Federal a decisão pela derrubada não aconteceu por um voto (SILVA, MEDEIROS, 2019).

Assim, no texto atual da Lei n. 13.709/2018 (LGPD), diferentemente do que ocorre com o Regulamento Geral sobre Proteção de Dados (RGPD), não há a previsão da obrigatoriedade da revisão ser feita por pessoa natural, fazendo com que a revisão no geral seja inócua, pois, de acordo com a legislação atual, a revisão poderá ser feita por outra máquina igualmente maculada por vieses humanos.

6. A NECESSIDADE DE PREVISÃO DE REVISÃO HUMANA DAS DECISÕES AUTOMATIZADAS NA LGPD PARA GARANTIR A EFICÁCIA DOS DIREITOS DE IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO

O direito de revisão humana é extremamente relevante não só para as decisões proferidas por particulares, mas também pelas proferidas pelos entes públicos. Como mencionado no capítulo 3, tanto as pessoas jurídicas de direito privado como o poder público vêm se utilizando dos sistemas de autoaprendizagem baseados em inteligência artificial.

Nesse sentido, segundo o parecer do o Parecer do Relator Orlando Silva, emitido na Câmara Federal, em 2019, os argumentos principais para o retorno da revisão humana são:

- (i) a retirada da pessoa humana enfraqueceria o exercício dos direitos humanos, de cidadania e do consumidor previstos no art. 2º, VI e VII da LGPD;
- (ii) a interação de pessoas com deficiência de julgamento ou falta experiência com controladores seria dificultada, pois a inexistência de contato com revisores humanos poderia levar a práticas abusivas;
- (iii) que os algoritmos que processam os dados são baseados em cálculos probabilísticos e estatísticas e que, por não englobarem o universo dos titulares e seus comportamentos, poderiam levar a erros e desvios padrões, já que se baseiam apenas em amostras e intervalos de confiança, além de estarem sujeitos a incorreções próprias do desenvolvimento tecnológico;
- (iv) que a retirada vai de encontro ao que prevê a (colocar o nome completo do ato normativo e depois a Regulamentação Geral de Proteção de Dados – GDPR europeia (equivalente à LGPD brasileira) em seu art. 22, o que poderia dificultar a integração comercial e a geração de oportunidades e investimentos (BRASIL, 2019).

Tem-se, também, segundo DONEDA (2006), que a revisão humana é essencial para o efetivo exercício do direito à autodeterminação informativa, concebido como direito fundamental e norteia a proteção de dados pessoais por proporcionar ao indivíduo o controle sobre suas próprias informações.

No entanto, não só as pessoas físicas podem sofrer com a ausência de previsão de revisão humana na LGPD, o setor empresarial também pode sofrer prejuízos a médio ou longo prazo, pois o Brasil tem sido um o Estado Nacional central no processo de aprovação do acordo de livre comércio entre o Mercosul e a União Europeia. Porém, esse acordo pode ser atingido com a existência de descompatibilidade entre o modelo regulatório de proteção de dados brasileiro e o europeu (LOPES, MORAES, PEREIRA, 2019, Op cit).

É importante mencionar que a atual Lei n. 13.709/2018 (LGPD) não proíbe a realização de revisão por pessoa física, mas não a obriga. Esse vácuo legislativo pode ser preenchido com a regulamentação de pontos da LGPD pela Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD), como é o caso das formas de sanções administrativas.

Mas, como até o presente momento a ANPD não foi implantada e como o Governo Federal vem demonstrando que a subordinará à Casa Civil (SCOFIELD, 2020), essa alternativa de regulamentação de pontos obscuros da LGPD pela ANPD - como o da revisão humana – provavelmente não passará a existir.

Portanto, resta claro que é extremamente importante que as legislações brasileiras sobre proteção de dados prevejam a obrigatoriedade de revisão humana das decisões automatizadas. O caráter é de urgência, porque, além de resguardar os direitos fundamentais das pessoas, a LGPD deve se adequar aos regulamentos dos parceiros econômicos para que o Brasil não sofra perdas significativas.

CONCLUSÃO

680

Como demonstrado neste trabalho, o processo de informatização do mundo vem gerando grandes impactos no modo de viver das pessoas, sobretudo, no que diz respeito à proteção de dados e ao processo de tomada de decisão, pois trata-se de matérias que estão diretamente ligadas aos direitos fundamentais da liberdade, igualdade, autodeterminação informativa e não-discriminação – direitos imprescindíveis para a realização da pessoa humana.

Mas, como verificado, a prevenção e a fiscalização desses direitos não são fáceis quando se trata do ciberespaço, pois, além da intangibilidade das informações e dos vácuos regulatórios, há dificuldade na definição de jurisdições, pois os agentes que atuam nesse campo podem estar em Estados Nacionais ou continentes diferentes. Em verdade, somente após a explosão de grandes polêmicas a respeito de assuntos políticos de extrema relevância, como o mencionado caso da *Cambridge Analytica*, que os países buscaram criar regulamentos mais específicos sobre proteção de dados.

Por outro lado, a inteligência artificial também vem tendo grande repercussão na vida das pessoas, vez que inúmeros sistemas preditivos baseados em técnicas de IA estão sendo utilizados, tanto no setor privado quanto no público, para cruzar informações pessoais e prolatar decisões que podem interferir na dignidade da pessoa humana. Esses sistemas, definidos como simuladores do sistema humano de aprendizagem e tomada de decisão, embora pareçam opacos e imparciais, vêm demonstrando que podem ser maculados por vieses humanos, como o preconceito. A consequência do enraizamento do preconceito construído pela sociedade e programado pelos algoritmos é a propagação da discriminação, conforme verificou-se nesta pesquisa.

Porém, em que pese haja patente fonte de informação para comprovar que esses sistemas podem ser prejudiciais às garantias fundamentais, quando enviesados pelo preconceito humano, alguns Estados como o Brasil vem optando por não reconhecer a importância da revisão humana das decisões automatizadas, sob o subterfúgio de que essa revisão inviabilizaria modelos de negócios de várias empresas e prejudicaria a análise de risco de crédito aos consumidores e os novos modelos de negócios de instituições financeiras.

Dessa forma, posta a Lei Geral de Proteção de Dados sob análise, considerando todo o exposto sobre os direitos fundamentais; a inteligência artificial; a LGPD brasileira e o regulamento europeu sobre proteção de dados (GDPR), o qual é referência sobre o assunto; ao fim deste trabalho, concluiu-se que a ausência de previsão de revisão humana na legislação brasileira pode ocasionar sérios desrespeitos aos direitos fundamentais, principalmente em relação à prática de discriminação, assim como gerar prejuízos econômicos para o país já que o regulamento brasileiro não se encontra compatível com os regulamentos de seus parceiros comerciais.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1 ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5..

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

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> Acesso em: 27 de julho de 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.853, de 8 de julho de 2019**. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm> Acesso em: 10 de julho de 2020.

BRASIL. **Mensagem Nº 288, de 8 de julho de 2019**. Presidência da República. **Secretaria-Geral Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-288.htm> Acesso em: 29 de setembro de 2020.

BRASIL. **Parecer n. 1, de 2019. Congresso Nacional**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg->

getter/documento?dm=7948833&ts=1559172281928&disposition=inline> Acesso em: 29 de setembro de 2020.

CASTELLS, M. **A era da informação – economia, sociedade e cultura, Vol. I. A sociedade em rede.** São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHAVES, Nactacha. **Inteligência artificial na saúde para transformar a jornada do paciente.** Pixeon, 2020. Disponível em: <<https://www.pixeon.com/blog/inteligencia-artificial-na-saude-2/>>. Acesso em: 3 de setembro de 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 573.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 196.

Entenda os algoritmos do google e como atuam no seo. SEARCH LAB, 2020. Disponível em: <<https://searchlab.com.br/algoritmos-do-google/>>. Acesso em: 20 de agosto de 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil.** Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madri: Editorial Trotta, 2004. P.37.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 39.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HAENLEIN, M.; KAPLAN, A., **A Brief History of Artificial Intelligence: On the Past, Present, and Future of Artificial Intelligence.** SAGE, 2019.

HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON AI, Bélgica, 2019, p. 1.

Inteligência Artificial: Trabalho judicial de 40 minutos pode ser feito em 5 segundos. NOTÍCIAS STF, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393522>>. Acesso em: 3 de setembro de 2020.

KAMARINOU, Dimitra; MILLARD, Christopher; SINGH, Jatinder. **Machine Learning with Personal Data.** Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper, n. 247, 2016.

KAUFMAN, Dora. **A ética e a inteligência artificial.** Valor econômico, 2017. Disponível em: <<https://valor.globo.com/eu-e/noticia/2017/12/21/a-etica-e-a-inteligencia-artificial.ghml>>. Acesso em: 2 de agosto de 2020.

LOPES, Alexandra. MORAES, Thiago. PEREIRA, José. **A (ausência da) intervenção humana na revisão de decisões automatizadas.** Jota, 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-ausencia-da-intervencao-humana-na-revisao-de-decisoos-automatizadas-13102019>>. Acesso em: 5 de agosto de 2020.

LOPES, Alexandra. MORAES, Thiago. PEREIRA, José. Op cit.

O ‘Brexit’ não teria acontecido sem a cambridge analytica. El País, 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/26/internacional/1522058765_703094.html> Acesso em: 22 de julho de 2020.

PEDRÓ, Francesc. **Artificial intelligence in education: challenges and opportunities for sustainable development.** Paris: UNESCO, 2019, p. 32-33. Disponível em:

<<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000366994>> . Acesso em: 15 de setembro de 2020.

PILLAY, Navi. **A luta contra a discriminação no dia Internacional dos Direitos Humanos**. United Nations Office on Drugs and Crime, 2020. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2009/12/10-a-luta-contra-a-discriminacao-no-dia-internacional-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 16 de outubro de 2020.

SCOFIELD, Laura. **Decreto de Bolsonaro pode deixar lei de proteção de dados na mão dos militares, diz especialista**. Publica, 2020. Disponível em: <<https://apublica.org/2020/09/decreto-de-bolsonaro-pode-deixar-lei-de-protecao-de-dados-na-mao-dos-militares-diz-especialista/>>. Acesso em: 05 de outubro de 2020.

SEMENSATO, R. FRANCELINO, A. MALTA, S. **O uso da inteligência artificial na educação à distância**. Revista Cesuca Virtual: Conhecimento sem Fronteiras, 2015.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Antidiscriminação e contrato: a integração entre proteção e autonomia**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 222.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.178.

SILVA, Priscila. MEDEIROS, Juliana. **A polêmica da revisão (humana) sobre decisões automatizadas**. Its feed, 2019. Disponível em: < <https://feed.itsrio.org/apol%C3%AAmica-da-revis%C3%A3o-humana-sobre-decis%C3%B5es-automatizadas-a81592886345>>. Acesso em: 30 de setembro de 2020.

Sistema de algoritmo que determina pena de condenados cria polêmica nos EUA. BBC NEWS BRASIL, 2016. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-37677421>>. Acesso em: 5 de agosto de 2020.

Tay: Twitter conseguiu corromper a IA da Microsoft em menos de 24 horas. TECMUNDO, 2016. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/inteligencia-artificial/102782-tay-twitter-conseguiu-corromper-ia-microsoft-24-horas.htm>>. Acesso em: 5 de agosto de 2020.

The top 500 sites on the web. Alexa Top Sites In Brazil, 2020. Disponível em: <<https://www.similarweb.com/pt/website/google.com/>>. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

THE TORONTO DECLARATION: **protecting the rights to equality and non-discrimination in machine learning systems**. Canadá, 2018, parágrafo 16.

THE TORONTO DECLARATION: **protecting the rights to equality and non-discrimination in machine learning systems**. op. cit., parágrafo 26.

TURING, Alan Mathison. Computing machinery and intelligence. Mind, n. 59, 1950.

DIREITO À ÁGUA NA TRÍPLICE FRONTEIRA AMAZÔNICA URBANA: UMA PROBLEMÁTICA (TRANS) FRONTEIRIÇA

RIGHT TO WATER IN THE URBAN AMAZON BORDER TRIPLE: A (TRANS) BORDER PROBLEM

Marcela Ramires Rojas

Jefferson Rodrigues de Quadros

684

RESUMO

Enquanto direito humano fundamental, o direito ao acesso à água potável carrega um mosaico de valores que perpassam desde a sua essencialidade para a manutenção da vida humana até a promoção da dignidade cidadã. Na tríplice fronteira amazônica, compartilhada entre Brasil, Colômbia e Perú, especificamente, na região (trans)fronteiriça urbana, representada pelas cidades de Tabatinga (BR) e Letícia (CO), não diferente de diversas outras cidades amazônicas, o acesso e distribuição da água potável constitui um problema cada vez mais grave ao longo do tempo, haja vista o progressivo crescimento da densidade demográfica e a respectiva demanda por água. Assim, a partir de uma observação empírica acerca da realidade hidrossocial urbana quanto ao acesso à água potável, realizada nas cidades de Tabatinga, no Brasil, e Letícia, na Colômbia, o objetivo do presente trabalho visa provocar uma reflexão sobre a dimensão dos desafios a serem enfrentados para a materialização do direito à água nas cidades fronteiriças da Amazônia. Utilizou-se na presente pesquisa métodos qualitativo e indutivo, fundamentados mediante observações decorrentes do conhecimento empírico da região, devidamente amparados por investigações bibliográficas realizadas em livros, textos de lei, artigos, pesquisas na Internet e na literatura especializada.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à água. Acesso à água potável. Tríplice fronteira amazônica. Tabatinga e Letícia.

ABSTRACT

As a fundamental human right, the right to access drinking water carries a mosaic of values that range from its essentiality for the maintenance of human life to the promotion of citizen dignity. In the triple Amazonian border, shared between Brazil, Colombia and Peru, specifically, in the urban (trans) border region, represented by the cities of Tabatinga (BR) and Letícia (CO), not unlike several other Amazonian cities, the access and distribution of Drinking water is an increasingly serious problem over time, given the progressive growth of population density and the respective demand for water. Thus, from an empirical observation about the urban hydrosocial

reality regarding access to drinking water, carried out in the cities of Tabatinga, in Brazil, and Letícia, in Colombia, the objective of the present work is to provoke a reflection on the dimension of the challenges to be faced. faced to materialize the right to water in the border cities of the Amazon. Qualitative and inductive methods were used in the present research, based on observations arising from the empirical knowledge of the region, duly supported by bibliographical investigations carried out in books, legal texts, articles, researches on the Internet and in specialized literature.

KEYWORDS: Right to water. Access to drinking water. Triple Amazonian border. Tabatinga and Letícia.

INTRODUÇÃO

O elemento natural água é dotado de relevância ímpar para a manutenção da vida, exercendo papel transversal nas múltiplas searas que formam a dinâmica ecológica e social. Sob o viés antropocentrismo, o acesso à água potável representa condição basilar para a viabilização da vida humana com um mínimo de dignidade, razão pela qual foi alçado como um direito humano fundamental, reconhecido internacionalmente pela Organização das Nações Unidas (ONU), sendo um dos principais objetivos do denominado “direito à água”.

Aparentemente, paradoxal, pelo fato de albergar a maior bacia hidrográfica do mundo, o que, em tese, afastaria a existência de problemas relacionados à disponibilidade hídrica, na Amazônia, sobretudo, nas regiões urbanizadas e povoadas, ocorrem graves problemas sociais relacionados ao acesso à água potável. Na verdade, trata-se de uma problemática com causas naturais e, sobretudo, antrópicas.

O aumento da densidade demográfica na Amazônia ao longo dos últimos anos constitui um fenômeno digno de preocupação, haja vista o respectivo aumento da demanda por bens e serviços, inclusive, em relação ao acesso à água potável. Estudos científicos apontam que parte significativa da população residente nas cidades situadas na Amazônia sofre com problemas relacionados ao acesso à água potável. Debilidades quanto à infraestrutura urbana e a falta de serviços de saneamento básico em diversas cidades amazônicas são causas de contaminação das águas superficiais e subterrâneas, principais fontes de captação para o abastecimento público. Outrossim as deficiências quanto a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água potável constituem uma problemática comumente no âmbito das cidades amazônicas, provocando um

cenário de exclusão hídrica não apenas em razão do limitado âmbito de cobertura de distribuição ou pela desconfiança quanto à qualidade da água prestada pelo referido serviço público, mas também devido a capacidade socioeconômica de muitos dos seus habitantes, os quais são compelidos a adotar praxes alternativas para lograr o acesso à água, como o transporte logístico, captação e tratamento com cloro da água da chuva, bombeamento e tratamento com cloro das águas superficiais, bem como exploração das águas subterrâneas por meio de poços (ir)regulares.

Assim, diante do quadro de aumento da demanda por água nas cidades amazônicas, a problemática quanto ao acesso à água potável constitui muito mais do que uma realidade inconveniente e, aparentemente, ilógica, em razão do quadro de abundância hídrica existente, exterioriza uma urgente necessidade de revisão das políticas públicas hídricas, cujos reflexos condicionam a (in)efetividade de um direito humano fundamental: o direito à água.

Não obstante a complexidade dos desafios a serem enfrentados quanto ao acesso à água potável, a sua dimensão potencializa-se no âmbito das cidades de fronteira na Amazônia, haja vista o incremento de outras peculiaridades que conspiram contra o direito humano e universal acerca do acesso à água: a contaminação dos corpos hídricos superficiais e subterrâneos transfronteiriços, bem como questões de ordem geopolítica em respeito à soberania dos países.

Nessa esteira, vale (re)lembrar que o direito à água, enquanto direito humano, universal e difuso, não se condicionada a raça, cor, idade e, inclusive, nacionalidade, razão pela qual nada justifica a exclusão hídrica das pessoas que vivem em quaisquer das cidades situadas nas regiões de fronteira, independentemente da nacionalidade. Destarte, para efeito de ilustrar a dimensão de tal problemática, sobretudo, em relação às debilidades relativas ao acesso à água potável nas cidades de fronteira da Amazônia, a investigação que pauta o presente trabalho adotou como estudo de caso o âmbito territorial do espaço urbano que compõe as cidades fronteiriças de Tabatinga, no Brasil, e Letícia, na Colômbia, situadas na tríplice fronteira amazônica que compartilham com o Perú.

Desprovido do propósito de esgotar o tema, sob o viés indutivo, o presente artigo tem como objetivo provocar uma reflexão sobre a dimensão dos desafios a serem

enfrentados para a materialização do direito à água nas cidades fronteiriças da Amazônia, a partir da análise do contexto hidrossocial transfronteiriço entre as cidades de Tabatinga (BR) e Letícia (CO) quanto ao acesso à água potável. Para tanto, a título de ordem de apresentação do presente trabalho, em uma primeira etapa, apresentar-se-ão os fundamentos legais, doutrinários e principiológicos sobre o direito à água; em segundo momento, abordar-se-ão os ordenamentos jurídicos brasileiro e colombiano no que tange ao direito à água; em um terceiro plano, descrever-se-ão as características hidrossociais do acesso à água potável na região urbana da tríplice fronteira amazônica; e por fim, em sede de conclusão, permite-se apresentar uma reflexão sobre a (in)efetividade do direito à água na região que é objeto do estudo, a título de amostragem, para efeito de exteriorizar a dimensão da problemática hídrica que acomete outras cidades transfronteiriças situadas na Amazônia.

Para efeito de balizar metodologicamente a pesquisa, empregaram-se os métodos qualitativo e indutivo, fundamentados mediante observações decorrentes do conhecimento empírico da região, devidamente amparados por investigações bibliográficas realizadas em livros, textos de lei, artigos, pesquisas na Internet e na literatura especializada. Trata-se de um estudo exploratório qualitativo, de natureza interdisciplinar, apto para abordar um objeto de pesquisa ainda pouco explorado pelas ciências jurídicas e sociais, podendo proporcionar maior esclarecimento do problema relativo às complexidades e debilidades quanto à efetividade do direito à água nas cidades de fronteira situadas na Amazônia.

1 O DIREITO HUMANO AO ACESSO À ÁGUA POTÁVEL COMO OBJETIVO FUNDAMENTAL DO DIREITO À ÁGUA

O direito à água é um direito humano fundamental e expressão do princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um direito de todos, não importando nacionalidade, situação econômica, sexo, etnia ou religião, sendo assim, deve ser realizado de forma progressiva e contínua, cabendo ao Poder Público garantir todas as condições para sua efetivação.

Segundo D'Isep (2006, p. 58) “o direito à água reflete-se em todo o sistema jurídico, ao se manifestar como princípio universal de direito humano fundamental à água-vida”. Nesta esteira, permite-se compreender que “[...] qualquer pessoa, em qualquer lugar do planeta, pode captar, usar ou apropriar-se da água para o fim específico de sobreviver, isto é, de não morrer pela falta de água, e, ao mesmo tempo, fruir do direito à vida e do equilíbrio ecológico” (MACHADO, 2020, p. 535).

Em se tratando do reconhecimento em âmbito internacional enquanto direito humano fundamental, até pouco tempo não havia previsão expressa, o que só veio a ocorrer recentemente.

No ano de 1992, foi constituída a Agenda 21 global, resultado da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, que dispõe em seu capítulo 18, problemáticas e diretrizes relacionadas à água. Merecem destaque os tópicos 18.2 e 18.47, *in verbis*:

18.2. A água é necessária em todos os aspectos da vida. O objetivo geral é assegurar que se mantenha uma oferta adequada de água de boa qualidade para toda a população do planeta, ao mesmo tempo em que se preserve as funções hidrológicas, biológicas e químicas dos ecossistemas, adaptando as atividades humanas aos limites da capacidade da natureza e combatendo vetores de moléstias relacionadas com a água. Tecnologias inovadoras, inclusive o aperfeiçoamento de tecnologias nativas, são necessárias para aproveitar plenamente os recursos hídricos limitados e protegê-los da poluição. [...]

18.47. Uma oferta de água confiável e o saneamento ambiental são vitais para proteger o meio ambiente, melhorando a saúde e mitigando a pobreza. A água salubre é também crucial para muitas atividades tradicionais e culturais. Estima-se que 80 por cento de todas as moléstias e mais de um terço dos óbitos dos países em desenvolvimento sejam causados pelo consumo de água contaminada e, em média, até um décimo do tempo produtivo de cada pessoa se perde devido a doenças relacionadas com a água.

Observa-se que a Agenda 21 global destacou a importância do abastecimento de água potável, não apenas do acesso à água doce, levando-se em conta que o consumo de água não tratada põe em risco o direito à saúde e pode favorecer o surgimento de doenças, tais como: diarreia, febre tifoide, cólera, leptospirose dentre outras e, sobretudo, comprometer o direito à vida. Neste diapasão, é imprescindível que a água seja disponível

em qualidade e quantidade adequada, visando à garantia da saúde pública e da dignidade humana.

Embora a Agenda 21 global tenha dado ênfase ao acesso à água com qualidade, o direito à água ainda não havia sido reconhecido expressamente. Somente no ano de 2010, a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Resolução nº 64/292, de 3 de agosto de 2010, firmada em Assembleia Geral, reconheceu que o acesso à água limpa e ao saneamento básico são direitos humanos fundamentais.

Em setembro do ano de 2015, os Estados-membros da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovaram a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Agenda 2030 prevê 17 Objetivos e 169 metas que devem ser cumpridos por governos, empresas e pela sociedade civil, para um mundo mais igualitário e sustentável. O Objetivo Número 6 (ODS 6) visa “assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e do saneamento para todos”, isto é, garantir o direito humano à água potável. O ODS 6 reflete a crescente preocupação na agenda política global para problemas relacionados à água e ao saneamento básico, uma vez que estão diretamente relacionados a questões importantes, como melhoria da saúde, produção de alimentos e crescimento econômico.

Por todo o exposto, permite-se concluir que o acesso à água potável representa a essência do direito à água e sendo assim deve ser concebida como política de Estado, e não política de governo.

2 DIREITO À ÁGUA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E COLOMBIANO

2.1 DIREITO À ÁGUA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A Constituição Brasileira de 1988 trata do tema água nos arts. 20 e 26, destacando-a como bem da União e dos Estados, *in verbis*:

Art. 20. São bens da União:

III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a territórios estrangeiros ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais.

Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União (BRASIL, 1988).

Segundo Quadros (2015, p. 122) “com o advento da Carta Constitucional de 1988, o domínio sobre águas particulares foi extinto, restando consolidado o entendimento de que as águas são públicas, transformando o sentido de propriedade para o de encargos de gestão hídrica”.

No ano de 1997, foi promulgada a Lei Federal nº. 9.433/97, que institui a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. O referido diploma tem por finalidade orientar o planejamento hídrico no país e possui como um de seus objetivos “assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos” (art. 2º, I).

Muito embora tenha ocorrido um avanço na legislação hídrica nacional, a Constituição Brasileira de 1998 não incluiu o acesso à água potável no rol dos direitos fundamentais.

Entretanto, mesmo não havendo previsão expressa no texto constitucional, é inegável que este direito integra o conteúdo mínimo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III, CF/88), do direito à vida (art. 5º, *caput*, CF/88) e do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), visto que o direito à água nasce da necessidade de concretização de outros direitos. Nesse sentido, revela-se oportuna a afirmação de Amado:

As pessoas têm direito a um mínimo existencial ecológico para gozar de uma vida digna, pois sem uma **água limpa para beber**, um ar puro para respirar e um alimento sem agrotóxico ou outros males, todos os demais direitos fundamentais ficarão prejudicados [...] (AMADO, 2014, p. 51, grifo nosso).

Desta forma, o acesso à água potável constitui direito humano fundamental de todo cidadão, consagrado não apenas pela Constituição Federal de 1988, mas também por outros instrumentos internacionais. Todavia, o que se vislumbra é uma imensa dificuldade de se concretizar esse direito em algumas regiões do Brasil. Na região Amazônica, por exemplo, apesar da abundância hídrica, o acesso à água tratada ainda é para poucos, o que demonstra o desequilíbrio na gestão dos recursos hídricos e representa um alerta de uma crise hídrica, que diz respeito não a disponibilidade, mas em relação ao acesso e distribuição de água potável.

2.2 DIREITO À ÁGUA NA CONSTITUIÇÃO COLOMBIANA

Na Constituição Colombiana de 1991, o direito humano à água também não está positivado, ocorrendo sua tutela por conexidade. Conforme destaca Romero (2019, p. 81):

[...] existe uma tutela constitucional sobre esse direito por meio de vários artigos que estão relacionados tanto com os serviços públicos como com as necessidades básicas da população. Nesse sentido, o Art. 356 estabelece o financiamento e destinação de recursos do Estado para os serviços públicos de água potável e saneamento básico nos departamentos, distritos e municípios para garantir a cobertura, prioritariamente de população pobre e vulnerável. [...] O Art. 357 diz que somente quando um município, distrito ou cidade chegar até o nível de qualidade estabelecido para os serviços públicos domiciliários de água potável e saneamento básico e isto fosse certificado pelas autoridades competentes, poderá destinar recursos em outros setores. Com relação aos mesmos serviços públicos, o Art. 365 afirma que é dever do Estado prover esses serviços públicos a toda a população, enquanto o Art 366 diz que será um objetivo fundamental do Estado a solução das necessidades insatisfeitas de saúde, saneamento básico e água potável [...].

No texto constitucional colombiano os serviços públicos de abastecimento água e saneamento básico são prioridades do Estado, devendo os gastos públicos priorizar o investimento nesses serviços, de forma a ampliá-los a toda a população. Ademais, é importante destacar que mesmo não havendo referência expressa do direito à água na Constituição Colombiana, a tutela deste direito também ocorre por meio da positivação de outros direitos, como o direito à vida, o direito à saúde, direito a um meio ambiente saudável, entre outros. Para Romero (2018, p. 82) “[...] é óbvia a relação entre o acesso à água e a vida, assim como o acesso à água e a garantia de ótimas condições de saúde,

assim a proteção de vários desses Direitos pela expressão constitucional é uma ferramenta para a proteção do Direito Humano à água”.

Outrossim, no ano de 2010 a Colômbia realizou um grande avanço e instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, estabelecendo princípios, objetivos, estratégias, metas, indicadores e linhas de ação para a gestão d'água no país até o ano 2022 (ROMERO, 2018).

Diante deste cenário, nota-se que tanto o Brasil como a Colômbia para dotar de aplicabilidade o direito à água, instituíram suas legislações hídricas. No entanto, não obstante apresentarem diplomas legais referentes à gestão dos recursos hídricos, concretizar o direito humano à água na Amazônia ainda beira a utopia, principalmente, devido as deficientes políticas de gestão, o que contribui de forma significativa para a inefetividade de tais normas.

3 CONTEXTO HIDROSSOCIAL ENTRE AS CIDADES DE TABATINGA E LETÍCIA

A tríplice fronteira amazônica, entre Brasil, Colômbia e Perú, compartilha uma das maiores bacias hidrográficas do mundo, a Bacia do Rio Amazonas, isto, porém, não impede que os habitantes desta região sofram com problemas relacionados à água. Em muitos municípios as redes de esgoto estão obsoletas e nenhum tratamento é realizado antes do lançamento em corpos hídricos. Nesse sentido, relevante se apresenta a afirmação averbada por Quadros e Coutinho (2015, p. 364-365):

[...] a região amazônica é que dispõe de condições mais precárias quanto à distribuição de água potável e saneamento básico. Quanto à contaminação das águas superficiais e subterrâneas, o problema não é menos crítico. Parte significativa das atividades econômicas que exploram os recursos hídricos não tratam os efluentes produzidos, os despejando diretamente nos corpos hídricos superficiais; isto, quando não negligenciam o derramamento dos efluentes e outras substâncias químicas no próprio solo, promovendo a contaminação das águas subterrâneas. A maior parte do esgoto cloacal é despejada diretamente nos corpos hídricos, sem tratamento algum, o que está a provocar a poluição dos rios, como o que ocorre, por exemplo, na cidade de Manaus/AM, comprometendo não somente a saúde das comunidades urbanas, rurais e ribeirinhas, mas também algumas espécies que formam a valiosa biodiversidade, ainda existente no bioma amazônico. Muito embora a crise hídrica existente na Amazônia não seja um problema recente, a mesma vem se acentuado na medida do

crescimento demográfico da região, sem a devida preocupação quanto à dimensão do problema pelas autoridades públicas.

Na região (trans)fronteiriça urbana, especificamente, nas cidades de Tabatinga (BR) e Letícia (CO), como em diversas outras cidades amazônicas, o acesso e distribuição de água potável constitui um problema social grave, o que demanda medidas alternativas à população para solucionar tais dificuldades. Conforme destaca Salazar e Riaño:

A sociedade mundial desconhece a existência e os problemas da Amazônia urbana onde a violência, a miséria e o crime se urbanizam, [...] não há emprego, **há falta de água potável, há cobertura insuficiente de serviços públicos, esgoto e coleta lixo**, doenças como hepatite e leishmaniose se proliferam nas favelas (SALAZAR; RIAÑO, 2016, p. 17, grifo nosso, tradução nossa).

Soma-se a isto, o fato de que Tabatinga e Letícia são cidades gêmeas, unidas por uma fronteira seca, sendo assim, tendem a apresentar outras peculiaridades relacionadas à água, visto que também compartilham águas subterrâneas e problemas ambientais relacionados à ausência de saneamento básico.

Na cidade brasileira de Tabatinga/AM, o serviço de abastecimento de água é precário. O município não conta com sistema de tratamento de esgoto e a drenagem das águas ocorre em valas margeando as ruas que desembocam diretamente no rio Solimões (STEIMAN, 2002). Os igarapés que cortam a cidade também recebem grande parte do esgoto doméstico e das águas pluviais.

Devido à ausência de sistema de drenagem urbana e manejo de águas pluviais adequados, a população enfrenta sérios problemas, especialmente durante o período de chuvas, ocorrendo com frequência inundações, transbordamento de bueiros e igarapés, acentuando de forma significativa a contaminação hídrica e o surgimento de doenças.

Como a grande maioria das cidades brasileiras, o município não possui aterro sanitário e tampouco tratamento de resíduos, conta apenas com os serviços de coleta e transporte. Ademais, não existe nenhuma forma de coleta seletiva, sendo que o local de disposição final dos resíduos é o lixão municipal, um dos grandes responsáveis pela contaminação das águas superficiais e subterrâneas.

Outrossim, é importante destacar a existência de problemas ambientais relacionados entre os municípios, como por exemplo o lançamento de esgoto sem

tratamento realizado por Letícia em corpos d'água que tem curso para Tabatinga. Sobre o tema, preleciona Steiman (2002, p. 90):

Setenta por cento da população de Letícia está conectada à rede de esgoto, que é eliminado por sete saídas sob o porto de Letícia, contaminando não somente o entorno, mas as águas de Tabatinga, por sua posição à jusante do aqueduto desta cidade, 100 metros abaixo. Em 2000, boa parte do bairro colombiano na fronteira com Tabatinga foi inundado por seu próprio esgoto porque as autoridades municipais de Tabatinga ordenaram o fechamento de uma vala negra que vinha da Colômbia e desembocava no Igarapé de Santo Antônio, poluindo-o.

O serviço de abastecimento de água é realizado pela Companhia de Saneamento do Amazonas (COSAMA). No entanto, existem debilidades no serviço de abastecimento público, principalmente, devido à ausência de saneamento básico, tratamento de resíduos sólidos e manutenção dos aquedutos combinado com a baixa cobertura do referido serviço, o que compromete a qualidade da água distribuída à população. Segundo Azevedo (2006, p. 3):

A cidade de Tabatinga apresenta vários problemas referentes ao sistema público de abastecimento de água, destacando-se principalmente a baixa cobertura do serviço [...]. Por muitos anos, a população de Tabatinga recebeu simplesmente água bruta do sistema público - somente com aplicação de solução clorada -, isso talvez tenha contribuído até hoje, para a rejeição por parte da população, da água fornecida pela concessionária. Outro fator a ser considerado é a insegurança por parte da população quanto ao tratamento realizado, uma vez que a Estação de Tratamento de Água (ETA) recebe água bruta do rio Solimões, contaminada por parte do esgoto de Tabatinga e o esgoto sem tratamento produzido na cidade de Letícia.

Devido à baixa cobertura do sistema de abastecimento público e a desconfiança em relação à água fornecida, grande parte da população é compelida a adotar praxes alternativas para lograr acesso à água.

Em muitos domicílios da cidade, o acesso à água é feito por meio de poços artesianos, a maioria irregular e, portanto, suscetível a contaminar as águas subterrâneas. De acordo com Olímpio (2018, p. 67) “evidências empíricas apontaram que, o quantitativo de domicílios que acessam água de poço tubular é maior que o número de domicílios ligados ao sistema público de abastecimento [...]”. Discorrendo sobre o assunto, Quadros (2015, p. 112) destaca que:

Os riscos pelo consumo de água de fontes alternativas são elevados, e abrangem a saúde pública e o meio ambiente, razão pela qual deve ser combatido o uso de água subterrânea quando o seu usuário for abastecido por rede geral de distribuição. [...] a água de poço deveria ser vista como fonte de reserva, para o uso quando necessário, uma vez que desconhecidos pela ciência os efeitos decorrentes de tais atividades para os presentes e futuras gerações.

A compra de água em comércios locais ou na cidade de Letícia é outra praxe adotada pela população, no entanto, quando a fronteira terrestre é fechada, parte dos moradores de Tabatinga fica sem acesso à água potável para o consumo, o que impede a concretização do direito humano à água. Por outro lado, em que pese não ser a alternativa a mais utilizada, alguns moradores da cidade também utilizam como fonte de abastecimento, a captação da água da chuva. Isto tudo, demonstra de forma significativa à insegurança da população quanto à qualidade da água fornecida pelo sistema de abastecimento público, especialmente, para fins potáveis.

Na cidade colombiana de Letícia/AM, o abastecimento público de água também tem sido prestado de maneira insatisfatória. O índice de cobertura urbana de abastecimento de água e de sistema de esgoto é de 71% (COLÔMBIA, 2008). Conforme preleciona Riaño e Salazar:

Nos centros urbanos da região amazônica, [...] o abastecimento de água potável em alto percentual não depende das redes de aquedutos. [...] em grande parte dos centros urbanos, a água para consumo humano é obtida de poços artesianos cuja potabilidade é de características variáveis e não recebe nenhum tratamento, o que também ocorre no caso dos aquedutos locais. Embora esforços tenham sido feitos para melhorar o serviço nos últimos anos, eles ainda são insuficientes.

Uma das principais fontes de abastecimento de água potável é a captação direta da água da chuva por meio de canais e tanques de armazenamento, tanto em áreas urbanas quanto rurais e em reservas indígenas. Em muitos centros urbanos a pressão da rede de aquedutos é insuficiente ou o serviço é por hora. Em resposta ao problema, os moradores perfuram seus próprios poços artesianos. A maior parte dos aquedutos da região capta e distribui água sem tratamento de purificação adequado. As baixas pressões e o atendimento intermitente obrigam a comunidade a criar formas de coletar a pouca água que sai pelos canos (RIAÑO e SALAZAR, 2018, p. 37-38, tradução nossa).

Embora possua um aterro sanitário municipal, o manejo de resíduos ainda é deficitário na cidade de Letícia. Ademais, o município não possui adequado sistema de

drenagem e o lançamento de esgoto é realizado diretamente em corpos d'água, a maioria com curso para Tabatinga.

É imperioso destacar que o esgoto lançado nos corpos hídricos sem o devido tratamento, acarreta modificações nos parâmetros de qualidade da água, prejudicando toda a cadeia ecossistêmica, inclusive pode colocar em risco o abastecimento público e favorecer a propagação de doenças de veiculação hídrica.

Neste diapasão, pode-se compreender que as cidades de Tabatinga (BR) e Letícia (CO) apresentam inúmeros desafios a serem enfrentados para a materialização do direito humano à água, realidade esta que só mudará quando houver engajamento e esforço de ambos os países.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enquanto direito humano, fundamental e universal, o direito à água não respeita fronteiras e não condiciona nacionalidade. Mesmo não estando diretamente amparado na Constituição do Brasil e da Colômbia, é possível encontrar a tutela deste direito por meio de outras disposições constitucionais.

Na região amazônica, apesar da abundância hídrica, a expansão demográfica desordenada combinada com a poluição urbana decorrente da ausência de políticas públicas, está comprometendo a qualidade dos recursos hídricos e, conseqüentemente, a qualidade da água distribuída a população.

Nas cidades de Tabatinga (BR) e Letícia (CO), o acesso à água potável ainda não é uma realidade. A precária prestação de serviços públicos e a limitada cooperação entre os dois países, refletem diretamente na qualidade de vida das populações locais.

Por conta da baixa cobertura do serviço de abastecimento público e a desconfiança quanto ao tratamento da água, muitos moradores da tríplice fronteira se veem obrigados a adotar praxes alternativas para obter acesso à água. Além disso, a contaminação das águas superficiais e subterrâneas transfronteiriças decorrente da ausência de saneamento básico e destinação adequada dos resíduos sólidos, compromete o direito à água dos nacionais de ambos os países.

A inexistência de uma estrutura hídrica comum deixa a população vulnerável a doenças provenientes da contaminação das águas, reforçando que o abastecimento de água potável é fundamental para uma existência digna, haja vista que sem acesso a água tratada, outros direitos fundamentais, tais como: o direito à vida e a saúde, tornam-se inatingíveis.

Nesse sentido, apesar de ser um grande desafio, a criação de um sistema de gerenciamento hídrico integrado entre os países da tríplice fronteira torna-se imprescindível, pois permite a gestão adequada e integral das bacias hidrográficas transfronteiriças e o desenvolvimento de políticas públicas de acordo com a realidade da região. É importante também, que haja investimento pelos poderes públicos dos três países na melhoria de serviços de esgotamento sanitário, destinação de resíduos sólidos e na ampliação do sistema de abastecimento de água, no sentido de garantir o acesso em qualidade e quantidade adequada à população, bem como, no desenvolvimento de ações de educação ambiental, visando à difusão de informações e preservação das águas transfronteiriças, tendo como prioridade seu uso racional.

Assim, diante do contexto hídrico existente na tríplice fronteira amazônica urbana, permite-se conceber que a dimensão da problemática decorrente da inefetividade do direito de águas na região é difusa e transversal, uma vez que revela muito mais do que deficiências hidro políticas e hidro diplomáticas entre os países vizinhos, compromete a dignidade hídrica, enquanto direito humano basilar e fundamental para a manutenção da vida, independente de nacionalidade: o direito à água.

REFERÊNCIAS

AGENDA 21 GLOBAL. **Declaração do Rio de Janeiro**. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, 1992.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

AZEVEDO, R. P. de. **Aspectos sobre o uso da água subterrânea na fronteira Brasil-Colômbia**: O caso da Cidade de Tabatinga no Estado do Amazonas. In: XXX Congresso

Interamericano de Ingeniería Sanitaria y Ambiental. Anais. Punta del Este: Uruguai, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____. Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 jan. 1997.

COLÔMBIA. **Gobernación de Amazonas**: indicadores del Municipio de Leticia, 2008. Disponível em: <<http://www.leticia-amazonas.gov.co/indicadores.shtml>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

D’LSEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água juridicamente sustentável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 27. ed., rev., ampl. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2020.

OLÍMPIO, A. C. F. **Conservação das águas**: a percepção ambiental de moradores da Comunidade Guadalupe em Tabatinga/AM. Tabatinga: UFAM, 2018. Disponível em: <<https://tede.ufam.edu.br/handle/tede/6698>>. Acesso em: 30 out. 2020.

ONU - Organização das Nações Unidas. Resolução nº 64/292, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 28 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S>. Acesso em 29 jun. 2020.

ONU - Organização das Nações Unidas. Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 6. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/6>>. Acesso em 02 jul. 2020.

QUADROS, Jefferson Rodrigues de. **Os desafios na gestão dos recursos hídricos e os comitês de bacias hidrográficas no estado do Amazonas**. Manaus: UEA, 2015.

QUADROS, Jefferson R. de; COUTINHO, Helen R. Menezes. **Direito de águas na Amazônia e as futuras gerações**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2014, vol. 6, n. 11, jul.-dez., p. 362-390. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista12/direitoJeffersonHelen.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

ROMERO BARREIRO, María del Pilar. **O direito humano à água e sua posituação: casos Brasil e Colômbia.** Sorocaba: UNESP, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.unesp.br/handle/11449/151260>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

RIAÑO UMBARILA, Elizabeth; SALAZAR CARDONA, Carlos Ariel. **Habitar la Amazonia. Ciudades y asentamientos sostenibles.** Bogotá, Colombia: Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas Sinchi, 2018.

SALAZAR CARDONA, Carlos Ariel; RIAÑO UMBARILA, Elizabeth. **Perfiles urbanos en la Amazonia colombiana 2015.** Bogotá: Instituto Amazónico de Investigaciones Científicas «SINCHI», 2016.

STEIMAN, Rebeca. **A geografia das cidades de fronteira: um estudo de caso de Tabatinga (Brasil) e Letícia (Colômbia).** Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: UFRJ, 2002. Disponível em: <<http://www.retis.igeo.ufrj.br/wp-content/uploads/2011/06/2002-geografia-das-cidades-de-fronteira-RST.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

CAPACIDADE POSTULATÓRIA DOS POVOS INDÍGENAS E MECANISMOS DE AUTONOMIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

POSTULATORY CAPACITY OF INDIGENOUS PEOPLES AND AUTONOMY MECHANISMS IN BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Mateus Sá Gonçalves⁸⁵
Silvia Maria da Silveira Loureiro⁸⁶
Jamilly Izabela Brito Silva⁸⁷

700

*Em honra ao meu povo Sateré-Mawé,
exemplo de resistência cultural em um
país onde a sede por capital ocasiona a
exploração e dizimação dos povos
nativos há cinco séculos.*

RESUMO

O presente trabalho visou elucidar que os povos indígenas, judicialmente, não dependem necessariamente de um órgão que os representem, uma vez que a necessidade de representação implica em incapacidade postulatória, contrariando as normas constitucionais e internacionais, tal como consta no artigo 232 da Constituição Federal, além de ir na contramão da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, e também da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas (2007) e da Declaração Americana sobre os Povos Indígenas (2016). Para isto, o trabalho se desenvolveu a partir da análise das Constituições brasileiras até o entendimento da atual Constituição sobre o tema da capacidade de ajuizar ação dos povos nativos, seguindo para a internacionalização deste direito e analisando o arcabouço normativo contidos em dispositivos de ordem internacional. A metodologia utilizada foi o método dedutivo com referência bibliográfica em artigos, livros e dissertações com matizes históricas, a fim de melhor refletir sobre como o Estado Brasileiro tem atuado no que diz respeito à capacidade postulatória dos povos nativos desde a origem do direito dos povos indígenas até os dias atuais, em que são reconhecidas suas legitimidades subjetivas. Ao final do trabalho se observou o avanço da democracia no que tange direito de participação dos indígenas em ordem nacional e internacional, bem como se observou a abrangência dos direitos humanos, que reconheceu a legitimidade e autonomia dos povos indígenas para o ajuizamento de ações em nome próprio.

⁸⁵ Acadêmico de Direito na Universidade do Estado do Amazonas – <http://lattes.cnpq.br/7521375659080077> - e-mail: mateussagoncalves@gmail.com

⁸⁶ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília. Atua como professora de Direito Constitucional, Direito Internacional e Direito Indígena na Universidade do Estado do Amazonas – e-mail: silviamsloureiro@gmail.com

⁸⁷ Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Atuou como professora de Direito Internacional e Direito Indígena na Universidade do Estado do Amazonas – e-mail: jamilly.izabela@gmail.com

Palavras-chave: Capacidade postulatória. Povos indígenas. Direito Constitucional. Direito Internacional dos Povos Indígenas. Convenção 169 da OIT.

ABSTRACT

The present work aimed to elucidate that indigenous peoples, judicially, do not necessarily depend on a body that represents them, once the need for representation implies postulator incapacity, instead of jusinternationalist and Human Rights rules, as contained in ILO Convention no 169, as well as UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (2007) and American Declaration on Indigenous Peoples (2016). For this, the article was developed from the analysis of the Brazilian Constitutions to the understanding of the current Constitution on the issue of the ability to judge the action of native peoples, moving towards the internationalization of this right and analyzing the normative framework contained in international provisions. The methodology used was the deductive method with bibliographic reference in articles, books and dissertations with historical nuances, in order to approach as well as possible the reflection about how Brazilian State has acted with regard to the postulator capacity of native peoples since from the origin of international law of indigenous peoples until nowadays, recognizing their subjective legitimacy. At the end of the work, there was an advance of democracy regarding the right of participation of indigenous people in national and international order, as well as the comprehensiveness of human rights, which recognized the legitimacy and autonomy of indigenous peoples to file lawsuits in the name of own.

Keywords : Postulatority Capacity. Indigenous Peoples. Constitutional Law. International Law. ILO Convention nº 169.

Introdução

Ainda que nas Constituições brasileiras anteriores, ao falar de direitos dos indígenas, a preocupação do texto se referisse basicamente à questão territorial (proteção das terras tradicionalmente ocupadas), sendo os povos indígenas considerados incapazes à luz do ordenamento jurídico brasileiro vigente à época, a Constituição de 1988, especificamente em seu art. 232, mudou esse paradigma, garantido a esses povos a legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses.

O texto constitucional atual decorre diretamente do avanço da causa indigenista a partir dos anos 70, a qual, por sua vez, é baseada na concepção de autonomia defendida pelos próprios povos indígenas. Assim, a Constituição de 1988 reconhece os direitos dos povos indígenas como povos devidamente organizados, superando a concepção integracionista, além de garantir o reconhecimento de suas subjetividades no ordenamento jurídico brasileiro.

O mesmo caminho foi trilhado pelo direito internacional, com a adoção da Convenção 169 da OIT (1989) e, ainda, da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas (2007) e da Declaração Americana sobre os Povos Indígenas (2016), as quais defendem a ideia de autodeterminação dos povos, o que implica no direito de autogoverno e de participação ativa e própria dos índios em questões que lhe dizem respeito.

Com essas considerações, este trabalho visa esclarecer sobre a capacidade de postular em juízo dos povos nativos, ou seja, dos povos indígenas. Para dilucidar, far-se-á um traçado histórico das Constituições já existentes no ordenamento jurídico brasileiro até a atual Carta Magna, além de uma abordagem sobre o tema no âmbito do direito internacional dos povos indígenas.

Para melhor compreensão, é importante frisar, desde logo, o significado de povos indígenas por uma visão técnico-jurídica, para isto segue a definição do termo, com fulcro no art. 1º, 1.b, da Convenção 169 da OIT: são considerados indígenas aqueles que 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.

Foi utilizado o método dedutivo, bem como foi feita uma abordagem embasada em artigos, livros e dissertações, traçando matizes históricas, para que se possa esclarecer o surgimento dos direitos que envolvem povos indígenas e os avanços conquistados até os dias atuais.

1 Histórico da proteção constitucional brasileira aos Povos Indígenas: da Constituição de 1824 à Constituição de 1988

A Constituição Federal da República é a Carta Maior onde esperamos abranger os direitos e deveres de toda a sociedade, inclusive das minorias e dos povos indígenas. Diante desta premissa, vejamos a seguir o que todas as constituições que já existiram no ordenamento brasileiro abordaram sobre a proteção dos direitos dos povos indígenas, especialmente sobre sua legitimidade (capacidade postulatória) para defender seus interesses.

Desde o período colonial houve discriminação em relação aos povos nativos. Com a promulgação da Constituição do Império em 1824, os índios ficaram totalmente

excluídos do ordenamento, tanto no que tange seus direitos territoriais como no que diz respeito à capacidade processual. Deduz-se que nem sequer passou pela “cabeça do legislador” atribuir capacidade de ajuizamento ou legitimidade processual aos índios, visto que a maior preocupação focava em matérias de territórios das comunidades indígenas, mesmo que nesta questão eles também foram oprimidos.

A proteção dos direitos dos povos indígenas desde sempre foi um problema no Brasil e para seus governantes, haja vista que, com a tomada das terras brasileiras pelos portugueses e o nascer de uma cultura eurocêntrica, os povos indígenas passaram a ser colonizados e tiveram oprimida sua cultura e suprimido o seu espaço territorial.

No período imperial (1822-1889), com o crescimento da economia brasileira, decorrente da produção de café e expansão de lavouras, temia-se que os índios fossem uma ameaça aos imigrantes que ali buscavam lucro com produção. Portanto, houve a necessidade de redução do espaço (território) indígena, além de forçá-los ao trabalho compulsório e deixá-los distantes de informações que lhe fizessem ter voz ativa.

Criou-se ainda dois rótulos distintos aos indígenas: aqueles que se tornavam súditos da Coroa eram chamados de “*índios mansos*”, já os que se rebelavam, eram chamados de “*índios bravos*” ou “*selvagens*”, sendo estes últimos considerados inimigos do Brasil, razão usada pelo legislador para suprimir os direitos dos povos indígenas. Para as autoridades do império, os nativos eram seres incapazes.

Acerca do aludido, “o estereótipo do europeu plantado nas mentes brasileiras e, conseqüentemente, a cultura europeizada tida como a certa, faz com que o não enquadramento nesses valores fosse visto como algo não correto, transgressor e corrupto” (DORNELLES et al, 2017, p. 22).

Já na primeira Constituição do período republicano, mais uma vez, a questão indígena foi omitida. Os ideais progressistas de um sistema republicano excluía totalmente os índios, como se não fossem parte do Brasil ou como se eles, simplesmente, não existissem. A título de exemplo, José Ribamar Bessa Freire cita o posicionamento de André Gustavo Paulo Frontin (1860-1933) na abertura de cerimônia da Sessão Magna do Quarto Centenário do Brasil:

“O Brasil não é o índio; este, onde a civilização ainda não se estendeu perdura com os seus costumes primitivos, sem adeantamento nem progresso. Descoberto em 1500 pela frota portuguesa ao mando de Pedro Alvares Cabral, o Brasil é a resultante directa da civilização occidental, trazida pela imigração, que lenta, mas continuamente, foi povoando o solo. (...) Os

selvícolas, esparsos, ainda abundam nas nossas magestosas florestas e em nada differem dos seus antecedentes de 400 anos atrás; não são nem podem ser considerados parte integrante de nossa nacionalidade; a esta cabe assimilá-los e, não conseguindo, eliminá-los” (FRONTIN apud BESSA FREIRE, 2009, p. 187).

No ano de 1910, durante o mandato do presidente Hermes da Fonseca, criou-se o Serviço de Proteção ao Índio – SPI, comandado por Marechal Rondon, com a finalidade de praticar política indigenista no Brasil. Com a criação do SPI, a Igreja, que era a instituição responsável pela proteção aos indígenas, cede à incumbência ao Estado.

Somente com a Constituição de 1934 foi que os índios passaram a ter direitos garantidos constitucionalmente, sendo o direito à posse de suas terras assegurado no art. 129. Já no art. 5º, XIX, “m”, se estabeleceu a competência privativa à União para legislar sobre incorporação dos silvícolas à comunhão nacional. No entanto, o legislador esquivou-se de tratar sobre a capacidade processual do índio com os argumentos de que índios não possuíam alma, eram incapazes e, por isso não mereciam ter disposições ao seu favor no ordenamento.

Posteriormente, as Constituições de 1937 e 1946 não trouxeram nenhuma inovação quanto à questão indígena, somente reproduziram, em dispositivos diferentes, o texto da Carta Política anterior com algumas mudanças gramaticais, a fim de melhor esclarecer a temática. Permanecia o silêncio absoluto à eventual capacidade postulatória.

A Constituição Federal de 1967, além dos direitos já existentes, evidenciou, de maneira taxativa, em seu artigo 186, as terras dos índios como bens da União, sendo garantido o usufruto exclusivo dos recursos naturais pelos povos nativos.

Já a Emenda Constitucional de 69 somente trouxe um complemento à ideia trazida na Constituição de 1967, no que tange aos efeitos jurídicos de domínio, posse e ocupação por terceiros, tornando-os nulos, sem que coubesse direito à indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

Em paralelo à Constituição Federal de 1967, no mesmo ano, fundou-se a FUNAI (Lei nº 5.371/1967), vinculada ao Ministério da Justiça. Com a FUNAI, os povos indígenas passaram ter um órgão representante de seus interesses, ainda que sua atuação, no decorrer dos anos, tema se mostrado deficitária.

No ano de 1973, a Lei 6.001 passou a dispor sobre o Estatuto do Índio, o qual prevê representação processual aos povos indígenas por meio do Ministério Público e do Órgão de proteção da União (a FUNAI).

Do que foi explicitado, tem-se que, historicamente, os índios foram rotulados como “selvagens”, por isso as autoridades evitaram reconhecer sua capacidade civil no ordenamento jurídico, em razão disto, o Código Civil de 1916, no artigo 6º, inciso IV, abordava a questão indígena mas ainda usava o termo “silvícolas”, e os tratava como relativamente incapazes a certos atos da vida civil. Além do parágrafo único do mesmo artigo prever que os silvícolas ficariam sujeitos a regime tutelar, estabelecidos em leis e regulamentos especiais, cessando à medida de sua adaptação. (BRASIL, 1916)

Posteriormente, o Código Civil de 2002 foi omissivo e não citou os indígenas como capazes ou incapazes, apenas expressou, no parágrafo único do artigo 4º, que a capacidade dos indígenas seria regulada por legislação especial (BRASIL, 2002). Até o momento, a única legislação especial vigente é o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973)

Diante desta ótica, pode-se observar que o legislador, por muito tempo, adotou a visão discriminatória de que índios eram seres “sem alma”, incapazes para certos atos da vida civil. Por esta razão, como já dito, o Código Civil de 1916 previu a incapacidade dos povos indígenas e, o Código Civil de 2002 não resolveu esta questão.

Exposto o posicionamento das ultrapassadas constituições federais, constata-se o interesse material do Estado sobre as comunidades indígenas. Os textos constitucionais anteriores buscaram sempre tratar exclusivamente das terras, esquivando-se do direito processual legítimo do índio, deixando-o sob a tutela da FUNAI e do Ministério Público.

Ademais, dada abertura a diversos movimentos sociais democráticos para a criação da nova Carta Magna, dentre eles os movimentos indigenistas, houve um grande avanço nos direitos e garantias constitucionais dos povos indígenas, os quais ganharam, inclusive, um capítulo exclusivo (Capítulo VIII) na Ordem Social (Título VIII) da Constituição de 1988.

Com o advento da Constituição Federal atualmente em vigor, houve uma ruptura com o viés integracionista que vigia até então, e os índios conquistaram o direito coletivo de ser índio para todo sempre com respeito à tradição, costumes e formas de organização.

Para Bernardo Gonçalves Fernandes:

“[...]a Constituição passa a ser compreendida como o resultado tanto de operações quanto de escolhas de um passado constitucional, religados a um projeto de futuro; [...], reafirma a noção de patriotismo constitucional - como pertencimento de todo cidadão a esse projeto

constitucional maior buscando superar preconceitos e desigualdades sociais por meio da reafirmação de uma solidariedade que permita a coexistência do diferente na sociedade; e, por fim, por não afirmar uma substância axiológica (valores) determinados, o que abre o texto constitucional para coexistência de múltiplos projetos de vida boa”. (FERNANDES, 2017, p.101)

Portanto, verifica-se que a nova ordem constitucional traz uma visão inclusiva, o que garante aos índios o direito de igualdade e que supera o viés discriminatório que os acompanharam desde o período colonial.

Além disto, a Nova Carta Magna abandonou a expressão “silvícolas” e passou a usar o termo “índios”, além de reconhecer aos índios o direito originário sobre terras que tradicionalmente ocupam.

Estabelecida nova ordem social em prol dos povos indígenas, a relação do Estado com os índios passou exigir novas políticas públicas para demarcação de terras, a fim de que sejam demarcadas terras tradicionalmente ocupadas por índios em territórios que garantam a sobrevivência destes como povo. Tais direitos já expostos estão consagrados no art. 231 da Lei Maior.

Por conseguinte, o artigo 232 da Constituição Federal reconhece a legitimidade dos povos indígenas para ajuizar ação, ou seja, a capacidade *ad processum*, questão central deste artigo, como veremos a seguir.

2 A Constituição de 1988 e a capacidade de postular em juízo assegurada aos povos indígenas

O Estatuto do índio (Lei 6.001/1973), como visto, já previa o direito de ingressar em juízo para grupos e comunidades indígenas. Todavia, esse ingresso em juízo ocorria a partir da “representação” do Ministério Público ou do Órgão de Proteção ao Índio, a FUNAI. Já a Constituição Federal, no artigo 232, não menciona representação de qualquer órgão, apenas intervenção do Ministério Público, dando aos índios a autonomia e o direito à titularidade ativa e própria da ação pretendida. Tal mudança em direito material tem reflexos diretos no direito processual.

Salienta-se que a Constituição se sobrepõe aos dispositivos do Estatuto, assim como a Convenção 169 da OIT está em acordo com o que diz a Carta Magna de 1988. Desta maneira, se alvitra ao Congresso, atualizar a Lei 6001/73 para que possa ter

harmonia com o ordenamento constitucional ou, até mesmo, editar um novo Estatuto do Índio.

O texto constitucional promulgado afirma que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”. Vale ressaltar que este texto constitucional surgiu após luta de várias lideranças em defesa das comunidades indígenas, lutas que se deram por meio da atuação massiva dos povos indígenas durante a Assembleia Nacional Constituinte.

No que se refere ao art. 232 da Constituição Federal, os procedimentos que culminaram no texto promulgado tiveram como principal foco pôr fim à legitimidade exclusiva do Ministério Público, da FUNAI ou do Congresso Nacional para ajuizar ações em defesa dos direitos de interesses dos povos indígenas (SILVA, 2020, p. 94-104).

Ainda na Comissão de Sistematização, dois projetos substitutivos apresentados pelo Constituinte Bernardo Cabral (relator da Comissão), além da apresentação de emendas parlamentares e populares, fizeram com que o dispositivo fosse ganhando a seguinte forma: “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa dos interesses e direitos indígenas” (SILVA, 2020, p. 94-95).

Outrossim, durante o 1º turno de votação no Plenário da Assembleia Nacional Constituinte, o legislador achou por bem inserir a necessidade de intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo. Após, o texto foi submetido ao 2º turno de votação em Plenário (julho a setembro de 1988) (SILVA, 2020, p. 94-95).

Já na fase final do processo constituinte, sem mais alterações, o texto foi enviado para a Redação Final, culminando no atual artigo 232 da Carta Maior.

Sabendo que o artigo 129, V, prevê de forma expressa que cabe ao Ministério Público defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, torna-se obrigatória a intervenção do *Parquet* em processos que envolvam a questão indígena.

Nesse sentido, tem-se que “a proposta de texto que culminou com o art. 232 foi tão somente aperfeiçoada durante o processo constituinte, de modo que o referido dispositivo teve como *ratio* fundamental dar voz diretamente aos povos indígenas sem a necessidade de interlocutores” (SILVA, 2020, p. 95).

Para Amaral Santos “legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse

afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão” (SANTOS, 1994, p. 167).

Diante disto, verifica-se que, em casos de interesse direto dos povos e comunidades indígenas, serão, ordinariamente, os próprios povos e comunidades, titulares legítimos, sem a necessidade de um órgão que os representem. No entanto, a fim de não menosprezar a competência da FUNAI e do Ministério Público, ambos possuem legitimidade de atuar como substitutos processuais, extraordinariamente. Portanto, segundo a norma constitucional vigente, a legitimidade extraordinária da FUNAI e do Ministério Público Federal não exclui a legitimidade ordinária dos índios.

O admirável direito do qual estamos tratando surge com a intenção de se justificar a histórica omissão dos órgãos federais ante a violação dos direitos dos povos indígenas. Segundo Dallari (1991, p. 317)

“na prática, a defesa pelos órgãos federais foi muito deficiente até 1988, quando pela nova Constituição brasileira foi reafirmada e ampliada a competência do Ministério Público Federal para a defesa dos direitos dos índios. Até então essa defesa havia ficado na dependência das iniciativas do órgão federal incumbido do exercício da tutela indígena, a FUNAI que, além de ter sido escandalosamente omissa, muitas vezes promoveu e apoiou ações públicas e privadas contrárias aos direitos dos índios.

Com base nos dispositivos do Estatuto do índio, várias comunidades indígenas assumiram sua própria defesa, inclusive judicialmente, suprimindo em parte as deficiências e os desvios da FUNAI. E agora com o efetivo do MPF, os direitos indígenas passaram a ser defendidos com muito mais eficiência. Assinale-se, ainda, que a CF de 1988 deu competência à JF para o julgamento dos casos envolvendo direitos dos índios. Essa particularidade é mais do que um simples pormenor.

Nesse ponto, é importante frisar que é indubitável a desnecessidade de representação dos povos indígenas, seja de forma direta ou em papel secundário. Defende-se, assim, a atuação direta dos povos indígenas em suas próprias demandas, onde a única representação exigida seja aquela técnica-postulatória, através de advogado público ou privado que seja escolhido pelos próprios índios.

Sendo esta problemática recente, já que sempre se acomodou o direito dos nativos à órgãos representativos e à tutela, poucos precedentes reconhecem tal legitimidade constitucional. Para ilustração, segue decisão monocrática do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

Trata-se de apelação interposta pela parte autora em face da r. sentença monocrática proferida em demanda proposta em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, visando a obtenção do benefício de salário-maternidade previsto nos artigos 71 e 73, conjuntamente com os artigos 39, parágrafo único, e 11, VII, todos da Lei nº 8.213/91. **A r. sentença recorrida indeferiu a inicial e julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, com fulcro no artigo 267, IV, do Código de Processo Civil, em razão da autora, que é de origem indígena, não ter feito prova nos autos de ter atingido a condição de integrada, nem ter demonstrado estar assistida pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, a FUNAI.** Não houve condenação da parte autora ao pagamento das custas processuais, em razão de ser a mesma beneficiária da Justiça gratuita, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, em razão de não ter havido sequer a citação. Inconformada, a parte autora interpôs recurso de apelação, pleiteando a anulação da r. sentença para a instauração do devido processo legal, como medida de justiça, uma vez que não foi dada vista ao Ministério Público, nos termos do artigo 35 do Estatuto do Índio, acarretando cerceamento ao direito da recorrente, nos termos do disposto nos artigos 35, 36 e 232 da Constituição Federal. Subiram os autos a esta Corte Regional. Opina o Ministério Público Federal pelo provimento da apelação, em parecer da Excelentíssima Procuradora da República Paula Bajer Fernandes Martins da Costa. É o relatório. Decido. Procede o apelo da parte autora. A petição inicial deve obedecer ao disposto no artigo 282 da legislação processual em vigor, ou seja, indicar o juiz ou tribunal a quem a petição é dirigida (inciso I), a qualificação do autor e do réu (inciso II), o fato e os fundamentos jurídicos do pedido (inciso III), o pedido com suas especificações (inciso IV), o valor da causa (inciso V), as provas as quais o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados (inciso VI) e o requerimento da citação do réu (inciso VII). Em princípio, todos os requisitos foram preenchidos. A r. sentença recorrida indeferiu a inicial em razão da autora, que é de origem indígena, não ter feito prova nos autos de ter atingido a condição de integrada, nem ter demonstrado estar assistida pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, a FUNAI. Entendeu o D. Juízo monocrático que a parte autora não teria capacidade processual para estar em juízo. Isso por si só não dá azo à extinção do processo; daria ensejo a sua nulidade, à luz do inciso I, do artigo 13 do Código de Processo Civil, caso não fosse sanado o defeito dentro do prazo estipulado pelo juiz. Ao compulsar os autos, verifica-se que não foi aberta vista ao Ministério Público no 1º grau de jurisdição, estando em manifesto confronto com o que determina o artigo 232 da Carta Magna: “Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.” **Como bem salientou o Ministério Público Federal em seu parecer, a capacidade processual da recorrente decorre da consciência e do conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão de seus efeitos. A recorrente praticou diversos atos da vida civil, que restaram devidamente documentados nos presentes autos, e pleiteia o recebimento do benefício de salário-maternidade, em decorrência de ter dado à luz a uma criança. Certamente não lhe será prejudicial receber o referido benefício, de natureza alimentar, considerando os alarmantes índices de mortalidade**

infantil entre as populações indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul, em razão de desnutrição. Cabe ao magistrado determinar que se proceda à emenda da petição inicial que apresentar defeitos ou irregularidades que impeçam o regular processamento do feito, nos termos do artigo 284, do Código de Processo Civil, em atendimento à função instrumental do processo. Somente depois de decorrido in albis o prazo para atendimento da determinação e tendo havido a prévia manifestação do Ministério Público, nos termos inseridos na Carta Magna, poderá ser indeferida a inicial defeituosa. O que não é admissível é cercear o acesso da parte à Justiça sem dar a ela a prévia possibilidade de suprir a eventual falha de sua exordial. [...]. Portanto, não há que se falar em ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, devendo ser anulada integralmente a r. decisão monocrática, com o retorno dos autos à Vara de origem para o regular processamento do feito. É certo, que as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores não têm caráter vinculante. No entanto, é notório que o decisum proferido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça sanou a controvérsia a respeito da aplicação do dispositivo processual em comento, demonstrando-se certo o desfecho de qualquer recurso quanto à questão, de modo a inviabilizar qualquer alegação em sentido contrário, não deixando margem para novas teses [...]. Nesse diapasão, torna-se dispensável a submissão do julgamento à Turma, cabendo o provimento do recurso diretamente por decisão monocrática.

Posto isso, dou provimento ao recurso da parte autora, nos termos do §1º- A, do artigo 557 do Código de Processo Civil, para anular a r. sentença, com a conseqüente remessa dos autos à Vara de origem para o regular processamento do feito. Certificado o decurso in albis do prazo recursal, remetam-se os autos à Vara de origem [...]. (Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Apelação Cível, Desembargador Federal WALTER DO AMARAL, Data de julgamento: 11 de março de 2005)

O citado precedente é um exemplo de como a questão da legitimidade processual do indígena deve ser explorada e discutida em rodas de debate, visto que, apesar da previsão constitucional de autonomia processual dada pelo artigo 232, ainda é possível notar grande resistência dos tribunais para se adaptarem a esta nova realidade, como bem se viu na decisão acima citada.

Reitere-se que, não obstante à autonomia processual indígena, a atuação da FUNAI e do MPF pode se dar de forma acessória, inclusive porque a participação do Ministério Público é prevista constitucionalmente no art. 129, V, o qual reza da seguinte maneira: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas”.

Neste ano de 2020, foi apresentado ao Supremo Tribunal Federal (STF), de forma histórica, uma Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF), tendo como um dos Requerentes a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB),

organização coletiva indígena, representada pelo Advogado indígena Dr. Luiz Eloy Terena. Trata-se de ADPF cujo objeto da ação está relacionado a atos comissivos e omissivos do Poder Público em relação à defesa das comunidades indígenas no combate à pandemia gerada em razão da COVID-19.

A ADPF usou diversos argumentos em favor das comunidades indígenas de um modo geral, afirmando inicialmente que as comunidades indígenas são grupos de alta vulnerabilidade de contágio, devido ao menor contato com essas patologias, o que pode ocasionar o extermínio dos povos indígenas, bem como violação ao princípio da dignidade humana. Adiante, explicitou que diversas comunidades indígenas vivem em lugares isolados e de difícil acesso, o que lhes deixam distantes do acesso a saneamento básico e às unidades de saúde, fatos que as tornam mais vulneráveis ao contágio, além de impedir um tratamento adequado em caso de contaminação. Por fim, elencou diversos atos comissivos/omissivos do Poder Público que consequentemente são obstáculos na luta contra a COVID-19, como decisões políticas da FUNAI que excluem índios de populações mais isoladas do acesso ao Sistema Único de Saúde, limitando-os apenas aos índios não aldeados.

Diante de tais argumentos, a ADPF requereu, em cautelar, que: i) a União tome as devidas providências e que sejam instaladas barreiras sanitárias para a proteção dos povos indígenas em diversas terras; ii) Que a União Federal providencie o imediato funcionamento da Sala de situação, para que se possa subsidiar a tomada de decisões de gestores no que tange a questão indígena em situações de contato, surto e epidemias; iii) Que seja determinado à União Federal que tome imediatamente todas as medidas necessárias para a retirada dos invasores nas Terras Indígenas Yanomami, Karipuna, Uru-Eu- Wau-Wau, Kayapó, Araribóia, Munduruku e Trincheira Bacajá, valendo-se para tanto de todos os meios necessários, inclusive, se for o caso, do auxílio das Forças Armadas; iv) Que os serviços do SUS sejam prestados a todos os povos indígenas, aos aldeados e aos não aldeados e aos que vivem em territórios não demarcados; v) Que o Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH), juntamente com órgãos competentes elaborem planos de enfrentamento da COVID-19, para se tornar vinculante após homologação do relator; vi) e que, após homologação da ADPF, seja determinado cumprimento pelo Estado Brasileiro e seja delegado monitoramento pelo CNDH.

Diante dos requerimentos, a medida cautelar foi deferida parcialmente pelo Ministro Barroso (relator), nos termos em que segue:

“III.1. QUANTO AOS POVOS INDÍGENAS EM ISOLAMENTO OU POVOS INDÍGENAS DE RECENTE CONTATO: 1. Criação de barreiras sanitárias, que impeçam o ingresso de terceiros em seus territórios, conforme plano a ser apresentado pela União, ouvidos os membros da Sala de Situação (infra), no prazo de 10 dias, contados da ciência desta decisão. 2. Criação de Sala de Situação, para gestão de ações de combate à pandemia quanto aos Povos Indígenas em Isolamento e de Contato Recente, nos seguintes termos: (i) composição pelas autoridades que a União entender pertinentes, bem como por membro da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria Pública da União e por representantes indígenas indicados pela APIB; (ii) indicação de membros pelas respectivas entidades, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, apontando-se seus respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato, por meio de petição ao presente juízo; (iii) convocação da primeira reunião da Sala de Situação, pela União, no prazo de 72 horas, a contar da indicação de todos os representantes, por correio eletrônico com aviso de recebimento encaminhado a todos eles, bem como por petição ao presente juízo; (iv) designação e realização da primeira reunião, no prazo de até 72 horas da convocação, anexada a respectiva ata ao processo, para ciência do juízo.

III.2. QUANTO A POVOS INDÍGENAS EM GERAL

1. Inclusão, no Plano de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas (infra), de medida emergencial de contenção e isolamento dos invasores em relação às comunidades indígenas ou providência alternativa, apta a evitar o contato. 2. Imediata extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos aldeados situados em terras não homologadas. 3. Extensão dos serviços do Subsistema Indígena de Saúde aos povos indígenas não aldeados, exclusivamente, por ora, quando verificada barreira de acesso ao SUS geral. 4. Elaboração e monitoramento de um Plano de Enfrentamento da COVID-19 para os Povos Indígenas Brasileiros pela União, no prazo de 30 dias contados da ciência desta decisão, com a participação do Conselho Nacional de Direitos Humanos e dos representantes das comunidades indígenas, nas seguintes condições: (i) indicação dos representantes das comunidades indígenas, tal como postulado pelos requerentes, no prazo de 72 horas, contados da ciência dessa decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contatos, por meio de petição ao presente juízo; (ii) apoio técnico da Fundação Oswaldo Cruz e do Grupo de Trabalho de Saúde Indígena da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO, cujos representantes deverão ser indicados pelos requerentes, no prazo de 72 horas a contar da ciência desta decisão, com respectivos nomes, qualificações, correios eletrônicos e telefones de contato; (iii) indicação pela União das demais autoridades e órgãos que julgar conveniente envolver na tarefa, com indicação dos mesmos elementos.” (BRASIL, 2020, p.33-35).

É de suma importância reafirmar que a sustentação oral da ADPF no Supremo Tribunal Federal, foi feita por um advogado de origem indígena da comunidade Terena, Dr. Luiz Henrique Eloy Amado – Eloy Terena, patrono da APIB.

O Dr. Eloy Terena iniciou sua sustentação afirmando sua satisfação em defender a associação dos povos indígenas do Brasil, na condição de indígena e destacou o contexto político adverso e a resistência das lideranças indígenas. Adiante salientou que a ADPF 709 é a voz dos povos indígenas na Corte Superior e o grito de socorro dos povos indígenas. Confira-se:

Esta iniciativa é uma ação histórica. Porque pela primeira vez, no âmbito da jurisdição constitucional, os povos indígenas vêm ao judiciário, em nome próprio, por meio de advogados próprios, defendendo interesse próprio. Pois durante muitos séculos esta qualidade de sujeito ativo de direito nos foi negada. Ainda no período colonial, pairava-se a dúvida se os índios eram seres humanos, se tinham almas. Foi preciso uma bula Papal reconhecendo esta qualidade de que os índios tinham almas e, portanto, eram passíveis de evangelização. Depois instrumentalizou-se a tutela legal, na qual os índios não podiam falar por si mesmos. Sempre tinham que pedir licença para os puxarará, termo da língua terena utilizado para se referir aos brancos. Foi somente com a Constituição de 1988 que os índios, suas comunidades e organizações tiveram reconhecido o direito de estarem em juízo defendendo seus interesses. Seguindo este preceito, a Constituição rompeu com a perspectiva integracionista que antes orientava a política indigenista do Estado brasileiro e determinou respeito às formas organizacionais, línguas, crenças, costumes e tradição dos povos originários, estabelecendo o Estado pluriétnico. A nossa Carta Magna irá completar 32 anos, e, passados todos esses anos, aqui estão os povos indígenas batendo à porta do judiciário”. (BRASIL, 2020, p.02)

Houve referendo da medida cautelar pelo Plenário do STF em 05 de agosto de 2020. Pela primeira vez, a Corte Constitucional teve a atuação direta dos povos indígenas, por meio de suas próprias instituições, em defesa de seus direitos.

3 A Internacionalização dos direitos dos povos indígenas: da Convenção 169 da OIT às Declarações da ONU e Americana sobre os direitos dos povos indígenas

Dada a relevância e universalidade dos direitos humanos, a fim de promover a liberdade de indivíduos e coletividades, garante-se ao índio o direito à autodeterminação e manutenção de suas culturas e tradições. Apesar da competência dos Estados soberanos

de reconhecer o índio como sujeito de direito, nos últimos anos, vem se desenvolvendo um acervo de normas internacionais em prol do reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos de direitos internacional.

Baseando-se no princípio da não-discriminação, o ordenamento internacional mostra uma grande evolução ao buscar a inclusão dos povos coletivos como elementos dotados de direitos na seara do Direito Internacional dos Direitos Humanos, particularmente do Direito Internacional dos Povos Indígenas.

Em consequência, os Estados soberanos passaram a incorporar as comunidades indígenas ao plano de proteção dos Direitos Humanos em seus ordenamentos internos. Por outro lado, a Professora Doutora Silvia Loureiro sustenta em sua tese que:

(...) os avanços obtidos no campo do Direito Internacional dos Povos Indígenas está intrinsecamente relacionado mais com o apoderamento dos mecanismos tradicionais de peticionamento internacional e a habilidade para adaptá-los a demandas de natureza coletiva, levando a condução bem-sucedida de casos paradigmáticos pelas organizações não governamentais e pelos representantes dos povos indígenas que, propriamente, com uma fundamentação teórica em prol do reconhecimento das coletividades como sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos”. (LOUREIRO, 2015, p. 2019)

Ao fazer esta afirmação, não se está invalidando direitos já conquistados, entretanto, busca-se aludir à carência do reconhecimento dos povos indígenas como sujeitos coletivos de direito no plano internacional.

É importante ressaltar que a Convenção 169 da OIT garante o direito processual aos povos indígenas ao defender a ideia de autonomia dos povos indígenas e tribais. Dessa maneira, abre-se precedentes para a consecução de três direitos: direito à autoidentificação; direito à consulta prévia e direito à participação.

Destaca-se, aqui, o direito à participação, especificamente, o direito à participação em causas indigenistas, expressamente positivado na Declaração das Nações Unidas Sobre Direitos dos Povos Indígenas (DNUDPI) e na Declaração Americana Sobre direito dos Povos Indígenas (DADPI).

Com a leitura do artigo 3º da DNUDPI é possível notar o direito à participação e sua ligação ao direito à autodeterminação: “os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”.

No artigo seguinte (4º) é reforçada a ideia anteriormente citada: “Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas”.

Destarte, pelo Princípio da Autodeterminação podemos afirmar que é garantido aos nativos o direito à igualdade de oportunidade de participação plena e efetiva, enquanto povos indígenas, em todas instituições e foros nacionais.

No caso do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos deve solucionar demandas de violação dos Direitos Humanos que ocorrem em países que compõem a Organização dos Estados Americanos (OEA), inclusive aquelas que envolvem povos indígenas, tudo com base no Pacto San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos). Entretanto, encontra dificuldades para individualizar sujeitos, como aconteceu no caso da comunidade indígena Yakye Axa, privada de seu direito à vida digna em seu território tradicional desde 1999. Para solucionar esta demanda, a Corte listou diversas vítimas com base no censo demográfico da região, mas em números incertos devido à realidade local. Tal lista se encontra na sentença proferida em 17 de junho de 2015 e as críticas a esta metodologia podem ser vistas no voto dissidente conjunto dos juízes A.A Cançado Trindade e M.E. Ventura Robles, especificamente no item 8 (LOUREIRO, 2015, p.168-169).

A sentença, basicamente, adota medidas de reparação de danos e pagamento de indenização justa a parte lesada, com fulcro no artigo 63.1 da Convenção Americana. Diante disto, nota-se o quão emblemático é a questão da coletividade dos povos nativos na seara de proteção internacional, pois, apesar da inclusiva e progressista evolução, ainda se procura pelos cientistas jurídicos uma forma didática de tratar e adequar as demandas nas quais são vitimizados os povos coletivos.

Anteposto, mister se faz refletir sobre a atuação da Corte Interamericana diante desta problemática, uma vez reconhecida a legitimidade processual dos povos nativos de forma coletiva, os órgãos internacionais devem buscar mecanismos de adaptação a essa nova realidade.

CONCLUSÃO

No decorrer deste trabalho, esperamos ter obtido êxito na demonstração das questões propostas, tal como o avanço da democracia e o direito de participação das minorias e, sobretudo, dos povos nativos, em âmbito nacional e internacional.

A Constituição da República de 1988 marca para história a quebra da “tradição jurídica” que reconhecia os índios como incapazes. Ao analisar hermeneuticamente o art. 232, da Carta Magna, observa-se que a visão de incapacidade jurídica das comunidades indígenas deveria ter sido totalmente sepultada. Facultada a tutela da FUNAI, surge um novo direito para o ordenamento jurídico brasileiro, mais democrático e abrangente, o direito de capacidade/legitimidade dos povos indígenas.

Importa expressar que reconhecer a legitimidade processual dos povos indígenas é um marco a se comemorar, pois após 06 (seis) constituições federais, finalmente, na sétima, os nativos ganham um capítulo especial com diversos direitos contemplados. O instituto da capacidade postulatória aos povos indígenas é profícuo ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que está ancorado pelo princípio da efetividade da tutela jurisdicional e levará aos índios o acesso direto à justiça e, em consequência, resguardará a voz desses povos oprimidos diante de um sistema frágil e discriminador.

Assim, diante das conquistas dos povos indígenas que refletiram na atual proteção constitucional e internacional de seus direitos, há uma cobrança crescente para que cada Estado, em seus textos constitucionais, reconheçam os povos indígenas como verdadeiros sujeitos de direito, principalmente no que tange à sua capacidade para atuar na defesa de seus interesses, inclusive judicialmente (capacidade postulatória).

Não obstante os direitos conquistados, ainda há muito a se caminhar. A mudança do texto constitucional ainda não se refletiu na mudança de comportamento das instituições. Assim, o Estado deve focar em políticas públicas voltadas para este debate, a fim de fortalecer a atuação autônoma dos povos indígenas. A criação de núcleos especializados ao atendimento dos povos indígenas nos órgãos públicos federais facilitaria o acesso à justiça aos índios e, fortaleceria sua autonomia jurisdicional, fazendo jus ao direito legal e constitucionalmente previsto.

Por finalmente, a recente ADPF-709 abre um precedente para fomentar o debate entre lideranças indígenas, além de dá suporte ao Judiciário brasileiro para a fundamentação de decisões futuras que envolvam questões indigenistas demandadas pelas próprias comunidades indígenas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Lei nº. 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 5 de agosto de 2020.

_____. **Código Civil**. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 de agosto de 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 de agosto de 2020.

_____. **Lei nº. 5.371, de 5 de dezembro de 1967**. Autoriza a instituição da “Fundação Nacional do Índio” e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L5371.htm>. Acesso em: 10 de agosto de 2020.

_____. **Lei nº. 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 30 de março de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 109 Distrito Federal**. Direitos fundamentais. Povos Indígenas. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Tutela do direito à vida e à saúde dos povos indígenas face à pandemia da COVID-19. Cautelas parcialmente deferidas. Relator: Min. Roberto Barroso, 08 de julho de 2020. Disponível em: <<http://stf.jus.br/arquivos/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf709.pdf>>. Acesso em: 10 de agosto de 2020.

_____. Tribunal Regional Federal (3ª Região). **Apelação Cível**. Revista do TRF da 3ª Região. WALTER DO AMARAL DESEMBARGADOR FEDERAL, 11 de março de 2005. Edição 107, Maio – Junho 2011. Disponível em: <https://www.trf3.jus.br/documentos/revs/EDICOES_DA_REVISTA/Rev-107.pdf>. Acesso em: 09 de setembro 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175909/000458576.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 09 de setembro de 2020.

DORNELLES, Ederson; BRUM, Fabiano; VERONESE, Osmar. **Indígenas no Brasil: (In)Visibilidade Social e Jurídica**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª. ed., rev. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

FREIRE, José Ribamar Bessa. **Cinco Ideias Equivocadas Sobre Os Índios**. Amazonas: CENESCH publicações; Rio de Janeiro: REPCULT, n. 2, setembro, 2000. v. 1, n. 2 Disponível em: <http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/cinco_ideias_equivocadas_jose_ribamar.pdf>. Acesso em: 07 de setembro de 2020.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. **A reconstrução da subjetividade coletiva dos povos indígenas no direito internacional dos direitos humanos: o resgate do pensamento da Escola Ibérica da Paz (séculos XVI e XVII) em prol de um novo jus gentium para o século XXI**. 2015. Tese (Doutorado em Concentração em Teoria do Estado e Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/2016/Teses-Premiadas/Direito-Silvia-Maria-Silveira-Loureiro.PDF>>. Acesso em: 29 de julho de 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Disponível em: <https://www.oas.org/en/sare/documents/DecAmIND_POR.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/LEGISLACAO_INDIGENISTA/Legislacao-Fundamental/ONU-13-09-2007.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 169, de 27 de junho de 1989, Convenção sobre povos indígenas e tribais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 10 de setembro de 2020.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Vol. 1, 17ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

SILVA, Jamilly Izabela de Brito. **Protocolo autônomo de consulta do povo indígena krenak: uma releitura de(s)colonial e intercultural da Constituição de 1988**. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) – Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2020.

ALTERAÇÕES À LEI MARIA DA PENHA INTRODUZIDAS PELA LEI 13.827/2019: UMA INOVAÇÃO LEGISLATIVA A CAMINHO DA EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO ÀS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO INTERIOR DO BRASIL.

CHANGES TO THE MARIA DA PENHA LAW INTRODUCED BY LAW 13.827 / 2019: A LEGISLATIVE INNOVATION ON THE WAY TO EFFECTIVE PROTECTION FOR WOMEN VICTIMS OF DOMESTIC VIOLENCE IN THE INTERIOR OF BRAZIL.

719

Matheus Souza da Silva

Rejane da Silva Viana

RESUMO

A Lei Maria da Penha representa uma conquista histórica no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. Traz em seu bojo não apenas instrumentos de proteção, mas também diretrizes a serem seguidas pelo poder público, no enfrentamento da violência doméstica. Visando dar efetividade à lei, o legislador, com certa frequência, tem criado alterações à Lei 11.340, buscando adequá-la às novas realidades. Nesse interim, foi publicada a Lei 13.827/2019, que promete dar agilidade à proteção das vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher, autorizando o delegado e o policial a concederem medida protetiva de urgência. Faz-se então uma análise quanto à constitucionalidade das alterações promovidas à Lei Maria da Penha.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Medida Protetiva de Urgência. Aplicação Pelo Delegado de Polícia e Pelo Policial.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, representa uma conquista histórica dos movimentos feministas e de mulheres, em comunhão com os poderes públicos, por uma legislação contra a impunidade no cenário nacional de violência doméstica e familiar contra a mulher.

A referida norma tem passado por diversas modificações – como a instituição da necessidade de atendimento das vítimas de violência doméstica e familiar, nas delegacias, preferencialmente por policiais mulheres, e a criação de delegacias especializadas no combate à esta modalidade de violência; ou a criação da figura do crime de feminicídio – que visam, em tese, proporcionar uma maior proteção à vítima, além de dar maior efetividade das normas nela contida.

O presente estudo possui como tema a análise alteração mais recente, referente à da Lei 13.827/2019, que introduziu modificações na Lei Maria da Penha para possibilitar ao delegado e ao agente policial a concessão de Medidas Protetivas em favor de vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher, além de vedar a concessão de liberdade provisória nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência.

O presente estudo propõe-se responder às seguintes questões-problema: A aplicação de medidas protetivas pelo delegado e pelo agente policial atentam contra os princípios da separação de poderes e da reserva de jurisdição?

O objetivo geral do estudo é demonstrar que a aplicação de medidas protetivas pelo delegado ou pelo agente policial, não representam violações ao Princípio da Separação de Poderes e da Reserva de Jurisdição.

Para alcançar o fim almejado, traçou-se os seguintes objetivos específicos: revisar a bibliografia acerca da lei Maria da Penha; apresentar os conceitos dos Princípios da Separação dos Poderes e da Reserva de Jurisdição; apresentar o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema.

A justificativa para a escolha do tema emerge do fato de ser a violência doméstica um fenômeno presente na vida de toda a sociedade. Desta feita, a publicação de uma norma que a modifica em grau tão elevado, faz despertar o interesse pelas implicações que promoverá na sociedade.

Ressalta-se, ainda, a notícia do ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Associação de Magistrados Brasileiros – AMB, que questiona constitucionalidade da alteração legislativa. No entender da AMB, os dispositivos inseridos na Lei Maria da Penha criam hipótese legal para que o delegado ou o policial

praticuem atos de competência do Judiciário, em clara ofensa ao princípio da reserva de jurisdição, do devido processo legal e da inviolabilidade de domicílio.

Com relação aos procedimentos metodológicos, optou-se pela abordagem indutiva dedutiva. As técnicas empregadas para coleta e análise de dados foi a revisão bibliográfica e a coleta de jurisprudências.

1 - A LEI MARIA DA PENHA

721

Criada com o fim específico de reprimir e prevenir a violência contra a mulher no contexto doméstico e familiar, a Lei 11.340 considera como violência qualquer ação ou omissão que possa causar morte, lesão, sofrimento físico e psicológico, além de dano moral e patrimonial.

Embora a lei tenha apoio significativo de toda a sociedade, sua implementação trouxe à tona muita resistência.

Mesmo que o Estado Brasileiro seja signatário de diversos tratados de direitos humanos como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher (Cedaw, 1979) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994), por vasto período de tempo se tratou com naturalidade a violência doméstica contra a mulher, que, inicialmente, ao ser tipificada como crime, era considerada de menor poder ofensivo.

Assim, a Lei Maria da Penha representou uma verdadeira guinada na história da impunidade, preservando vidas, gerando direito à proteção e fortalecendo a autonomia das mulheres.

Destaque-se que, até fevereiro de 2012, a Lei Maria da Penha garantia à mulher a faculdade de representar ou não contra o parceiro agressor, o que é conhecido como ação penal pública condicionada à representação.

Entretanto, em 09 de fevereiro de 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu tornar os crimes previstos na Lei Maria da Penha como de ação penal pública

incondicionada. Isso nem de longe inviabiliza a manifestação do desejo da vítima, mas condiciona que, caso seja de seu interesse, e nos casos em que a lei permita, desiste da ação penal apenas diante do juiz, ouvido o Ministério Público.

1.1 – As Medidas Protetivas De Urgência

As medidas protetivas de urgência são medidas cautelares inominadas, de caráter dúplice, apresentando caráter penal ou cível. Como as demais cautelares, para que haja sua concessão, há que se preencher os requisitos do *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Possuem caráter autônomo e satisfativo, não se vinculando, necessariamente, a um processo principal. Desta forma, é garantido que se solicitem medidas protetivas, ainda, que não tenha ocorrido infração penal.

Assim entende a jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS – NECESSIDADE E URGÊNCIA NÃO DEMONSTRADAS. LAPSO DECORRIDO DESDE OS FATOS – ATUALIDADE OU IMINÊNCIA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – INEXISTÊNCIA. **O deferimento de medidas protetivas não está condicionado a um processo principal, de natureza cível ou criminal, bastando que se comprove a necessidade de proteção da mulher e/ou seus familiares em face da prática, em tese, de violência doméstica.** – As medidas protetivas da Lei Maria da Penha devem ser concedidas em face de violência atual ou iminente, assim, decorrido longo prazo desde os fatos não se vislumbra urgência que justifique o seu deferimento. (Grifos nossos)

(TJ-MG – APR: 10245120028981001 MG, Relator: Júlio Cezar Gutierrez, Data de Julgamento: 15/07/2015, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 20/07/2015)

Acerca das medidas impostas ao agressor, cabe citar o artigo 22 da Lei 11,343/06:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Ressalte-se que o rol de medidas restritivas aplicadas ao agressor é meramente exemplificativo, pois, conforme especificado no parágrafo 1º do referido artigo, “As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem (...)”.

O descumprimento das medidas protetivas pelo agressor configura o crime previsto no artigo 24-A da lei 11.340/06, que apesar de possuir pena máxima em abstrato de 02 anos, foi concedido apenas ao juiz a autoridade para arbitrar fiança.

Fica evidente o poderio da referida norma não apenas no resguardo à vítima, mas também no cerceamento do direito à liberdade do suposto agressor.

2 – A LEI 13.827/2019

Foi criada a partir Projeto de Lei nº 6.433/2013, do Deputado Federal Bernardo Santana de Vasconcelos, buscando criar a possibilidade de aplicação de Medidas Protetivas de Urgência pela autoridade policial ou por policial à mulher vítima de

violência doméstica e familiar ou a seus dependentes. Pretendia, ainda, conceder acesso à autoridade policial aos processos judiciais e às medidas protetivas, para que nos momentos fora do horário de expediente forense, pudesse verificar se o agressor estava incorrendo em transgressão a medidas protetivas.

Tinha como finalidade a maior efetividade na proteção que já era prevista na Lei Maria da Penha, que em seu texto original previa ao menos 96 horas entre a solicitação da medida e o seu deferimento pelo juiz. Nesse interregno a mulher permaneceria sujeita aos mesmos perigos que motivaram a solicitação da medida protetiva.

No dia 13 de maio de 2019, foi sancionada pelo presidente Jair Messias Bolsonaro a Lei 13.827/2019, que alterou significativamente a Lei Maria da Penha.

A primeira modificação foi introduzida logo no artigo 1º da referida norma legal, que concedeu autorização para que a autoridade policial (Delegado de Polícia) ou policial aplicassem Medidas Protetivas de Urgência em favor da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Ainda, no primeiro dispositivo foi disposta a obrigatoriedade do registro da medida protetiva em banco de dados a ser mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, que poderá ser consultado pela autoridade policial, a fim de verificar eventual descumprimento a medida protetiva deferida, a exemplo do que já ocorre com os Mandados de Prisão Preventiva.

O segundo artigo da lei serviu para normatizar a aplicação das medidas pela autoridade policial ou policial, estabelecendo condicionantes para esta autonomia, *in verbis*:

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia. (grifos nossos)

As regras aqui contidas evidenciam que as alterações não serão aplicáveis a todas as regiões. O objetivo da norma foi, justamente, alcançar àquelas pessoas vítimas de violência doméstica e familiar, que, em decorrência das condições sociais e geográficas do local onde vivem, têm dificuldades para serem alcançadas pela jurisdição do Estado.

Este é o caso justamente do estado do Amazonas, que possui a maior área territorial do país, mas apresenta pequena quantidade de municípios, os quais possuem grande distanciamento uns dos outros, sem uma estrutura viária terrestre, possuindo nos rios sua principal ou quiçá a única via de chegada a estes locais.

É louvável o esforço do Tribunal de Justiça do Amazonas em alocar em todas as Comarcas do estado ao menos um magistrado, a fim de atender à demanda da população. Contudo, nem todos os municípios amazonenses são sedes de Comarca, consequentemente, não possuem juízes presentes, fisicamente.

Imaginando-se uma situação hipotética, nos moldes da legislação anterior, em que uma vítima de violência doméstica pleiteasse a medida protetiva em uma cidade do interior amazonense, que não seja sede de Comarca, poderiam ocorrer os seguintes problemas:

- a) Apesar de haver em todas as cidades do Amazonas ao menos uma Delegacia de Polícia Civil, o mesmo não ocorre com o Delegado de Polícia. É comum que investigadores ou escrivães de polícia ocupem a função de *Chefes de Delegacia*, ficando incumbidos de exercer as funções típicas da autoridade policial;
- b) Em muitas cidades do interior, não há sequer um investigador de polícia, muito menos Escrivães ou Delegados. Desta feita, é comum que Policiais

Militares, que deveriam exercer a da força repressiva do estado, atuem na chefia de delegacias de polícia praticando atos investigatórios e de caráter jurisdicional.

- c) A ausência de acesso à internet é uma realidade de muitos municípios, o que transforma o processo digital, que deveria ser rápido, em algo quase impossível. Desta forma, o pedido de medida protetiva pode até chegar até o judiciário, mas devidos às condições peculiares de acesso à rede de informática, ficaria impossibilitado ou se retardaria em grande escala o período de tempo para o deferimento do pedido de medida protetiva.
- d) O acúmulo de trabalho da Comarca e dos Termos Judiciais das cidades circunvizinhas podem alongar sobremaneira o período para apreciação do pedido que deveria ser urgente.
- e) Acresça-se à problemática estudada a possibilidade de não haver casa de apoio a vítimas de violência doméstica. Isso implicaria, certamente, no retorno destas vítimas ao convívio com o agressor. Sendo muito provável que ele tomasse conhecimento de que a vítima foi à delegacia e tornasse a agredi-la, desta vez de forma mais grave e talvez até a matasse.

São essas variáveis que tornam compreensíveis a inovação legislativa, que buscou agilizar o processo de deferimento das medidas protetivas. No entanto, faz-se necessária a análise da legalidade do ato, a fim de se verificar eventuais violações a normas e princípios constitucionais.

3 – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A separação dos poderes é norma princípio constitucional contida do artigo 2º da Constituição Federal, que assim preceitua: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Conforme destaca Lenza (2017, pag. 536), há uma imprecisão no texto constitucional ao utilizar a expressão *Poderes*, uma vez que o país adota o sistema uno de jurisdição. Isso indicaria a existência de um único poder, o do Estado, que não se divide, apenas se manifesta através de *órgãos* que exercem *funções*.

Os órgãos são, justamente, aquilo que o Carta Magna tratou como *Poderes* – Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais possuem *funções* que lhes são típicas

(predominantes), que caracterizam aquele órgão, mas também exerce duas outras funções atípicas (características dos outros dois órgãos).

Apenas no exercício de suas funções típicas é que poderia se considerar que o órgão não está ferindo ao princípio da Separação de Poderes, uma vez que tal competência lhe foi garantida pelo poder constituinte originário.

A função típica do Poder Judiciário é a jurisdição. Compete a este órgão dirimir conflitos de interesses, aplicando a lei nas hipóteses concretas, produzindo coisa julgada, formal e material, no que substitui a vontade das partes.

Uma faceta importante da jurisdição é a necessidade da substituição da vontade das partes por meio de um processo, conduzido por um órgão imparcial, a fim de se chegar a uma solução justa para o caso concreto.

A jurisdição pode ser dividida em duas espécies, a *absoluta* e a *relativa*. A *absoluta* seria aquela que também atende pela denominação de *reserva de juiz* – nesse caso, fica ao encargo do judiciário a primeira e a última decisão, sendo, ainda, responsável por revisar o primeiro ato decisório; na *relativa*, a primeira análise do caso poderia ser efetuado por uma autoridade pública que não um juiz, ficando ao cargo do judiciário a revisão desta decisão.

Destaque-se que a Jurisdição apresenta três características básicas: lide, definitividade e inércia.

A lide, na jurisdição contenciosa, refere-se à pretensão resistida, razão pela qual os interessados buscam o Judiciário para dirimir o conflito, o qual substituir-se-á na vontade das partes, afastando a resistência e atuando com justiça.

A definitividade refere-se ao fato de que, após o trânsito em julgado, a medida fica acobertada pela coisa julgada formal e material, não mais podendo ser alteradas.

A terceira característica, e aquela que se torna importante nesse momento é a inércia, que estabelece que **o Judiciário só deve se manifestar quando provocado**, para que possa julgar de forma imparcial, e chegar a uma solução justa para o conflito.

Ante a análise dos conceitos de medida protetiva, bem como da separação de poderes e da jurisdição, faz-se necessário analisar, especificamente, se seria possível o

delegado ou o policial aplicar a medida, sem infringir a dispositivos constitucionais, o que será feito a seguir.

3.1 – Da Argumentação da Inconstitucionalidade Da Aplicação De Medida Protetiva Pelo Delegado De Polícia

Quando da cogitação do estabelecimento de uma norma que conferiria ao Delegado de Polícia praticar ato de natureza jurisdicional, que seriam exclusivos dos integrantes do Poder Judiciário, surgiram diversas insurgências, que apontam principalmente para o fato de a autoridade policial ser integrante de órgão ligado ao Poder Executivo, de forma que decidir pelo cerceamento do direito de locomoção de uma pessoa representaria uma verdadeira afronta à Separação de Poderes.

Sustentam que a aplicação destes institutos pela autoridade policial, infringiriam àquilo que a doutrina denominou de reserva de jurisdição, ou seja, afetaria matéria afeta apenas ao poder judiciário, em sua função primária, decidir.

Ademais, citam como exemplo a lei 13.505/2017, que introduziu alterações na Lei Maria da Penha, instituindo, dentre outras coisas, o atendimento policial especializado e ininterrupto prestado, preferencialmente ente por servidores do sexo feminino, além de propor a criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher.

Durante o projeto da referida lei, foi proposto a inserção do artigo 12-B à Lei 11.340/06, que dizia respeito à aplicação de medidas protetivas pelo delegado de polícia. O referido dispositivo fora vetado pelo presidente Michel Temer, uma vez que, supostamente, violaria aos artigos 2º e 144, §4º, da Constituição Federal, que dizem respeito à Separação dos Poderes e ao fato de estabelecer competência não prevista para as polícias civis.

Em Nota Técnica acerca do PLC 7/2016 o Conselho Nacional do Ministério Público –CONAMP – esclareceu que a Constituição Federal estabelece um sistema de garantia dos direitos fundamentais, o qual exige que **para a restrição de certos direitos, há a necessidade de uma submissão à decisão judicial prévia**. Isto configuraria o princípio da reserva de jurisdição, que seria aplicado a todas as restrições impostas a direitos sensíveis, tais como à liberdade e outras medidas cautelares ou investigativas sensíveis.

A conclusão do CONAMP foi pela inconstitucionalidade de transferência, mesmo que provisória, do poder de restringir direitos fundamentais sensíveis da esfera judicial para a esfera policial, considerando que a decisão pela aplicação de medidas protetivas de urgência se mostra como sendo uma ingerência grave nos direitos fundamentais do investigado, na medida em que se restringe o direito fundamental à liberdade do cidadão.

Com relação à Lei, 13.827/2019, a Associação de Magistrados Brasileiros – AMB, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade que questiona a legalidade da alteração legislativa, quando confrontada ao texto constitucional. No entender da AMB, os dispositivos inseridos na Lei Maria da Penha criam hipótese legal para que o delegado ou o policial pratiquem atos de competência do Judiciário, em clara ofensa ao princípio da reserva de jurisdição, do devido processo legal e da inviolabilidade de domicílio.

Conforme argumentam os defensores na norma, não haveria inconstitucionalidade na aplicação de medidas protetivas por delegado de polícia, uma vez que o cargo é exercido por pessoa plenamente capacitada, com curso superior em Direito, após aprovação em concurso público, exercendo atividade que lhe exige conhecimento técnicos específicos.

Da mesma forma, a Constituição Federal assegura a todos no território nacional o acesso à Justiça, e isto não se restringe ao acesso ao Judiciário, mas na efetivação, por todos os Poderes, dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento apresentado por Alexy (pag. 127/128, 2014) de que “a observância dos direitos fundamentais é, ao contrário, completamente controlada pela justiça, o que começa nas instâncias inferiores, por exemplo, a justiça administrativa, e termina no Tribunal Constitucional Federal em Karlsruhe”

Isso significa que, para o autor, a polícia representaria o primeiro grau de efetivação das garantias fundamentais e que suas medidas passariam por controle posterior do Judiciário, o que comprovaria que não há uma exclusividade do Judiciário, como primeira e última instância, na efetivação de direitos fundamentais.

Da mesma forma, Canotilho asseverava que a reserva de jurisdição não seria violada nos casos em que o Poder Executivo desse a primeira palavra e o Judiciário exercendo controle posterior, confirmasse ou não a decisão.

Foi a este fenômeno que o professor Ruchester Marreiros Barbosa (2015) denominou de Sistema da Dupla Cautelaridade, onde o delegado agiria como uma espécie de filtro antes do Judiciário, “evitando imputações açodadas, precipitadas, eleitoreiras, irresponsáveis”.

Afirmava que não haveria inconstitucionalidade na aplicação de medidas protetivas pelo delegado, uma vez que a medida não se encontraria entre as matérias ditas como *de reserva de juiz*, pois haverá sempre a possibilidade do controle posterior pelo Judiciário perante a certeza da existência concreta de um direito fundamental, por uma decisão fundamentada e adequada ao caso concreto.

Na opinião de Barbosa (2019), a Constituição não vedaria a atuação jurisdicional do Delegado, cita, inclusive, exemplos de situações em que a Magna Carta permitiria tal prática, referindo-se à prisão em flagrante e análise da possibilidade de concessão de liberdade provisória pelo delegado, nos casos de concessão ou não fiança aos crimes que a lei permita (aqueles punidos com pena máxima em abstrato inferior a 04 anos de detenção).

Esse entendimento é compartilhado pela desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias (2016), que afirma não óbice à decretação de medida protetiva de urgência pelo delegado de polícia, *verbis*:

É indispensável assegurar à autoridade policial que, constatada a existência de risco atual ou iminente à vida ou integridade física e psicológica da vítima ou de seus dependentes, aplique provisoriamente, até deliberação judicial, algumas das medidas protetivas de urgência, intimando desde logo o agressor

No entender da autora, há sempre a possibilidade de controle pelo Judiciário quando à possibilidade e certeza do direito, por uma decisão fundamentada e adequada ao caso. Nesse mesmo sentido, é de fundamenta importância o entendimento apresentado pelo Juiz Federal, Márcio André Lopes Cavalcante (2019), que considera que não haveria inconstitucionalidade no deferimento de medidas protetivas pelo delegado de polícia, uma vez que o art. 12-C estaria apenas criando uma hipótese de jurisdicionalidade postergada ou diferida, uma vez que a autoridade policial poderia impor apenas o afastamento do lar, devendo no prazo de 24h comunicar o juiz, que teria o mesmo prazo

para decidir se mantém ou revoga a medida aplicada. Logo, a decisão sobre a medida permaneceria sendo do Poder Judiciário.

O autor esclarece, ainda, que há a necessidade de uma ponderação dos interesses do investigado, decorrentes do devido processo legal, e os da vítima, que no caso de imposição de uma jurisdiicionalidade prévia, nos casos de município não ser sede de comarca, se estaria pondo em risco sem bem mais precioso, a vida.

Para Márcio André Lopes Cavalcante (2019), a intervenção nos bens jurídicos do infrator será mínima e não haverá risco de dano irreparável, uma vez que, se for do entendimento do magistrado, a medida deferida pela autoridade policial poderá ser revogada.

Da mesma forma, o autor considera que não haveria violação à isonomia, uma vez que, a inovação legislativa apenas materializaria os conceitos de igualdade formal, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Isso significa que o legislador não buscou conceder um privilégio àquelas vítimas que residam em municípios que não são sede de comarca, mas permitir que suas vidas e integridades físicas sejam resguardadas, mesmo sem a presença física do Poder Judiciário.

3.2 – Da Argumentação Inconstitucionalidade Da Aplicação De Medidas Protetivas Por Policiais

Se no campo da aplicação das medidas protetivas pelo delegado há um considerável apoio por parte da Doutrina, o mesmo não ocorre quando se trata da aplicação do instituto por agente policial, seja ele o investigador de polícia civil, seja ele policial militar.

O principal argumento ao se questionar a aplicação de Medida Protetiva pelo policial diz respeito à suposta ausência de qualificações técnicas, que é requisito do cargo de delegado, mas não do de policial.

Para os defensores da atuação do policial aplicador da medida protetiva, a nova lei estaria promovendo o aperfeiçoamento da Lei Maria da Penha, mantendo a competência do Poder Judiciário, mas otimizando a proteção à vítima de violência

doméstica e familiar, possibilitando ao agente policial atuar, ao menos até que o Judiciário se manifeste em definitivo.

Nesse sentido, Roldan e Margato (2020), destacam que fora reconhecida a competência dos polícias militares para presidirem procedimento policial investigatório (que, em tese, caberiam ao delegado de polícia), referindo-se aos crimes de menor complexidade, apurados no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais através do Termo Circunstanciado de Ocorrência.

Para tanto, destacam posicionamento apresentado pelo Ministro Gilmar Mendes, durante julgamento Recurso Extraordinário 1.051.393/SE, publicado no dia 31/07/2017, que considerou que o termo *autoridade policial*, de acordo com o texto constitucional, se referiria a todos os agentes que integram os órgãos de segurança pública – polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis, polícias militares e corpo de bombeiros militares – cada uma na sua área de específica de atuação.

A pari ratione, se é permitido ao delegado, como autoridade policial, a aplicação de medida protetiva, o mesmo seria cabível ao policial, seja ele militar, civil ou quaisquer outro a quem a Constituição legitimasse.

Em julgado datado de 27/03/2020 (Agravio Regimental interposto pela ADEPOL na ADI 3954), foi reafirmado o entendimento de não haver inconstitucionalidade na lavratura de TCO pelo policial militar.

Não se pretende aqui, equiparar a natureza jurídica de TCO ao de uma medida protetiva de urgência, uma vez que há muito deixou-se de considerar as violências domésticas e familiares contra a mulher como infração de menor potencial ofensivo.

3.3 – Da Vedação À Liberdade Provisória

Dentre as novidades trazidas pela nova lei, encontra-se aquela que introduziu o parágrafo 2º do artigo 12-C à Lei Maria da Penha, o qual estabelece “Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.

Em casos semelhantes, o STF, ao julgar dispositivo da lei de tóxicos que proibia a liberdade provisória a presos acusados por tráfico de drogas, bem como o dispositivo da lei de crimes hediondos que determinava o cumprimento integral da pena em regime

fechado, entendeu **ser inconstitucional a fixação *ex lege* de vedações à liberdade provisória ou a determinação do regime de cumprimento da pena.**

Nessas hipóteses, se estaria usurpando as competências dos magistrados, a quem é garantido o direito à livre convicção motivada das decisões, afrontando à necessária motivação das decisões judiciais, e criando uma espécie de prisão obrigatória.

Admitir a vedação à liberdade provisória corresponderia a limitar à atuação do juiz que ficaria impedido de verificar a plausividade e necessidade na segregação cautelar do acusado.

Acerca da inconstitucionalidade da alteração, Guimarães (2019), esclarece que:

(...) a proibição da liberdade provisória não é uma prisão preventiva, pois não se submete aos requisitos do artigo 312 e 313 do CPP, não é uma prisão em flagrante, pré-processual e sob o controle do Judiciário, resta, portanto, denominarmos a vedação a liberdade provisória uma prisão cautelar *sui generis*, desmedida e desproporcional.

Cavalcante (2019), esclarece que tem de haver uma conjugação do §2º do art. 12-C da Lei 11.340/06 com as demais regras do Código de Processo Penal acerca da prisão preventiva e da liberdade provisória. Ou seja, só seria possível a vedação, nos casos em que a violência estivesse comprovada e houvesse indícios suficientes de autoria. Ademais, deveria ser demonstrado que nos casos de soltura do agente, haveria risco à integridade física da vítima ou à efetividade da medida protetiva.

E prossegue, afirmando que o dispositivo legal apenas anteciparia uma possibilidade de decretação da prisão preventiva, negando-se liberdade provisória nos casos em que houver um risco à efetividade da medida.

Mais uma vez, seria necessário um juízo de ponderação entre os bens jurídicos liberdade e vida, a fim de se confirmar se a libertação provisória do agente é mais importante que a vida da vítima que, nesses casos, está em situação de maior vulnerabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Maria da Penha representa uma conquista fundamental na repressão e prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, fornecendo não apenas meios de proteção à ofendida, mas também diretrizes a serem seguidas pelo Estado para

a promoção de políticas públicas, como a promoção de estudos e pesquisas com perspectiva de gênero; a promoção e realização de campanhas educativas de prevenção à violência doméstica e familiar; a capacitação dos profissionais que trabalham com o tema.

Como destacado, as modificações introduzidas pela Lei 13.827/19 podem vir a afetar, em certa medida, os bens jurídicos do suspeito, contudo necessário lembrar que a lei Maria da Penha se presta a reprimir ou prevenir a violência doméstica, contudo padece de efetividade, sendo de fundamental importância que a ponderação destes direitos, frente aos direitos daquela que, na maioria das vezes, se encontra em situação de hipossuficiência na relação, a mulher.

É evidente que o asseveramento das leis penais, ou a ampliação do rol de legitimados para aplicação das medidas, nem mesmo a criação de vedação à concessão da liberdade provisória promoverá o fim da violência doméstica, contudo, certamente servirão como meio para amenizá-la.

Há que se lembrar que de acordo com o princípio da intervenção mínima, a lei penal é *ultima ratio*, devendo ser acionada apenas quando houver ofensa aos bens jurídicos mais relevantes, sendo esta a principal justificativa para as modificações impostas pela Lei 13.827/2019, já que mesmo existindo a Lei Maria da Penha, esta não dispunha de meios efetivos para proteger a vida e integridade física daquelas vítimas que residem em locais onde o Poder Judiciário está quase ausente.

O legislador se viu obrigado a criar uma alternativa à morosidade do judiciário, possibilitando ao delegado e ao agente policial a aplicação de medidas protetivas, já que possuem capacitação técnica para o ato, bem como por estarem em contato direto com as vítimas, que facilitaria a análise da possibilidade e plausibilidade da medida.

Há que se lembrar, ainda, que a lei não está excluindo do Poder Judiciário a competência para decidir, mas postergando o momento de sua decisão, possibilitando a análise prévia pelo delegado ou policial. O imediato deferimento da medida pelo delegado, nesses casos, pode representar a salvação de muitas vítimas, que certamente estariam ameaçadas nos casos em que se tivesse que esperar o prazo anterior para o deferimento da medida protetiva de urgência.

É certo que a educação e a criação de políticas públicas efetivas promovem o enfrentamento da violência doméstica, assim como se garantindo o acesso da mulher a

sua liberdade de pensamento, de agir, de autodeterminação, além de sua independência financeira e à igualdade de condições e direitos entre homens e mulheres

No entanto, o ideal seria a criação de varas especializadas, o aumento no número de servidores e o fornecimento de melhores condições de trabalho, que certamente, possibilitariam um tratamento mais humanizado e eficaz às ofendidas. Assim como a criação de mais delegacias especializadas e de casas de apoio a vítimas de violência doméstica, evitando-se que retornassem ao convívio com o agressor.

Em um mundo onde o ideal é apenas um sonho, e a urgência, não necessariamente se reflete em agilidade na aplicação, as modificações impostas pela norma alteradora são de fundamental importância, principalmente para regiões como as do interior do Estado do Amazonas, afastada dos grandes centros urbanos, com precário sistema de acesso a internet, sem uma estrutura viária terrestre que interligue os municípios e com ausência de casas de apoio a vítimas de violência doméstica.

Se o ideal ainda não é possível, o fundamental é assegurar que a violência contra a mulher não se perpetue no tempo, e que a impunidade não impere.

REFERENCIAS

AGÊNCIA BRASIL, O Estado de S. Paulo. **Senado aprova projeto que agiliza medidas protetivas a vítimas de violência doméstica.** Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,senado-aprova-projeto-que-agiliza-medidas-protetivas-a-vitimas-de-violencia-domestica,70002785879>> - Acesso em: 19 maio 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito.** Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Alteração na Lei Maria da Penha efetivas garantias, mas viola a Constituição.** Maio 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-15/ruchester-mudanca-maria-penha-efetiva-garantias-viola-cf>> - Acesso em: 19 maio 2019.

_____. Ruchester Marreiros. Jusbrasil. Ago. 2015. **Controle de convencionalidade pelo delegado de polícia.** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/noticias/215850894/control-de-convencionalidade-pelo-delegado-de-policia?ref=serp>> - Acesso em: 19 maio 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> - Acesso em: 19 maio 2019.

_____. **Lei Federal nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm#:~:text=Art.%201%C2%BA%20Esta%20Lei%20cria,Punir%20e%20Erradicar%20a%20Viol%C3%Aancia> - Acesso em: 19 maio 2019.

_____. **Lei Federal nº 13.827, de 13 de maio de 2019.** Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13827.htm> - Acesso em: 29 ago. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7a edição, Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à Lei 13.827/2019,** que autoriza a aplicação de medida protetiva de urgência pela autoridade policial. Dizer o Direito News. Jun. 2019. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2019/05/comentarios-lei-138272019-que-autoriza.html>> - Acesso em: 29 ago. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Medidas protetivas mais protetoras**. Jun. 2016. Maria Berenice Dias. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13014\)Medidas_protetivas_mais_protetoras.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13014)Medidas_protetivas_mais_protetoras.pdf) - Acesso em: 15 maio 2019.

GUIMARÃES, Stenio Henrique Souza. **Punir e expiar e a alteração na Lei Maria da Penha pela Lei nº 13.827/2019**. Disponível em: <https://steniohenrique.jusbrasil.com.br/noticias/708376199/punir-e-expiar-e-a-alteracao-na-lei-maria-da-penha-pela-lei-n-13827-2019> - acesso em 19 maio 2019.

737

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado** – 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, Natan. **Lei Maria da Penha**: agressor pode ser tirado de casa sem decisão judicial. UOL. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/05/14/lei-maria-da-penha-afastamento-imediato-de-agressor.htm> - Acesso em: 29 ago. 2020.

RIBEIRO, Luiz e MENGUE, Priscila. **Sancionada mudança na Lei Maria da Penha para facilitar medidas de proteção a mulheres**. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,sancionada-mudanca-na-lei-maria-da-penha-para-facilitar-medidas-de-protecao-a-mulheres,70002828105> - Acesso em: 19 maio 2019.