

EDSON OLIVEIRA DA SILVA  
EUDES DE OLIVEIRA BOMFIM  
Organizadores

# ENSAIOS DE DIREITO CONTEMPORÂNEO



## Autores

Danilo Alves Lima  
Denival Dias de Souza  
Edson Oliveira da Silva  
Emanuel José de Oliveira Santos  
Erica Regina de Azevedo Góes  
Eudes de Oliveira Bomfim  
Jasmine Andreas Dias de Oliveira  
José Fernando de Oliveira  
Josué Lima  
Keyla Amparo Brandão de Souza

Lizane Maria Nascimento Santos  
Lucivaldo da Silva dos Santos  
Manoel Batista Santos Sobrinho  
Marcel Figueiredo Ramos  
Márcia Abdias Santos  
Necéssio Adriano Santos  
Paula Rodrigues da Silva  
Raquel da Silva Santana  
Rayanne Stephany Costa Vieira  
Tony David da Silva Melo Santos

# **ENSAIOS DE DIREITO CONTEMPORÂNEO**

## **Organizadores**

### **Edson Oliveira da Silva**

Doutorando em Direito Civil pela Faculdad de Derecho de Buenos Aires (UBA). Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela Universidade Federal de Sergipe (2017). Bacharel em Segurança Pública pela Academia de Polícia Militar do Paudalho (2004). Licenciado em Matemática pela Universidade Federal de Sergipe (2006). Bacharel em Direito pela Faculdade Pio Décimo (2013). Pós-graduado em Violência, Criminalidade e Políticas Públicas pela Universidade Federal de Sergipe (2011). Pós-graduado em Docência para o Ensino Superior pela Universidade Federal de Sergipe (2008). Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Estácio de Sergipe (2017). Atualmente é instrutor de Cursos realizados pela Polícia Militar de Sergipe e Professor do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

### **Eudes Oliveira Bomfim**

Doutor em Hidrogeologia e Meio Ambiente pelo Programa de Pós-Graduação em Geociências Aplicadas da Universidade de Brasília, com período Sanduíche na *École Doctorale GAIA - Biodiversité, Agriculture, Alimentation, Environnement, Terre, Eau da Université de Montpellier*. Mestre em Engenharia Urbana e Ambiental - Área de Concentração Saneamento Ambiental, pela UFPB (2013). Possui Graduação Tecnológica em Saneamento Ambiental pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Sergipe (2010). Possui experiência em Metodologias Ativas. Atualmente é Professor da Disciplina Metodologia dos Trabalhos Acadêmicos dos cursos de Direito, Engenharia de Produção e Administração da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Edson Oliveira Silva e Eudes Oliveira Bomfim  
Organizadores

Revisão ortográfica:  
Daniela da Silva Bezerra

Diagramação  
Sérgio Luiz

Impressão:  
Gráfica J. Andrade

### Ficha Catalográfica

---

Ensaios de Direito Contemporâneo

Silva, Edson Oliveira da; Bomfim, Eudes de Oliveira (Organizadores).  
Aracaju: JAndrade, 2020.

304p.,21 cm  
ISBN 978-65-990347-4-9 (impresso)

1. Direito-Ensaios 2. Direito Contemporâneo  
I. Título II. Edson Oliveira da Silva (Org.) III. Eudes Oliveira Bomfim (Org.)  
IV. Assunto

CDU 340 (82-4)

---

Catalogação – Claudia Stocker – CRB 5/1202

## PREFÁCIO

A obra “Ensaios de Direito Contemporâneo”, organizada pelos professores Edson Oliveira da Silva e Eudes de Oliveira Bomfim, apresenta uma coletânea de artigos que é fruto de uma longa convivência acadêmica, convivência esta compartilhada com os demais autores, resultando em um trabalho hoje e bastante qualificado.

Tive a grata oportunidade de conhecer o professor Edson Oliveira no final dos anos de 1990 ao ingressarmos nas fileiras da Polícia Militar de Sergipe, época em que já mostrava uma predisposição com o sacerdócio da docência, situação corroborada nos dias de hoje e coroada com a publicação deste livro proveniente da sua experiência em sala de aula.

O Professor Eudes Bomfim, conheci na Faculdade de Negócios de Sergipe – FANESE, onde tivemos a oportunidade de conversarmos sobre vários temas que norteiam o processo de aprendizagem dos nossos alunos, logo percebi o zelo e compromisso que nosso colega dispensava aos seus alunos, sendo reconhecido por seu profissionalismo não só pelos discentes, mas também por seus colegas professores.

Este livro está divido em 02 (dois) títulos que dividem a obra cada um com 08 capítulos, sendo o primeiro título envolvendo elementos do Direito Constitucional, Humanos, Trabalho e Mediação de Conflitos e Ativismo Judicial, e o segundo título contendo Direito Administrativo, Penal, Processual Penal, Civil, Processual Civil.

No título I, foram desenvolvidos temas que versam sobre mediação para a solução consensual de conflitos, igualdade de gênero nos direitos trabalhistas, críticas ao ativismo judicial, projeto pedagógico nos cursos de formação da polícia militar, homeschooling, lei do minuto seguinte, segurança pública na constituição federal e mobilidade urbana.

No título II, houve a abordagem de temas sobre abuso de poder político, filiação socioafetiva, incidente de resolução de demandas repetitivas, mulheres no presídio feminino, o problema das queimadas na Amazônia, atos jurídicos e administrativos, alteração de regime de bens e responsabilidade civil do Estado.

Os autores enfrentaram de forma crítica temas controversos, trazendo o debate, através de um olhar contemporâneo do direito, assumindo novos mecanismos capazes de instigar o pensamento jurídico.

Os textos apresentam uma leitura fluída e simples, sem perder o rigor científico exigido em pesquisa, contribuindo para a reflexão e promoção das questões atuais, guardando a originalidade dos temas abordados.

Esse livro, em que pese ter escrito por professores e alunos do Curso de Direito, é recomendado tanto a estudantes de graduação, profissionais da área jurídica e todos os leitores que tenham interesse na discussão de temas que influenciam no exercício da cidadania.

Por fim, a grandiosidade em desafiar temas tão importantes no Direito contemporâneo fez-me lembrar o célebre Miguel de Cervantes em Dom Quixote. “Sonhar o sonho impossível, sofrer a angústia implacável, pisar onde os bravos não ousam, reparar o mal irreparável, amar um amor casto distânci-a, enfrentar o inimigo invencível. Tentar quando as forças se esvaem, alcançar a estrela inatingível: essa é a minha busca”.

*Prof. Me. Gleison Parente Pereira*  
Professor do Curso de Direito da FANESE  
Capitão da PMSE

# Sumário

PREFÁCIO .....	3
INTRODUÇÃO .....	9

## **TÍTULO I - DIREITO CONSTITUCIONAL, DIREITOS HUMANOS, DIREITO DO TRABALHO, MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E ATIVISMO JUDICIAL**

### **CAPÍTULO I - A (DES) JUDICIALIZAÇÃO COMO FORMA DE EFETIVAR DIREITOS: UMA ANÁLISE DA MEDIAÇÃO COMO SISTEMA DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS**

<i>Rayanne Stephany Costa Vieira</i> <i>Edson Oliveira da Silva</i> .....	15
--	----

### **CAPÍTULO II - A IGUALDADE DE GÊNERO NO BRASIL: UMA ANÁLISE NORMATIVA ACERCA DOS DIREITOS DAS MULHERES NA SEARA TRABALHISTA**

<i>Lizane Maria Nascimento Santos</i> <i>Edson Oliveira da Silva</i> <i>Eudes de Oliveira Bomfim</i> .....	37
--	----

### **CAPÍTULO III - ATIVISMO JUDICIAL E SEU PODER NOCIVO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

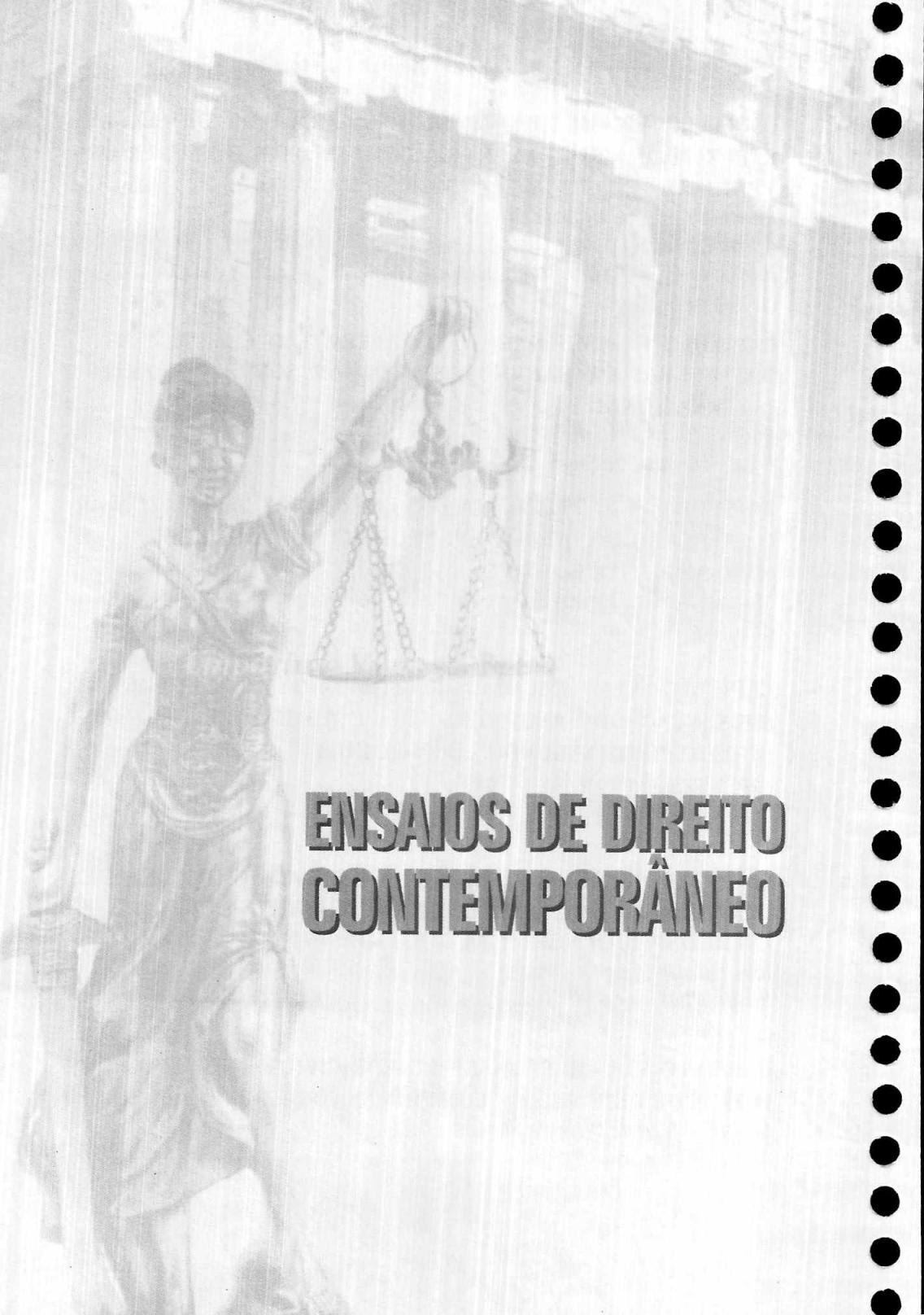
<i>Erica Regina de Azevedo Góes</i> <i>Edson Oliveira da Silva</i> <i>Eudes de Oliveira Bomfim</i> .....	59
--	----

### **CAPÍTULO IV - A IMPORTÂNCIA DO PROJETO PEDAGÓGICO DOS CURSOS DE FORMAÇÃO DA PM/SE PARA UMA CULTURA DE DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

<i>Denival Dias de Souza</i> <i>Keyla Amparo Brandão de Souza</i> 1 <i>Edson Oliveira da Silva</i> .....	77
--	----

<b>CAPÍTULO V - HOMESCHOOLING NO ÂMBITO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: POSSIBILIDADES E LIMITAÇÕES</b>	
Keyla Amparo Brandão de Souza	
Edson Oliveira da Silva .....	95
<b>CAPÍTULO VI - LEI DO MINUTO SEGUINTE: UMA ANÁLISE JURÍDICA À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</b>	
Márcia Abdias Santos	
Necéssio Adriano Santos .....	109
<b>CAPÍTULO VII - SEGURANÇA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: IMPACTOS E PERSPECTIVAS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 104/2019</b>	
Danilo Alves Lima	
Edson Oliveira da Silva .....	129
<b>CAPÍTULO VIII - TRÂNSITO E CIDADANIA: A MOBILIDADE URBANA SEGURA COMO DIREITO FUNDAMENTAL</b>	
Josué Lima	
Edson Oliveira da Silva	
Eudes de Oliveira Bomfim.....	149
<b>TÍTULO II - DIREITO ADMINISTRATIVO, DIREITO CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL, DIREITO PENAL, DIREITO PROCESSUAL PENAL, DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO AMBIENTAL</b>	
<b>CAPÍTULO I - ABUSO DE PODER POLÍTICO: UMA ANÁLISE DA CARACTERIZAÇÃO NECESSÁRIA PARA A CASSAÇÃO DE MANDADOS</b>	
Paula Rodrigues da Silva	
Edson Oliveira da Silva .....	171
<b>CAPÍTULO II - A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E O SEU RECONHECIMENTO NA LINHA SUCESSÓRIA: POSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO EM SERGIPE</b>	
Raquel da Silva Santana	
Edson Oliveira da Silva	
Eudes de Oliveira Bomfim.....	191

<b>CAPÍTULO III - INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) FRENTE À COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b>	
<i>Jasmine Andreas Dias de Oliveira</i>	
<i>Edson Oliveira da Silva</i>	
<i>Eudes de Oliveira Bomfim</i> .....	209
<b>CAPÍTULO IV - MULHERES NO PREFEM E O CUMPRIMENTO DAS REGRAS DE BANGKOK: UM OLHAR SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL</b>	
<i>Lucivaldo da Silva dos Santos</i>	
<i>Edson Oliveira da Silva</i> .....	221
<b>CAPÍTULO V - O PROBLEMA DAS QUEIMADAS NA AMAZÔNIA: O EXERCÍCIO DO DIREITO DE PROPRIEDADE X O DIREITO AO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL</b>	
<i>Manoel Batista Santos Sobrinho</i>	
<i>Edson Oliveira da Silva</i> .....	241
<b>CAPÍTULO VI - RELAÇÃO LEGITIMIDADE/LEGALIDADE: A SUBSUNÇÃO DOS ATOS JURÍDICOS E ADMINISTRATIVOS AO DIREITO POSTO SEGUNDO LEON DUGUIT</b>	
<i>Tony David da Silva Melo Santos</i>	
<i>Edson Oliveira da Silva</i> .....	253
<b>CAPÍTULO VII - RELATIVIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.641, II DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA E DA DOUTRINA</b>	
<i>José Fernando de Oliveira</i>	
<i>Edson Oliveira da Silva</i> .....	271
<b>CAPÍTULO VIII - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO EM CUMPRIMENTO DE PENA</b>	
<i>Emanuel José de Oliveira Santos</i>	
<i>Marcel Figueiredo Ramos</i> .....	287



# **ENSAIOS DE DIREITO CONTEMPORÂNEO**

# INTRODUÇÃO

A presente obra “Ensaios de Direito Contemporâneo” é uma coletânea de artigos de pesquisadores que abordam temas de diversas áreas do direito hodierno. Sem dúvidas, este livro propiciará para o seu leitor uma visão abrangente das relações jurídicas que cercam a vida em sociedade. O livro foi estruturado em dois títulos, desse modo, o Título I centrou-se na abordagem de temáticas relacionadas com direito constitucional, direitos humanos, direito do trabalho, mediação de conflitos e ativismo judicial. Esses temas foram organizados em 08 (oito) capítulos.

O capítulo primeiro do Título I versa acerca da hipótese da desjudicialização como instrumento eficaz para se efetivar direitos. Com isso, apresenta-se a mediação como um meio adequado para resolução de conflitos. No segundo capítulo aborda-se a questão de gênero, focando as distinções estabelecidas na esfera trabalhista. A finalidade desse capítulo é a de realizar uma apreciação da igualdade de gênero, realizando um estudo acerca da evolução da legislação brasileira.

O ativismo judicial e a sua utilização de forma desregrada, colocando em risco o Estado Democrático de Direito é o tema do terceiro capítulo. A principal finalidade do estudo desse tema é a de realizar uma abordagem sobre o desenvolvimento de diferentes manifestações do fenômeno do ativismo judicial. O quarto capítulo versa sobre a relevância do projeto pedagógico na promoção da cultura de direitos fundamentais nos Cursos Policiais realizados na corporação sergipana. Com esse estudo reflete-se sobre a importância de uma matriz curricular amparada nos direitos para potencializar a promoção dos direitos do cidadão.

As possibilidades e limitações do *Homeschooling* no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro é o tema estudado no quinto capítulo. O objetivo desse estudo foi apresentar, à luz da legislação brasileira, reflexões sobre a alternativa de educação domiciliar no Brasil. O sexto capítulo realiza uma análise jurídica

da lei do minuto seguinte, utilizando como parâmetro o princípio da dignidade da pessoa humana. O estudo detém-se sobre a Lei 12.845/2013, que trata acerca do atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual.

Segurança Pública é o tema do sétimo capítulo. Com o referido estudo buscou-se analisar a atual composição da Segurança Pública no Brasil, conforme mudanças realizadas no art. 144 da Constituição Federal de 1988. De modo específico, a pesquisa focalizou os impactos e perspectivas trazidas com a edição da Emenda Constitucional nº 104/2019, que inseriu a Polícia Penal no sistema de segurança pública brasileiro. No oitavo e último capítulo do Título I aborda-se a temática da mobilidade urbana, um dos principais problemas dos grandes centros urbanos. Ao relacionar os temas trânsito e cidadania o trabalho tem o intuito de contribuir no debate sobre a mobilidade urbana.

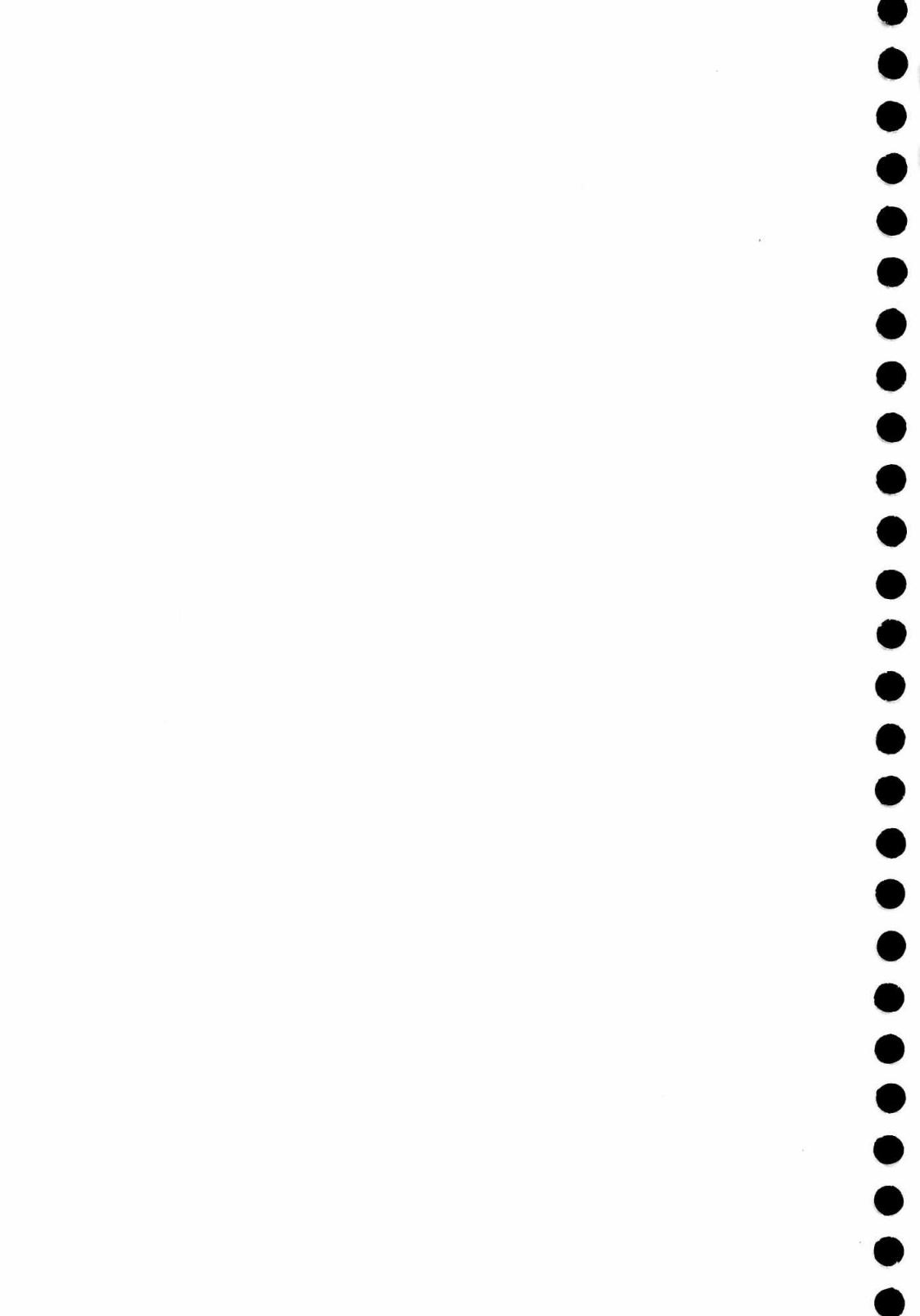
No Título II abordaram-se assuntos relacionados com: direito administrativo, direito civil e direito processual civil, direito penal, direito processual penal, direito internacional e direito ambiental. O primeiro capítulo do Título II versa acerca do abuso de poder político e como esse pode ser caracterizado para a cassação de mandatos. No estudo do tema investigou-se acerca das condutas vedadas aos agentes públicos. No segundo capítulo deste Título II centraram-se os estudos acerca da filiação socioafetiva. Na abordagem do assunto reflete-se sobre a filiação socioafetiva enquanto instrumento de construção de vínculo entre pais e filhos ligados pelos laços da afetividade.

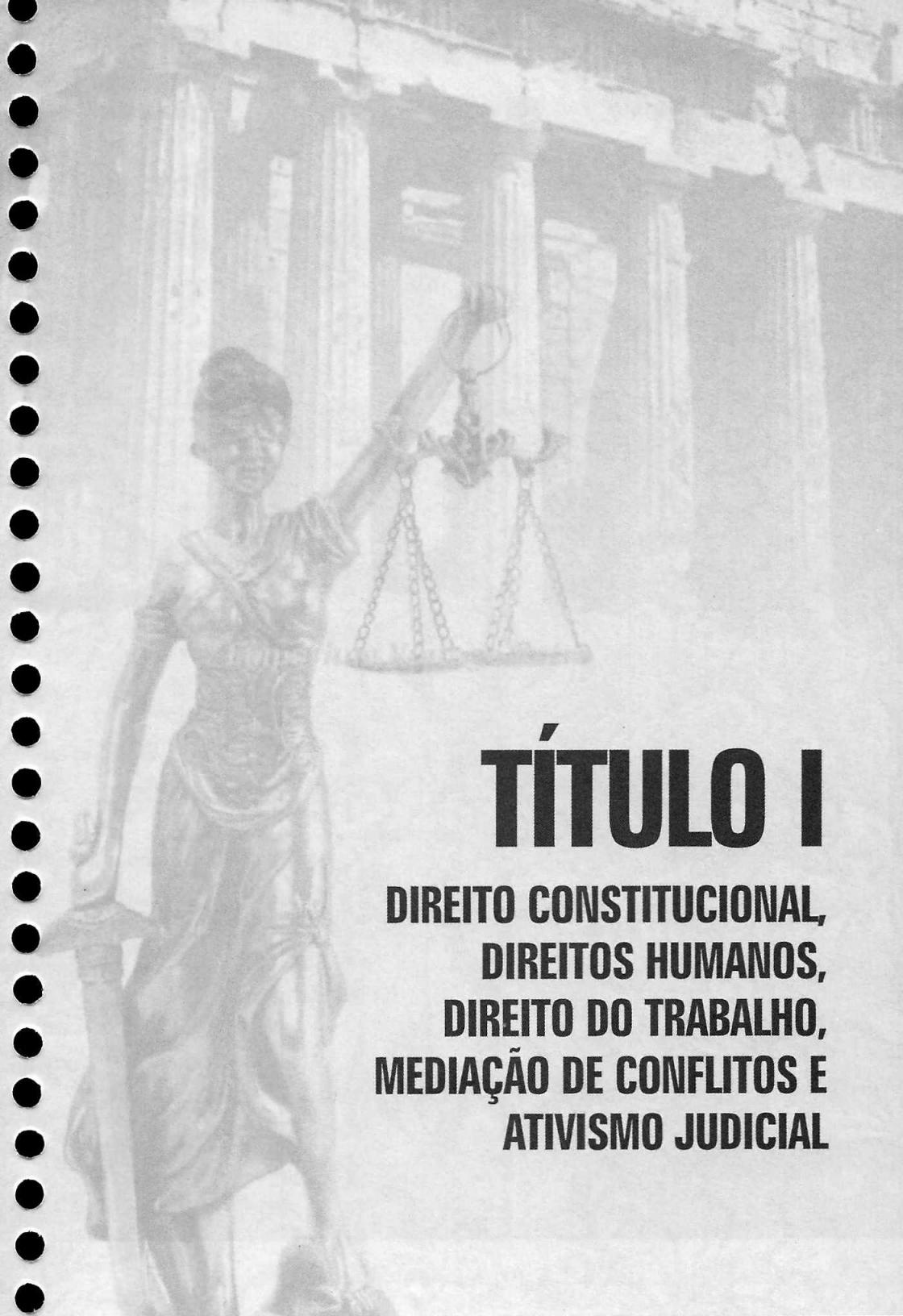
Ao abordar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) frente à competência do superior tribunal de justiça, no terceiro capítulo, buscou-se no âmbito do processo questionar a constitucionalidade e legitimidade dos Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais para julgarem os Incidentes frente à competência do Superior Tribunal de Justiça. O quarto capítulo aborda a aplicação das regras de Bangkok no Presídio Feminino de Sergipe (PREFEM-SE). As mencionadas regras têm fundamento no direito

internacional e visam regular o tratamento oferecido às mulheres que cumprem pena privativa de liberdade em regime fechado.

O quinto capítulo teve como tema central o debate sobre o problema das queimadas na Amazônia. Esse debate foi amparado nas regras que regulam o direito ao meio ambiente saudável. A relação entre legitimidade/legalidade é assunto debatido no sexto capítulo. A intenção dos autores foi refletir acerca do poder de interferência dos princípios no direito posto à luz dos ensinamentos do jusfilósofo francês Léon Duguit.

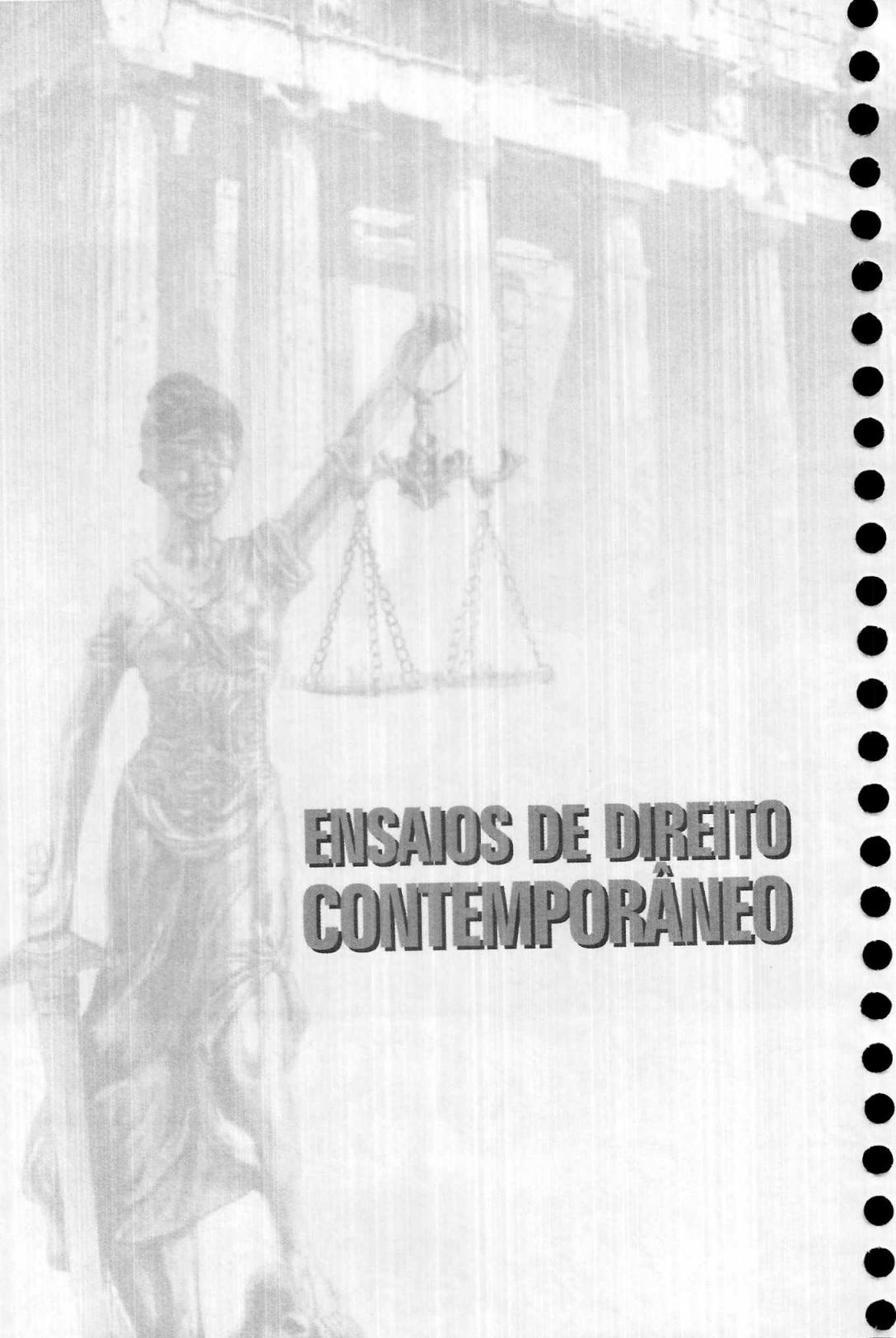
No sétimo capítulo os autores promovem questionamentos acerca da relativização da constitucionalidade do artigo 1.641, II do Código Civil brasileiro de 2002 à luz da jurisprudência e da doutrina, de modo a refletir sobre uma presunção de incapacidade ao se atingir os 70 anos. Por fim, o oitavo capítulo e último do título II visa analisar a responsabilidade civil do Estado em face da morte de Detento em cumprimento de pena. Vários dispositivos legais garantem direitos aos presos, dentre eles a integridade física e o direito à vida. Diante do exposto, a investigação refletiu acerca da proteção desses direitos dentro do sistema prisional brasileiro e quais as possibilidades de responsabilização do Estado pelas violações cometidas.





# **TÍTULO I**

**DIREITO CONSTITUCIONAL,  
DIREITOS HUMANOS,  
DIREITO DO TRABALHO,  
MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E  
ATIVISMO JUDICIAL**



# **ENSAIOS DE DIREITO CONTEMPORÂNEO**

# CAPÍTULO I

## A (DES) JUDICIALIZAÇÃO COMO FORMA DE EFETIVAR DIREITOS: UMA ANÁLISE DA MEDIAÇÃO COMO SISTEMA DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

*Rayanne Stephany Costa Vieira<sup>1</sup>*

*Edson Oliveira da Silva<sup>2</sup>*

### RESUMO

O presente trabalho traz uma análise sobre a desjudicialização como meio eficaz para efetivação de direitos. A pesquisa parte da premissa de que a demora na prestação jurisdicional constitui um dos mais antigos problemas da administração da justiça brasileira e, diante do aumento do volume das demandas, os operadores do Direito, cada vez mais, vêm buscando encontrar soluções para a morosidade processual brasileira. Desse modo, este estudo tem como objetivo geral abordar a mediação como método adequado e eficaz para se alcançar a efetivação dos direitos dos cidadãos, além de retirar a exclusividade do Poder Judiciário para a resolução dos conflitos. A problemática que envolve o tema parte dos seguintes questionamentos: Como a sociedade vem lidando com a judicialização de processos e soluções extrajudiciais dos conflitos? A desjudicialização realmente contribui para a efetividade dos direitos dos cidadãos quando comparada à judicialização? A metodologia utilizada neste artigo foi a pesquisa bibliográfica, centrando-se no método dedutivo, por meio da análise de livros, artigos, dissertações, entre outros que tratam da temática abordada. Como resultado, ficou constatado que a mediação extrajudicial, além de ser uma inovação para o sistema processual brasileiro, é uma aliada na resolução dos conflitos e do caos no sistema judiciário. A pesquisa constatou que os métodos extrajudiciais, em muito, contribuem para a efetividade dos direitos dos cidadãos quando comparada à judicialização, podendo serem alcançados de forma plena através da mediação extrajudicial e tal procedimento é capaz de proporcionar celeridade nos processos, maior efetividade da segurança jurídica e, sobretudo, um bom atendimento ao cidadão.

**Palavras-chaves:** Desjudicialização. Mediação. Efetividade. Mediação Extrajudicial.

<sup>1</sup> Bacharela em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: rayannecostavieirarl2015@gmail.com.

<sup>2</sup> Professor do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: edsonpmse@hotmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, a sociedade passou por grandes transformações no que diz respeito à resolução de conflitos. Cada vez mais os cidadãos vêm alcançando uma maior conscientização dos seus direitos e, com a criação dos juizados, mais facilidade de acesso à Justiça, o que tem rendido inúmeras críticas ao poder judiciário, já que não é suficiente ter direito a uma ação, sendo-a ineficaz. Por conta disso, a sociedade busca mais do que uma sentença, ela anseia pela efetividade na garantia dos direitos e na resolução de conflitos.

Todavia, atualmente, observa-se que grande número de pessoas tem demonstrado insatisfação com a demanda judicial quando se trata de resolução de conflitos, pelo fato de ela demonstrar certa insensibilidade e ineficácia em suas decisões quando o assunto é interesses pessoais das partes litigantes. Sabe-se que um dos deveres do Estado Juiz é a defesa dos direitos dos cidadãos de forma efetiva e célebre, no entanto, o que revela a literatura jurídica é que a jurisdição estatal é lenta e, muitas vezes, ineficiente, em virtude do excesso de formalismo processual, morosidade e altos custos, sendo incapaz de garantir segurança, celeridade e efetividade processual, o que vem causando um acúmulo de processos pendentes, gerando um congestionamento no setor judiciário.

Os problemas apresentados pela máquina judiciária não se fundam apenas no que diz respeito à quantidade insuficiente de juízes, funcionários, auxiliares da justiça e à falta de investimentos em novas tecnologias, o que afeta diretamente a qualidade do serviço prestado ao cidadão, mas também na falta de fomento para que se tenha uma sociedade que busque formas alternativas de resolução de conflitos e evite o acesso generalizado ao Poder Judiciário, com demandas que seriam facilmente resolvidas por meio de acordos. Além disso, diversas pesquisas revelam que muitos brasileiros preferem ter um prejuízo a se arriscar numa demanda judicial. Por essa razão, fizeram-se necessários instrumentos jurídicos céleres para resolver o elevado número de demandas atendidas na prestação jurisprudencial.

Diante dessa realidade, é possível inferir que nem todos os problemas são resolvidos através de uma ação judicial, e nem todas as situações são litigiosas a ponto de se tornarem um processo. Assim, judicializar e deixar tudo por conta do judiciário nem sempre é o melhor caminho e, devido a essa cultura de quaisquer conflitos “entrar na justiça”, tornou o judiciário congestionado e impossibilitado de atender com presteza os reais interesses dos jurisdicionados.

Visando solucionar essa problemática e alcançar maior efetividade e celeridade nos processos, o instituto da mediação extrajudicial foi criado, sendo considerado, atualmente, um dos mais adequados para solução das controvérsias, contribuindo, assim, para a desjudicialização, pois prioriza a relação entre as partes através de acordos feitos, em regra, antes da propositura de uma ação e fora da estrutura do Poder Judiciário, dando um enfoque maior na reconciliação dos envolvidos para que eles mesmos cheguem a uma solução, evitando conflitos vindouros.

A problemática que envolve o tema aqui proposto, parte dos seguintes questionamentos: Como a sociedade vem lidando com a judicialização de processos e soluções extrajudiciais dos conflitos? A desjudicialização realmente contribui para a efetividade dos direitos dos cidadãos quando comparada à judicialização?

Em virtude do exposto, autores se colocam a disposição para a análise do instituto da mediação extrajudicial, sobretudo, no que diz respeito à (des) judicialização como forma de efetivar direitos, a partir da compreensão das seguintes questões: Quais as vantagens da desjudicialização? A obrigatoriedade da audiência de mediação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) contribui efetivamente para a resolução pacífica dos conflitos e desobstrução do poder judiciário? O que torna a mediação um método adequado para solução de conflitos e quais as vantagens da mediação privada em detrimento da mediação judicial na busca de se promover a desjudicialização?

Feitas essas considerações iniciais, este estudo tem como objetivo geral abordar a mediação como método adequado e eficaz para se alcançar a efetivação dos direitos dos cidadãos, além de retirar do Poder Judiciário a titularidade principal para resolução de

conflitos. Enquanto objetivos específicos destacam-se: analisar a mediação como tutela efetiva de direitos em contraposição ao processo judicial; abordar a mediação extrajudicial como incentivo a desjudicialização e compará-lo com a mediação judicial; identificar o comportamento da sociedade e dos operadores do direito frente à judicialização de processos.

A metodologia utilizada neste artigo foi a pesquisa bibliográfica, centrando-se no método dedutivo, pois será analisado do geral para o particular. Como técnica de pesquisa a mesma é de caráter exploratório. No caso específico desta pesquisa, analisa as qualidades e benefícios da solução extrajudicial. Além disso, utilizou-se o método comparativo, o que contribuiu para uma possível comparação dentro da pesquisa entre a judicialização e a busca da solução de controvérsias por meio de métodos alternativos extrajudiciais, bem como breves comparações a cerca dos métodos alternativos de resolução conflitos e as principais diferenças entre a mediação judicial e a mediação extrajudicial.

É notória a relevância acadêmica deste trabalho, pois os impactos causados por ele poderão contribuir para a construção de uma nova mentalidade e posicionamento dos operadores do direito na esfera social, pois desjudicializar proporciona aos cidadãos pacificação social dos conflitos, economicidade, efetividade e celeridade na resolução das controvérsias que, inclusive, são princípios processuais que têm sido violados em decorrência da grande demanda do judiciário.

Além disso, a pesquisa possui grande pertinência na esfera judiciária, pois já se constata que o método extrajudicial da mediação contribui com a desobstrução do Poder Judiciário, gera economia aos cofres públicos, além de evitar o nascimento ou a continuidade de um processo, preservando o Judiciário, tanto dos gastos públicos, quanto do tempo gasto com litígios que podem facilmente ser resolvidos por meio de um acordo, conseguindo, dessa forma, se debruçar com maior empenho nas demandas que são realmente imprescindíveis à sua atuação.

No intuito de melhor apreciar a temática aqui proposta, dividiu-se o estudo em quatro principais tópicos. O primeiro con-

textualiza a questão da solução adjudicada à jurisdição compartilhada. No segundo tópico discorre-se acerca da desjudicialização por meio da mediação extrajudicial. O terceiro tópico dá ênfase à necessária atuação dos operadores do direito frente à solução consensual de conflitos e, por fim, no quarto tópico, buscou-se fazer uma análise sobre as vantagens de se incentivar a procura por métodos adequados para resolver os conflitos na esfera extrajudicial.

## **2 DA SOLUÇÃO ADJUDICADA À JURISDIÇÃO COMPARTILHADA**

Os Direitos sociais são todos os direitos fundamentais e garantias básicas que devem ser compartilhados por todos os seres humanos em sociedade, independente de orientação sexual, gênero, etnia, religião, classe econômica, entre outros. Em síntese, são direitos inerentes à pessoa humana que devem ser efetivados, sendo dever do Estado fazer valer cada direito elencado na Constituição Federal de 1988 (CF/1988) utilizando meios e formas eficazes e céleres para o alcance de tais fins.

Todavia, embora a defesa dos direitos dos cidadãos seja de responsabilidade do Estado fazer, essa garantia não depende ou não deveria depender, exclusivamente, do Poder Judiciário, já que existem outras formas de resolução de conflitos consideradas eficazes, porém, não tão utilizadas, em razão da cultura da judicialização enraizada na sociedade, que, apesar de ter trazido avanços inestimáveis à cidadania, por outro lado, acarretou imenso volume de litígios para o Estado-Juiz, sendo tal demanda judicial, em grande parte, a causa da morosidade e a consequente ineficiência do sistema judiciário.

Barbosa (2017) afirma que a sociedade está acostumada com a sentença e levam seus conflitos para os Tribunais por enxergarem no Poder Judiciário a única maneira de ter acesso à justiça, disseminando uma cultura de disputas que gerou a crise hodierna do Judiciário. Ou seja, apenas a solução adjudicada do conflito, proferida por um juiz, era considerada.

Ocorre que o processo judicial, marcado por suas formalidades, desgaste financeiro e emocional, gera um contexto lesivo

e adversarial à sociedade, em que se tem um juiz que, delimitado pelo pedido formulado na petição inicial, utiliza-se de provas para buscar a “verdade” dos fatos e atribuir a “culpa”, criando um círculo vicioso de judicialização de conflitos que não se finda com a sentença, mas que, muitas vezes, estende-se por anos a fio. Para Moraes (2019), o processo, mesmo quando julgado, não termina com a sentença, mas se estende aos vieses sociais, pessoais e econômicos, que podem encerrar o processo, caso seja aplicada de fato a solução adequada, saindo os envolvidos bem mais satisfeitos.

Dessa forma, é possível afirmar que muitos dos processos que estão há anos engavetados, aguardando serem analisados e julgados, não precisariam estar lá, visto que poderiam ter sido resolvidos por meio de uma resolução consensual, gerando no jurisdicionado a sensação de insegurança, incerteza e inefetividade do seu direito, que muitas vezes, se perde com o tempo e não alcança sua pretensão.

Na concepção de Castro (2019a), o princípio da inafastabilidade jurisdicional impõe ao Poder Judiciário a obrigação de analisar e julgar todas as questões que lhe são submetidas, não podendo selecionar somente as que, de fato, necessitam da intervenção judicial. Isso quer dizer que o Estado Juiz não pode se abster ou escolher as causas pelas quais acha relevante julgar, mas é seu dever intervir em todas as ações judiciais que a ele são apresentadas, mesmo sendo elas menos complexas e que poderiam ser resolvidas através de um diálogo.

Assim, toda a máquina e todos os procedimentos seguem na busca de se obter uma sentença que dite o que é mais “certo”, tornando cada vez mais distante a satisfação jurisdicional pretendida e a efetivação dos direitos dos jurisdicionados em tempo adequado, pois, como enfatiza Castro (2019b), isso traz um aumento exacerbado de processos em andamento e, por consequência, acaba reduzindo a capacidade do Poder Judiciário de solucionar de forma eficaz, mais rápida e menos onerosa, deixando de atender aos interesses daqueles que a ele se submetem.

Sem dúvidas, a busca pelos meios adequados de solução de conflitos tem sido crescente no país, cujos institutos mais comuns de

resolução de controvérsias criados foram: a mediação, a conciliação e a arbitragem. De acordo com Rolim (2019), a arbitragem é um dos métodos no qual as partes interessadas procuram um árbitro para solução de eventuais conflitos, ao invés de uma decisão judicial.

Por outro lado, a conciliação, segundo Hastenreiter (2019a, p. 62) é um método de resolução de controvérsias no qual “um terceiro, neutro e imparcial, chamado conciliador, facilita a comunicação entre pessoas que mantém uma relação pontual na busca de seus interesses e na identificação de suas questões, através de sua orientação pessoal e direta, buscando um acordo satisfatório para ambas”. A conciliação é indicada para os casos em que há uma relação jurídica esporádica, ou seja, não existe um vínculo anterior entre as partes, e o papel do conciliador é oferecer sugestões para o acordo.

No caso da mediação, Hastenreiter (2019b, p. 62) afirma que é a forma de solucionar conflitos “em que um terceiro, neutro e imparcial chamado mediador, facilita a comunicação entre pessoas que mantém uma relação continuada no tempo, na busca de seus interesses e na identificação de suas questões com uma composição satisfatória para ambas”. Na mediação, tem-se uma relação jurídica que precisa ou que há o interesse das partes para que continue existindo, pois já havia um vínculo anterior entre elas, devendo o mediador se abster de gerar soluções, dando enfoque à tentativa de se restaurar o diálogo entre os envolvidos para que eles mesmos cheguem a uma solução.

Para cada conflito existe um método adequado a ser utilizado. Desse modo, é necessário identificar os objetivos dos litigantes para que sejam atendidas às especificidades e particularidades de cada caso. A mediação, para Oliveira (2014), sugere construir um contexto colaborativo, motivando uma verdadeira transformação de atitude e pensamento em relação ao contexto adversarial das ações judiciais. Não existem ganhadores ou perdedores, todos suportam os custos, sejam eles financeiros, emocionais e os relacionais da disputa.

Em outras palavras, é um convite às partes a atuarem de maneira inclusiva e flexível, saindo do ganha/perde como estão acostumados no processo, existindo um vencedor e um vencido, para o ganha-ganha, auxiliando os envolvidos a alcançarem seus

verdadeiros interesses e a conserva-los num acordo criativo no qual as duas partes ganham.

A Lei de Mediação trouxe em seu escopo que a mediação é um instrumento por meio do qual os conflitantes procuram a colaboração de um terceiro imparcial que irá ajudar no reestabelecimento do diálogo para que se possibilite a solução do conflito, o mediador não julga e nem mesmo age como um conselheiro judicial, mas apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual, atuando como um terceiro neutro que deve ter conhecimentos técnicos necessários para o bom desenvolvimento do processo cuja função é a de restabelecer a comunicação entre as partes. (BRASIL, 2015)

Na mediação os próprios mediados são os protagonistas na construção da solução, por meio de um diálogo equilibrado e respeitoso conduzido pelo mediador, isso quer dizer que, como afirma Contin (2019), a função do mediador não é entabular um acordo, mas reestabelecer o convívio entre os envolvidos, colocando-os em pé de igualdade.

O mediador utiliza-se de técnicas para assegurar o equilíbrio e a isonomia entre as partes, a fim de evitar qualquer tipo de desigualdade, seja cultural, intelectual ou financeira, que torne o acordo desproporcional ou até mesmo abusivo. De acordo com Souza (2014), o processo de mediação deve ser conduzido de forma a garantir que o nível de informação e compreensão seja equilibrado, garantindo a ambas as partes a oportunidade de se expressarem e que o diálogo seja delineado de forma a assegurar que todos os envolvidos tenham consciência dos interesses que estão em jogo e de suas alternativas ao acordo.

Portanto, a mediação, apesar de não ter as formalidades do processo judicial, não é desorganizada, mas estruturada e norteada por princípios fundamentais, quais sejam: o princípio da imparcialidade, isonomia entre as partes, informalidade, busca do consenso, oralidade, confidencialidade, boa-fé e a autonomia da vontade. Cabe ao mediador assegurar o cumprimento desses princípios, a fim de garantir acordos justos e que se efetivem direitos. No entendimento de Takashima (2019), o principal objetivo da mediação é encontrar um diálogo entre as partes do conflito, levando-as a buscar a melhor solução. Devendo, primeiro, se restaurar o diálogo,

em seguida busca-se tratar o conflito existente e, somente depois, é que se procura a solução.

Observa-se que o objetivo da mediação não é o acordo propriamente dito, mas a mudança das pessoas e a maneira como lidam com suas relações. Não significa dizer que os acordos não são realizados, muito pelo contrário, a grande maioria deles são efetivados, pois, como bem destaca Tartuce (2018), quando as pessoas compõem seus próprios conflitos e concorrem na construção de uma saída produtiva para ambas e de acordo com as suas vontades, elas cumprem espontaneamente os ajustes que foram acordados, não necessitando de iniciativas adicionais para se executar o combinado.

Dessa forma, constata-se que as pessoas envolvidas têm a sensação de que a justiça foi realmente aplicada, na medida em que o próprio jurisdicionado tem protagonismo na solução do conflito, criando uma sensação de maior conforto, segurança, satisfação e benefício mútuo, gerando soluções muito mais legitimadas, com um grande nível de comprometimento das partes em cumprir aquilo que está sendo acordado.

### **3 A DESJUDICIALIZAÇÃO POR MEIO DA MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL**

Desjudicializar é a propriedade de levar as partes a comporem seus próprios conflitos fora da esfera judicial, ou seja, de forma privada, sem ser realizada ou iniciada pelo poder Judiciário. Transferindo atividades que antes eram exclusivas do Poder Judiciário para órgãos realizarem por meio de procedimentos administrativos nas serventias extrajudiciais. (BARBOSA, 2017).

A mediação é um instituto alternativo de resolução de conflitos que pode ser utilizado a qualquer momento: antes de ser judicializado, durante o curso do processo judicial e até mesmo depois de ser proferida uma sentença. Apesar de semelhantes, a mediação judicial e a extrajudicial possuem diferenças significativas.

Conforme Silva (2019), a mediação extrajudicial é a manifestação de vontade das partes que procuram um mediador para ouvi-las e chegarem à solução de seus conflitos. Já a mediação Ju-

dicial ocorre mediante a indicação do Juiz que, ao receber a petição inicial, poderá marcar a audiência de mediação. Se a mediação for realizada no âmbito do Poder Judiciário, por mediador judicial, haja ou não processo iniciado, ela será judicial e deverá ser homologada por um juiz de direito. No caso de a mediação ser realizada fora do âmbito do Poder Judiciário, por mediador extrajudicial, haja ou não processo iniciado, essa será extrajudicial e o eventual acordo pode ou não depender, para que se tenha eficácia de título executivo, de homologação judicial.

O Código de Processo Civil (CPC) trouxe a obrigatoriedade da audiência de conciliação e mediação. No entanto, o que se tem visto na prática é uma leitura do código, o seguimento de uma “regra”, porém, seus efeitos não são os esperados, já que, geralmente, as partes são designadas à uma audiência após a propositura de uma ação, tornando a relação já conflituosa e, se porventura não havia discordia, passaria a existir, pois ninguém se sente confortável ao saber que está sendo processado. (BRASIL, 2015)

A mediação, na visão de Barbosa (2017), poderia ter sido disciplinada de maneira diferente no CPC/2015, ou seja, antes da propositura da petição inicial pela parte, a fim de resolver qualquer conflito previamente, pois, havendo acordo entre as partes, já não haveria necessidade de peticionar nos autos. Com a postulação antes da fase mediadora, o conflito se instaura e o processo se retarda mais ainda.

Em razão disso, percebe-se que a conscientização do acordo deve ser, prioritariamente, feita antes do ajuizamento, para que, assim, possa-se evitar o ingresso de ações judiciais. Desse modo, caso uma pessoa queira dirigir-se ao Judiciário, é um direito dela, mas, se possível, deve-se estabelecer mecanismos para que as pessoas pensem diferente e só procurem o Judiciário quando esse for imprescindível, devendo ser feito dessa maneira. Sobre essa questão, Gonçalves e Rennó (2017a) expõem que apenas devem ser levados aos tribunais os conflitos que não puderem ser resolvidos na esfera privada. Dessa forma, todos ganham, os cidadãos passam a resolver seus conflitos amigavelmente e sem grandes prejuízos, enquanto o Judiciário se preocupará com os casos em que não for possível a solução consensual.

A Lei de Mediação também se preocupou em criar formas para se ter um poder judiciário mais célere, impondo aos tribunais o dever de criarem centros judiciários de solução de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e de desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição, os chamados “Cejuscs”. (BRASIL, 2015).

Entretanto, na prática, recorrer aos Cejuscs é válido, mas a mediação extrajudicial pode ser ainda mais viável, devido as suas características de celeridade, menor formalismo, custo, maior poder de decisão das partes e sigilo. Gonçalves e Rennó (2017b)creditam que a mediação judicial por meio dos CEJUSCS é apenas mais uma forma de judicialização, já que o que ocorre é a transferência de sobrecarga do contencioso judicial para os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Isso significa que o resultado de maior efetividade aos direitos e a consequente desobstrução do poder judiciário acaba não ocorrendo de maneira plena, visto que a própria estrutura do judiciário continua servindo também para promover a mediação. Rennó e Gonçalves (2017c) aludem que, se o propósito é mudar a cultura da sociedade, da sentença para o consenso, é essencial que os cidadãos passem a acreditar que não é apenas sob a égide do Estado e dentro da estrutura do Poder Judiciário, é que é possível resolver os conflitos. Pois, se assim for, os tribunais continuarão sobrecarregados, o Estado continuará arcando com todas as despesas da judicialização e os contribuintes continuarão financiando a máquina estatal.

Dessa forma, a mediação deve ser estimulada para além do Judiciário a fim de se evitar que continue sendo colocada como uma passagem obrigatória para a solução, visto que muitos dos conflitos podem ser encaminhados para uma jurisdição não judicial, sendo uma forma de composição que não envolve a máquina do Poder Judiciário e coloca o aparelhamento estatal como *ultima ratio*.

Infere-se, desse modo, que a mediação extrajudicial se apresenta como uma saída rumo à desincentivar o ingresso de novos processos no Poder Judiciário, conforme Tartuce (2018), a mediação privada pode ser conduzida por qualquer pessoa de

confiança das partes e é subdividida em institucional, que é a organizada por centros e associações de mediação ou independente, conduzida por mediadores sem vínculo com uma entidade e escolhidos livremente pelos interessados.

A mediação privada é institucionalizada por uma entidade privada especializada em mediação, realizando mediações até de forma online ou por um mediador que tenha vínculo ou não com uma entidade, escolhido livremente pelas partes, como é o caso do advogado particular com treinamento em mediação, que poderá realizar esse procedimento no seu próprio escritório. Além disso, segundo Hill (2018), os registradores e tabeliões também passaram a atuar no movimento da desjudicialização ao realizarem habilitação de casamento sem intervenção judicial, partilhas, inventários, divórcios consensuais, divisão e demarcação de terras particulares, registros tardios de nascimento sem intervenção judicial, usucapião extrajudicial, homologação do penhor legal, entre outros.

Portanto, os cartórios também são mais uma alternativa para a resolução de conflitos de forma consensual nas serventias extrajudiciais e, apesar de aproximar-se do regime de mediação judicial, em virtude dos critérios de formalismo e fiscalização, o fato de serem realizados fora da estrutura do judiciário já é uma grande vantagem, deixando os cidadãos muito mais à vontade para conversarem e solucionarem seus conflitos em um ambiente confortável, que não seja num fórum ou perante um juiz.

De acordo com Marques (2014), a transferência desses serviços para os cartórios extrajudiciais, que antes somente eram realizados pela Justiça, tem por objetivo gerar celeridade aos processos que não são litigiosos e contribuem consideravelmente para a redução da imensa pressão sobre os tribunais. É necessário que a sociedade entenda que o objetivo principal da desjudicialização não é diminuir acervo, desobstruir o poder judiciário ou baratear custos. Apesar de serem consequências importantes, elas são secundárias. O objetivo primário é prestar um bom serviço à sociedade e garantir que os direitos dos cidadãos sejam apreciados com a devida importância e, assim, efetivados.

Para Hastenreiter (2019c), não se trata de desafogar as prateleiras do judiciário brasileiro, mas de garantir a pacificação social através dos benefícios que eles propiciam, proporcionando um grande ganho tanto para a sociedade quanto para a Justiça brasileira. A diminuição do número de conflitos que chegarão ao Poder Judiciário será apenas uma consequência da consolidação dessas práticas consensuais, pois a tendência é que as pessoas busquem espontaneamente a resolução dos seus conflitos por meio da composição comum de um acordo.

Assim sendo, a mediação se mostra como o meio mais eficaz para garantia efetivados direitos dos cidadãos, trazendo ao jurisdicionado uma maior segurança de cumprimento do que foi acordado, dessa maneira, quando lavrado o acordo com natureza de título executivo extrajudicial ou judicial e, se homologado judicialmente, o acordo gera efeitos entre todos os envolvidos. Além disso, conforme Tasca (2016), nos casos em que a parte está obrigada não cumprir com sua obrigação no acordo, o credor poderá executar o título perante o Judiciário. Portanto, na concepção de Borges e Santos (2017, p. 208), “a mediação constitui uma opção das partes e, nesse sentido, tal escolha não deve ser considerada como renúncia à jurisdição estatal. Pelo contrário, a existência de meios extrajudiciais de resolução de conflitos permite ao jurisdicionado optar pelo procedimento mais eficaz”.

A mediação extrajudicial não afasta o acesso à jurisdição, mas expande o verdadeiro conceito de acesso à justiça e efetividade, contribuindo significativamente para a devida realização dos direitos e interesses da sociedade. É necessário entender que o Estado-juiz não comporta um poder judiciário centralizado, mas é essencial que se abra um leque de possibilidades para que a sociedade possa resolver seus conflitos com efetividade garantida.

#### **4 OS OPERADORES DO DIREITO FRENTE A SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS**

Embora boa parte da sociedade brasileira enxergue a esfera judicial como a única forma que se dispõe para resolver seus

conflitos, e até mesmo os próprios operadores do direito vislum-brem essa mentalidade, é notório perceber que as pessoas não são litigantes, elas estão litigando em decorrência do enfraquecimento de sua relação, em que foi necessário buscar meios para garantir seu direito, mas, de fato, o que as pessoas querem é ser ouvidas, ser mais do que números ou papéis, mas, simplesmente, pessoas que, por meio da esfera extrajudicial, podem resolver seus conflitos com uma maior celeridade.

Segundo Pereira (2015), as partes integrantes deste sistema devem estimular à sociedade a resolução dos seus conflitos pelos meios alternativos, evitando, assim, que o Poder Judiciário continue sendo o destino de inúmeras ações, as quais não haveria a necessidade de um pronunciamento judicial. Dessa forma, os operadores do Direito, a começar pelos estudantes, que são profissionais em formação, precisam se conscientizar de que o Poder Judiciário recebe mais processos do que soluciona, por isso, há a necessidade de se desjudicializar, logo eles mesmos devem ser os primeiros a incentivarem os meios alternativos de resolução de conflitos, para que, num futuro muito próximo, se possa ter um Poder Judiciário menos congestionado, que garanta a celeridade processual.

O Código de Processo Civil estabelece em seu artigo 3º §§2º e 3º que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, ou seja, todos os operadores do direito precisam estar cientes de que devem incentivar as partes a tentarem chegar a um acordo antes da propositura de uma ação (BRASIL, 2015).

Conforme Tartuce (2018), para que a mediação seja de fato o caminho adotado pelas pessoas e pelos operadores do direito, apenas as alterações legislativas não são suficientes, é necessária a conscientização de todos, disseminação de informação, disponibilização de iniciativas e a instauração gradual de uma nova mentalidade sobre a composição e condução dos conflitos.

Por isso, faz-se necessário que haja uma capacitação dos servidores, magistrados e advogados, bem como uma readequação

dos cursos jurídicos e, até mesmo, das grades nas faculdades, inclusive já exigidos pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Ministério da Educação – MEC. Além disso, a própria Ordem dos Advogados do Brasil – OAB tem discutido sobre essa matéria, incube-se a todos o dever diário de uma implementação em maior escala das normas dessa cultura no enfrentamento dos processos, com o intuito de realmente construir outra mentalidade.

Completa ainda o autor acima citado que, para que mudanças significativas possam ocorrer em termos qualitativos, é imprescindível que o profissional do Direito entenda que suas principais funções não somente incluem representar e patrocinar o cliente (como advogado, conselheiro e defensor), mas também conceber o design de um novo enquadre que dê lugar a esforços colaborativos (TARTUCE, 2018).

Nessa perspectiva, para que a soluções extrajudiciais de fato se expandam e os direitos dos jurisdicionados sejam efetivados em grande escala, é essencial que haja a propagação dos benefícios em seguir por esse caminho. Cabe, portanto, aos operadores do direito que estão na linha de frente na defesa dos direitos da sociedade, fomentar a resolução consensual dos conflitos por meio da mediação extrajudicial.

## **5 VANTAGENS DA (DES)JUDICIALIZAÇÃO COMO FORMA DE EFETIVAR DIREITOS**

Desjudicializar, apesar de ser uma palavra que ainda não existe no dicionário brasileiro, o seu estudo e prática são de suma importância, tanto no âmbito social, judicial e acadêmico. Vale destacar que, apesar da queda no número de processos no Judiciário, percebe-se que ainda há um grande volume de demandas a espera para serem julgadas, além disso o aumento da produtividade dos juízes não é sinônimo de efetividade, visto que o julgamento acelerado e o excesso das demandas acabam gerando um novo tipo de problema para a sociedade, tais como: o aumento de erros nas sentenças, a insegurança dos jurisdicionados e a consequente descredibilidade nas decisões proferidas.

Conforme Aguiar (2018) é evidente que a busca pelas formas de resolução de conflitos fora do Poder Judiciário é o caminho mais adequado para a amenização do acúmulo excessivo de processos judiciais, bem como os custos sociais deles decorrentes e a ocorrência de erros nas decisões. A economicidade é uma das muitas vantagens da desjudicialização, pois, como se sabe, os custos de um processo são elevados tanto para o Poder Judiciário quanto para as partes envolvidas no processo que, muitas vezes, investe tudo o que tem com custas, taxas, advogado e, até mesmo, com o seu tempo. Como resultado, geralmente, o que se obtém é uma sensação de insatisfação jurisdicional.

A mediação proporciona o alcance do cumprimento de muitos dos princípios constitucionais processuais que vinham sendo violados, como: o princípio da razoável duração do processo, da cooperação, da isonomia, entre outros, ampliando, desse modo, o conceito de acesso à justiça e de efetividade.

A Ordem dos Advogados de Sergipe constatou que a procura pelo uso dos métodos extrajudiciais para resolução de conflitos está aumentando na Ordem dos Advogados do Brasil, no Estado de Sergipe. Desde maio de 2019, o Núcleo de Mediação e Conciliação de Conflitos (NUMEC) tem realizado audiências em fase pré-processual diante de conflitos societários entre advocacia ou de litígios de natureza disciplinar.

A mediação tem ganhado espaço e importância, desde a criação da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2010, a qual orientou os Tribunais de todo o país na implantação de políticas públicas para o Tratamento Adequado da Resolução de Disputas no âmbito do Poder Judiciário, especialmente a mediação.

Em 2015, entrou em vigor a chamada Lei da mediação de nº 13.140, que veio dispor e dar efetividade à mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares, envolvendo também a União, Estados e Municípios. E, no mesmo ano, entrou em vigor o Código de Processo Civil, sucedendo o Código de 1973, trazendo consigo vários artigos para regularem os procedimentos da mediação.

Por fim, acrescenta-se que vários órgãos públicos, como o CNJ com a mediação digital, e órgãos privados, como a OAB e ou-

tos, têm caminhado na busca de implementar câmaras, promover projetos, oficinas jurídicas e cursos de capacitação para que, cada vez mais, a mediação seja realizada em conflitos sociais de diversas natureza, como nos casos trabalhistas, conflitos entre familiares, escolar, comunitário, infanto-juvenil, cobrança de dívidas, relações de consumo, pensão alimentícia e outros.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tais considerações, é possível inferir que a busca pela desjudicialização vai além da busca pela redução da demanda de processos no Poder Judiciário, mas também vai proporcionar à sociedade o atendimento do seu pleito de forma mais célere e econômica, sendo capaz de garantir muito mais do que o acesso ao judiciário e a uma sentença, mas, sobretudo, o acesso à justiça e a proteção dos seus direitos, dando-lhes a oportunidade de compor seus próprios conflitos na busca de solução para seus empasses e da efetividade dos seus direitos.

Frente a essa realidade, o poder Judiciário não é o único caminho para a tutela de direitos da sociedade, existem outras formas de resolução de conflitos que também são eficazes, porém, não tão utilizadas, em razão da cultura da judicialização que está enraizada na sociedade. Dessa forma, o que se almeja é uma mudança de paradigma, a fim de evitar que o Judiciário continue sendo colocado pela lei como uma passagem obrigatória para solução, buscando que a sociedade não dependa exclusivamente de uma sentença para resolução das suas controvérsias, mas que somente o procure quando a sua atuação for realmente imprescindível.

Constatou-se que a mediação é um instituto que foi pensado para expandir o conceito do que é justo e eficaz, além de cumprir com maior precisão o preâmbulo Constitucional Brasileiro, que versa sobre uma sociedade fraterna, tendo como objetivo, com a solução pacífica das controvérsias, a implementação de harmonia social na ordem interna e internacional. Com a restauração do diálogo entre as partes e, após isso, conduzi-las a olhar para o outro com empatia e flexibilidade, estar-se-á olhando para um futuro

caracterizado por uma sociedade empoderada e comprometida, que lida com seus conflitos sem necessidade de transferência para um terceiro, que soluciona de modo formal os litígios, mas que não se preocupa com as lides.

Nessa perspectiva, o fenômeno da desjudicialização ganha relevância como tutela efetiva dos direitos dos cidadãos, seja por meio de acordo ou por meio do próprio poder judiciário, podendo ser alcançado, de forma plena, por meio da mediação extrajudicial, ou seja, audiências realizadas antes mesmo da propositura de uma ação e fora do poder judiciário por câmaras privadas ou até mesmo pelo próprio advogado em seu escritório, proporcionando aos cidadãos um ambiente muito mais adequado para se chegar a um acordo, sem grandes custos financeiros, emocionais e temporais, além de possibilitar aos envolvidos um alto grau de cumprimento do que foi acordado, ocasionando, consequentemente, o desafogamento do poder judiciário, por conseguinte, conseguirá, com maior presteza, se debruçar nos casos que realmente são necessários.

Pelas razões delineadas, conclui-se que a mediação extrajudicial contribui para o fim do caos do sistema judiciário e garante com maior efetividade e celeridade as pretensões da sociedade, levando em consideração os reais interesses dos cidadãos, por meio de acordos criativos alcançados pelas próprias partes sob o prisma da legalidade e não com base na letra fria da lei. Diferentemente do que ocorre no processo, existe uma gama de pontos que são levados em consideração no momento de se fazer um acordo, como a real situação, os interesses das partes e os seus sentimentos. Pontos esses que não tem como serem vistos ou sentidos pelo juiz, pois ele é estranho à situação, decidindo estritamente com base em provas e argumentos limitados, resolvendo a disputa, mas não eliminando de fato o conflito.

Portanto, cabe aos operadores do direito, bem como os profissionais em formação, entenderem que são peças essenciais no processo de mudança da cultura do litígio, e da judicialização para a cultura da paz e da desjudicialização, pois, somente assim será possível alcançar uma sociedade mais segura, que possa, de fato, sentir que seus direitos são protegidos e acreditar na efetiva aplicação da justiça.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Artur Silva de. Uma análise econômico-processual da autocomposição e do seu papel para o descongestionamento do Poder Judiciário, 2018. Disponível em: [http://www.editoramagister.com/doutrina\\_27805568 uma\\_analise\\_economico\\_processual\\_da\\_autocomposicao\\_e\\_do\\_seu\\_papel\\_para\\_o\\_descongestionamento\\_do\\_poder\\_judiciario.aspx](http://www.editoramagister.com/doutrina_27805568 uma_analise_economico_processual_da_autocomposicao_e_do_seu_papel_para_o_descongestionamento_do_poder_judiciario.aspx). Acesso em: 24 abr. 2020.
- BARBOSA, Miguel. **O fenômeno da desjudicialização advindo do novo CPC/2015 e sua atuação no auxílio da desobstrução.** Artigos Jurídicos. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/miguelbarbosa/artigos/o-fenomeno-da-desjudicializacao-adv-indo-do-novo-cpc-15-e-sua-atuacao-no-auxilio-dadesobstrucao-e-celeridade-do-judiciar io-4076>. Acesso em: 11 abr. 2019.
- BORGES, Pedro Pereira; SANTOS, Elaine Cler Alexandre dos. Mediação como instrumento para solução de conflitos: Direito Fundamental de Acesso à Justiça. **Revista Direito UFMS**, Campo Grande/MS, v. 3, n. 1, p. 183 – 210, Jan./Jul. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/issue/view/315>. Acesso em: 12 abr. 2020
- BRANCO, Ivana Junqueira; FERNANDES, Cassiane de Melo. **Métodos Adequados para resolução de conflitos IX turma de Direito da Faculdade de Barreto.** Disponível em: [https://faculdadebarretos.com.br/wpcontent/uploads/2019/05/Coletanea\\_MetodosAdequadosParaSolucaoDeConflitos.pdf](https://faculdadebarretos.com.br/wpcontent/uploads/2019/05/Coletanea_MetodosAdequadosParaSolucaoDeConflitos.pdf). Acesso em: 12 maio 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números – 2016.** Sumário Executivo. Edição publicada em 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/b8f46be-3dbbf344931a933579915488.pdf>. Acesso em: 21 maio 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números – 2019.** Sumário Executivo. Edição publicada em 2019. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf). Acesso em: 24 abr. 2020.
- GONÇALVES, Ana Maria Maia; RENNÓ, Leandro. As vantagens da mediação privada, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/269610/as-vantagens-da-mediacao-privada>. Acesso em 11 abr. 2019.

HILL, Flávia Pereira. **Mediação nos cartórios extrajudiciais:** desafios e perspectivas. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 296-323, set./dez.2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/39175/27450>. Acesso em: 24 abr. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_alphacontent&ordering=5&limitstart=1860&limit=10](https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_alphacontent&ordering=5&limitstart=1860&limit=10). Acesso em: 21 mai. 2020.

MALARD, Christiane Neves Procópio. **A Defensoria Pública como agente legitimado a mediação no Novo Código de Processo Civil e a Democratização do Sistema de Justiça**, 2013. Disponível em: [https://www.defensoria.mg.def.br/wpcontent/uploads/2013/11/Artigo\\_Livro\\_IEC\\_Christiane\\_N\\_Proc.pdf](https://www.defensoria.mg.def.br/wpcontent/uploads/2013/11/Artigo_Livro_IEC_Christiane_N_Proc.pdf). Acesso em: 10 abr. 2019.

MARQUES, Norma Jeane Fontenelle. **A desjudicialização como forma de acesso à justiça. Conteúdo Jurídico**, 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/40301/a-desjudicializacao-como-forma-de-acesso-a-justica>. Acesso em: 12 mai. 2020.

MARTINE, Fernando. Plataforma de mediação online fez 32 mil acordos judiciais em três anos. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-13/plataforma-mediacao-online-fez-35-mil-acordos-tres-anos>. Acesso em: 22 abr 2020.

MATOS, Débora. Mais de 95% dos casos foram mediados e解决ados extrajudicialmente. **Defensoria Pública do Estado de Sergipe**, 2017. Disponível em: <https://www.defensoria.se.def.br/?p=15570>. Acesso em 22 abr. 2020.

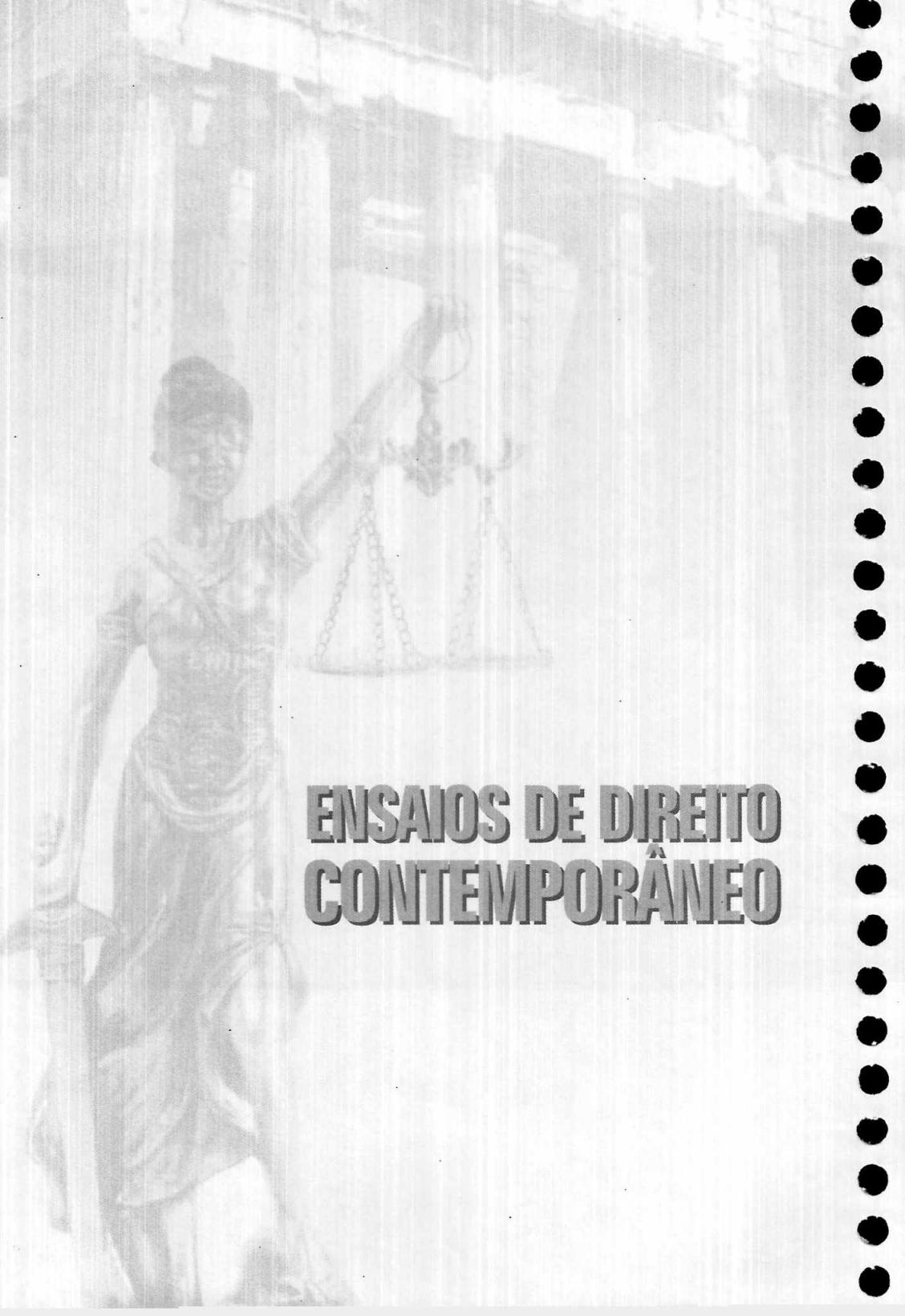
OAB/SE EFETIVA NÚCLEO DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO DE CONFLITOS E REALIZA AUDIÊNCIAS. In: **OAB Sergipe**, 2019. Disponível em: <http://oabsergipe.org.br/blog/2019/07/18/oab-se-efetiva-nucleo-de-mediacao-e-conciliacao-de-conflitos-e-realiza-audiencias/>. Acesso em: 22 abr. 2020.

OLIVEIRA, Igor Lima Goettenauer de (Org.). **Manual de mediação para a defensoria pública**. ed. Brasília: CEAD/ENAM, 2014.

PEREIRA, José Luiz Parra. Operadores do Direito devem contribuir com desjudicialização. **Revista Consultor Jurídico**. 23 de Mar. de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-23/jose-pereira-advogadoscontribuir-desjudicializacao>. Acesso em: 09 mai. 2019.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas.** 1ed. – Brasília, DF: FUB, 2014. Disponível em: <https://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2015/11/Resolucao-Consensual-de-Politicas-Publicas.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2020.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis** 4. ed., rev, atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/8n5100>. Acesso em: 22 abr. 2020.



**ENSAIOS DE DIREITO  
CONTEMPORÂNEO**

## CAPÍTULO II

### A IGUALDADE DE GÊNERO NO BRASIL: UMA ANÁLISE NORMATIVA ACERCA DOS DIREITOS DAS MULHERES NA SEARA TRABALHISTA

Lizane Maria Nascimento Santos<sup>1</sup>

Edson Oliveira da Silva<sup>2</sup>

Eudes de Oliveira Bomfim<sup>3</sup>

#### RESUMO

O objetivo deste estudo foi realizar uma análise normativa acerca da igualdade de gênero a partir dos direitos trabalhistas femininos positivados. Para tanto, buscou-se verificar se há, de fato, uma equiparação entre os gêneros na seara trabalhista, bem como estudar a importância do tratamento discriminatório positivo para a efetivação da igualdade. Este artigo foi norteado pelo método dedutivo, por meio da realização de pesquisas bibliográficas e qualitativas para realizar uma abordagem acerca da igualdade de gênero, especificamente aquela referente ao âmbito do trabalho. Foi realizado um estudo acerca da evolução da legislação brasileira no que diz respeito às normas laborais existentes, de modo a analisar o desenvolvimento do ordenamento jurídico acerca da proteção dos direitos trabalhistas femininos, bem como a importância da implementação de políticas públicas e metas destinadas à inserção da mulher no mercado de trabalho para promover a efetivação da igualdade entre os gêneros diante da condição de vulnerabilidade desse grupo social.

**Palavras-chave:** Igualdade de Gênero. Mulher. Trabalho. Isonomia. Discriminação.

<sup>1</sup> Bacharelanda em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: lizanemaria@gmail.com

<sup>2</sup> Professor do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: edsonpmse@hotmail.com

<sup>3</sup> Professor do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: eudes.bomfim1977@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo estuda o direito à igualdade, especificamente àquela entre os gêneros, assegurado amplamente pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso I, visto que se trata de um direito fundamental, uma vez que está positivado no âmbito interno. No entanto, sua essência vai além disso, eis que também consiste em um direito humano dado seu reconhecimento e importância no âmbito internacional. Partindo para uma premissa singular, o direito à igualdade das mulheres, especialmente no que se refere ao âmbito do trabalho, malgrado o progresso existente, seja em âmbito nacional e internacional assegurado pelas leis e tratados vigentes, é possível observar que, na prática, ainda persistem algumas discriminações que impedem o gozo dos direitos das mulheres em sua plenitude.

Por mais que existam no ordenamento jurídico dispositivos assecuratórios que promovam a igualdade de gênero no âmbito trabalhista, constituem-se, em boa parte, apenas no “dever ser”, permanecendo somente no âmbito das normas, visto que nem todos são, deveras, efetivados de forma plena na sociedade, restando, assim, o ser, que se refere ao mundo natural, local em que as discriminações persistem em existir. De forma simples, por mais que haja vários preceitos na ordem jurídica que articulam sobre como assegurar a igualdade entre gêneros na esfera trabalhista, todavia, esses regulamentos jurídicos não são efetivados. Desse modo, indaga-se neste estudo: Em que medida ocorreu igualdade de gênero nessa área ante a necessidade de uma proteção específica para esse grupo vulnerável?

O objetivo geral deste estudo foi realizar uma análise normativa acerca da igualdade de gênero a partir do Direito da Mulher na seara trabalhista. Diante disso, buscou-se verificar se existe, de fato, uma equiparação entre homens e mulheres ante as normas laborais do ordenamento jurídico brasileiro, bem como estudar a importância do tratamento discriminatório positivo para a efetivação do princípio da isonomia.

Desse modo, é possível inferir a relevância da análise do presente tema, pois se apresenta como um objeto de extrema per-

tinência a ser estudado, uma vez que a igualdade se constitui em um direito e garantia fundamental assegurado pelo Estado Democrático de Direito Brasileiro, bem como pelos demais países que são norteados por esse princípio.

Por fim, o texto foi desenvolvido segundo o método dedutivo, por meio de pesquisas bibliográficas e abordagem qualitativa, utilizando-se de artigos sobre os direitos das mulheres, especialmente no âmbito trabalhista, bem como por doutrinas que tratem sobre matéria constitucional, no que tange aos princípios da igualdade e da isonomia.

## 2 AVANÇOS INTERNACIONAIS NO DIREITO TRABALHISTA FEMININO

De acordo com Schneider (2015), o trabalho da mulher é tratado com atenção especial ante o passado opressor que enfrentou, de modo a lidar, dentre outros fatores, com limitações, desigualdades salariais e péssimas condições de trabalho. Diante disso, o trabalho feminino era conhecido por representar mão de obra barata e redução nos custos da produção, de forma que tal abuso despertou o interesse estatal na regularização a fim de regularizar as relações de trabalho envolvendo as mulheres.

Nesse sentido, Almeida *et al.* (2016) descreveram a realidade do trabalho da mulher à época da Revolução Industrial como sendo um período em que não havia limite de jornada de trabalho, de modo que as mulheres laboravam em condições precárias. Ademais, Costa e Vieira (2017) informaram que, devido a sua falta de qualificação profissional, lhes eram delegadas posições subalternas e de trabalho intensivo, recebendo salários inferiores aos dos homens e tendo, por consequência, seu trabalho desvalorizado e amplamente explorado ante as constantes ameaças de seu serviço ser descartado.

Depreende-se, portanto, que não havia qualquer distinção biológica entre os sexos, de modo que as condições físicas femininas eram desrespeitadas, não existindo medidas protetivas desti-

nadas às condições especiais inerentes às mulheres, a exemplo da maternidade e cuidado com filhos menores. Dessa forma, verifica-se que o cenário aludido corresponde a um período sem intervenção Estatal, de modo que a regulamentação dos direitos trabalhistas, conforme prelecionam Oliveira e Godoy (2017), ocorreu por meio de conquistas sociais, de forma gradativa.

Em 1919 foi fundada a Organização Internacional do Trabalho (OIT), cuja finalidade era instituir e promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar do trabalhador. Conforme dispõe Coelho (2017), essa regulamentação foi de suma importância para assegurar a efetividade dos direitos das mulheres em uma época marcada pelo pós-guerra e produção em série em razão da industrialização, sendo normas percussoras e necessárias para a proteção dos direitos trabalhistas.

A OIT demonstrou preocupação em garantir uma proteção especial à mulher e, em 1919, editou a Convenção 3, relativa ao Emprego das Mulheres antes e depois do parto e, em seguida, a Convenção 4, consoante ao trabalho noturno das mulheres, as quais não estão mais em vigor. (OIT, 1919).

A Convenção 89, de 1948, versa sobre o trabalho noturno das mulheres na Indústria. A Convenção 100, que trata da igualdade de remuneração de homens e mulheres trabalhadores por trabalho de igual valor, foi adotada em 1951. A Convenção 103, de Amparo à Maternidade, foi criada em 1952 e a Convenção 111 em 1958, a qual aborda a discriminação em matéria de emprego e ocupação. Vale ressaltar que esses dispositivos estão vigentes e foram ratificados pelo Brasil. (OIT, 1948; 1951; 1952; 1958).

Em 1945, pós Segunda Guerra Mundial, houve o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), grande marco histórico para a consolidação dos direitos humanos. A ONU tratou a igualdade da mulher com a devida importância em razão da necessidade de uma proteção especial, de modo a elaborar diversas Convenções para tratar dos direitos femininos. (RAMOS, 2020).

Elaborada em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é considerada um referencial jurídico global de direitos humanos, trazendo em seu texto diversos direitos civis, sociais, políticos, econômicos e culturais. Essa Declaração é um instrumento

importante voltado para a tutela dos direitos fundamentais no plano internacional. Ademais, apesar de proteger os referidos direitos de forma ampla, aos poucos, o sistema normativo internacional foi ampliado com normas mais específicas voltadas, dentre outros sujeitos, à tutela da mulher. (ONU, 1948).

Não obstante, todas as avenças foram consolidadas, um dos instrumentos mais importantes é a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. (PETERKE, 2010). Dessa forma, é possível extrair dessa Convenção obrigações que abordam sobre diversas áreas da vida civil, a exemplo de demandas sociais, econômicas, políticas e culturais, garantindo a efetivação de seus direitos a fim de eliminar as discriminações nesses aspectos.

No continente Europeu, importante se faz mencionar o Compromisso Estratégico para a Igualdade de Gênero 2016-2019. Tal documento trata acerca de medidas para atingir a igualdade de gênero em diversos desdobramentos, dentre eles na área trabalhista, dispondo de metas sobre como aumentar a participação das mulheres no mercado de trabalho, promover a independência econômica da figura feminina, reduzir as disparidades nas remunerações e modernizar o quadro jurídico da União Europeia para assegurar o cumprimento da legislação, entre outros, tudo para que se promova a igualdade material entre os gêneros. (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

Portanto, é possível constatar que os Estados entram como um dos principais responsáveis pela criação de normas que asseguram a proteção específica para grupos vulneráveis, a exemplo das mulheres.

### **3 DESENVOLVIMENTO DA PROTEÇÃO TRABALHISTA FEMININA NO BRASIL**

O Brasil participou de diversos tratados e convenções internacionais responsáveis pela tutela dos direitos das mulheres. Como citado na seção anterior, o Estado brasileiro incorporou diversas normas e tratados internacionais que abordam a proteção dos direitos das mulheres, especialmente no que se refere ao âmbito trabalhista, razão pela qual surgiu a necessidade de criar ins-

trumentos assecuratórios de cunho nacional que tratassem sobre a tutela e garantias dos direitos trabalhistas femininos.

A primeira Constituição brasileira, que data de 1824, época do império no Brasil, não trouxe em seu texto qualquer menção à proteção da mulher no trabalho, tampouco assegurou a igualdade de gênero. Pelo contrário, o seu art. 117 determinava a preferência do sexo masculino sobre o feminino no que se refere à sucessão ao trono. (BRASIL, 1824). Em 1891, a Constituição Republicana permaneceu inerte quanto à inserção de dispositivos asseguradores de igualdade de gênero, bem como dos direitos trabalhistas femininos, não trazendo disposições que tratassem da figura da mulher. (BRASIL, 1891).

De acordo com Melo (2011), quando se trata do trabalho da mulher, o período de 1932 foi marcado por algumas inovações, a exemplo da proibição de distinção salarial, além de determinar algumas garantias como a vedação sobre a mulher trabalhar em locais insalubres, direito a repouso antes e depois do parto.

A Constituição de 1934, segundo Lenza (2018), trouxe a perspectiva de um Estado social de direito. Nesse sentido, manteve em sua redação diversos direitos protetivos aos trabalhadores, como jornada diária de 8 horas, isonomia de salário entre homens e mulheres, licença e salário maternidade, assistência médica à gestante, acessibilidade a cargos públicos sem distinção de sexo, dentre outros. (BRASIL, 1934).

Na Era Vargas, a Constituição de 1937 foi responsável pela supressão de alguns direitos já existentes como a garantia de emprego à gestante e a igualdade de salários (BRASIL, 1937). Ademais, o art. 2º do Decreto-Lei nº 2.548 de 1940 previa a possibilidade de redução do salário das mulheres em até 10% em relação aos homens. (BRASIL, 1940).

Por sua vez, a Constituição de 1946 retomou em seu texto garantias já positivadas anteriormente, a exemplo da vedação de salários diferentes em razão do sexo, jornada de trabalho de oito horas diárias, garantia de descanso antes e após o parto, sem prejuízo de emprego ou salário, proibição de trabalho em lugares insalubres, assistência sanitária à gestante, entre outras disposições, tudo em seu Título V. (BRASIL, 1946).

Posteriormente, a Constituição de 1967 inovou ao trazer a vedação de critérios de admissão baseados no sexo, bem como garantiu a aposentadoria à mulher aos 30 anos com salário integral (BRASIL, 1967). Do mesmo modo, manteve os direitos outrora mencionados, como a proibição de exercer trabalhos insalubres, descanso remunerado à gestante com garantia de emprego e salário.

O atual Texto Constitucional, promulgado em 1988, é o mais garantista, trazendo em sua redação, além dos direitos e garantias mencionados alhures, regulamentações acerca da licença maternidade de 120 dias, igualdade de obrigações entre homens e mulheres, proteção do mercado de trabalho da mulher, proibição de critérios de admissão, salário ou funções em relação ao sexo, entre outros, razão pela qual ficou conhecida como Constituição Cidadã, uma vez que promoveu a positivação de dispositivos destinados a assegurar a plenitude de direitos entre homens e mulheres. (BRASIL, 1988).

Deslocando-se do âmbito das Constituições e partindo para a vertente de outras legislações, Coelho (2017) entende que um grande marco para a cidadania da mulher foi a criação do Anteprojeto de Código Eleitoral, em 1932, seguido da Constituição de 1934 criada na Era Vargas, que conferiram direitos políticos que contemplaram o voto feminino, bem como garantiam que as mulheres ocupassem lugares com poder decisório manifestado pelo voto.

Criado em 1943, o Decreto-Lei nº 5.452, mais conhecido como Consolidação de Leis Trabalhistas (CLT), apesar de ter um capítulo destinado à proteção das mulheres, conferindo-lhes diversas garantias, à época não fora excluída do seu texto a necessidade da expressa autorização do marido para que a mulher trabalhasse fora de casa. (BRASIL, 1943).

De igual maneira, o Código Civil de 1916 determinava, em seu art. 6º, inciso II, a incapacidade relativa da mulher casada enquanto subsistisse a sociedade conjugal, dispositivo este que demonstrava a submissão da figura feminina ao homem na sociedade predominantemente machista, o qual apenas veio a ser revogado com a Lei nº 4.121 de 1962. O referido Código trouxe também outras disposições nas quais a mulher necessitava da autorização do homem para praticá-las. (BRASIL, 1916; 1962).

Em razão da Constituição Federal de 1988 conferir proteção constitucional ao trabalho feminino, tal temática passou a ser levada em consideração e, desse modo, algumas leis foram editadas para promover a igualdade e combater a discriminação, com o propósito de assegurar a eficácia das supracitadas disposições constitucionais, a exemplo das Leis 7.885 de 1989, a Lei 9.029 de 1995 e a Lei 9.799 de 1999 (BRASIL, 1989; 1995; 1999).

Com a evolução social e jurídica, a Consolidação de Lei Trabalhistas trouxe no Capítulo III seções destinadas à proteção feminina, dispondo sobre a duração, condições de trabalho e vedação à discriminação contra a mulher, positivando direitos outrora já assegurados pela Constituição de 1988, bem como elencando dispositivos mais específicos destinados à figura feminina. (BRASIL, 1943).

Além desses dispositivos amplamente conhecidos no ordenamento jurídico brasileiro, leis esparsas contribuíram para o empoderamento e desenvolvimento feminino. Nesse sentido, em 1962, o Estatuto da Mulher Casada aboliu a necessidade de autorização do homem para trabalhar fora, conferiu o direito de receber herança, a possibilidade de a mulher possuir a guarda dos filhos, bem como a revogação de alguns artigos do Código Civil. (BRASIL, 1962; 2002).

Em 1977, a Lei nº 6.515 regularizou o direito ao divórcio (BRASIL, 1977). As Leis nº 9.029/1995 e nº 9.504/1997 vieram para corroborar com a igualdade no sentido de vedar a exigência de atestados de gravidez para contratação, bem como instituir cotas para mulheres em partidos políticos, respectivamente. (BRASIL, 1995; 1997).

A Lei nº 9.799 de 1999, por sua vez, inseriu na CLT regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho. Dessa forma, a partir das modificações realizadas, depreende-se que a aludida lei buscou assegurar a inserção das mulheres às vagas existentes no mercado de trabalho de forma isonômica.

O advento da Lei nº 10.421, criada em 2002, dispunha em seu texto sobre o direito à licença e salário maternidade, de modo a estender tal garantia, inclusive à mãe adotiva (BRASIL, 2002). A Emenda Constitucional nº 20 de 1998, por sua vez, modificou o

sistema de previdência social, implementando critérios mais benéficos à mulher, a exemplo do direito de aposentadoria com idade inferior à do homem. (BRASIL, 1998).

A Lei nº 10.224 de 2001 alterou o Código Penal, elencando o crime de assédio sexual, prática comum sofrida pelas mulheres no ambiente de trabalho. (BRASIL, 2001). Além da positivação de dispositivos que conferem uma proteção específica à figura da mulher no âmbito do trabalho, como a Constituição Federal e a presença de leis esparsas, fundamental se faz relatar a importância e a necessidade de órgãos específicos destinados à promoção de práticas direcionadas para a efetivação da igualdade de gênero.

Nesse sentido, no âmbito administrativo federal, Ramos (2020) traz importância para o destaque sobre a criação do Ministério dos Direitos Humanos, que atualmente é denominado de Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Após a reorganização dos Ministérios do governo federal no ano de 2019, foram feitas algumas alterações acerca das atribuições desse órgão e sua competência.

A Lei nº 13.844 de 2019 atribuiu ao referido Ministério a competência de realizar políticas e diretrizes destinadas à promoção dos direitos humanos referentes à mulher, e outros grupos vulneráveis, visando o combate a todas as formas de violência, preconceito, discriminações e intolerância. (RAMOS, 2020).

Ressalta-se a importância do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), pois se trata de um órgão que visa formular e propor diretrizes de ação governamental que promovam os direitos das mulheres. Nesse sentido, é possível perceber que o ordenamento jurídico brasileiro passou por diversas transformações ao longo dos anos, oscilando entre a supressão e positivação de direitos ante as mudanças dos governos à época.

#### **4 PERSISTÊNCIA DA DESIGUALDADE FÁTICA**

É notório que a figura feminina, ao longo dos séculos, enfrentou um passado repleto de obstáculos, lidando com as visíveis

discriminações em uma sociedade predominantemente machista. Para tanto, os avanços, sejam em âmbito nacional como internacional, proporcionaram a criação de instrumentos que promoveram e asseguraram a inserção da mulher no mercado de trabalho.

Nesse sentido, segundo Coelho (2017), percebe-se que, apesar de inicialmente as mulheres exercerem funções mais precárias e informais, as conquistas trabalhistas influenciaram, dentre outros aspectos, na sua independência financeira, liberdade, conhecimento acerca de seus direitos e participação nas decisões que lhe dizem respeito.

No entanto, apesar do progresso existente, é possível observar que as mulheres ainda ocupam uma posição inferior a dos homens na sociedade. Hirata (2016) assevera que ainda continuam a auferir salários menores que os homens, razão pela qual permanecem subordinadas à desigualdade de gênero.

Para melhor explicar, Marina Catañeda (2006) trata do “machismo invisível” relatando que esse, apesar das manifestações mais explícitas de machismo terem diminuído, refere-se a crenças, atitudes e comportamentos que não são suscetíveis de repreensão do ponto de vista legal, mas que ainda assim afetam a vida de ambos os sexos.

Em virtude disso, Procópio e Valença (2019) aduzem que, diante da divisão histórica de trabalho feminino e masculino, em que o primeiro era doméstico e o segundo extra doméstico, essa concepção passou a ser propagada para outras esferas da vida, ocasionando limitações e discriminações ideológicas à mulher, seja educacional ou profissional, em razão da inferioridade feminina em função da maior força física masculina.

Desse modo, segundo Lopes (2006), o trabalho feminino enfrentou inúmeras adversidades para sua consolidação, dentre elas destacam-se o medo da inversão social em razão do pagamento de menores salários às mulheres, as quais eram tidas como mão de obra barata e, por isso, amplamente requisitadas, o que contribuiria para o desemprego masculino e consequente perda de sua autoridade; a promoção da mulher ao status de relativamente incapaz, visto que lhe permitia exercer atividades laborativas, gerando o enfraquecimento do domínio do homem; bem como a neces-

sidade de manutenção da função procriadora, a qual não poderia ser prejudicada em razão de sua inserção no mercado de trabalho.

Assim, de acordo com o entendimento da autora, a necessidade do pagamento de salários iguais às mulheres deu-se em razão da necessidade de combater a concorrência empresarial à época, que utilizava extensivamente o trabalho feminino como mão de obra barata. De igual modo, no que se refere à sua capacidade de função procriadora, observa-se que tais motivos fundamentam-se em valores morais, em razão do argumento da necessidade de manter a preservação da família e atribuir à mulher todas as funções relativas à maternidade e, consequentemente, os trabalhos domésticos, fato que acaba por contribuir para a manutenção do poder masculino sobre a mulher e na sociedade.

Nessa perspectiva, Lopes (2006) entende que as normas trabalhistas não buscaram proteger, de fato, o trabalho feminino, mas promover a manutenção da estrutura familiar patriarcal, uma vez que os dispositivos criados não visavam a proteção da mulher em si, mas viabilizar um meio para sua inserção no mercado de trabalho sem prejudicar os deveres adstritos ao lar e a posição de domínio do homem na sociedade predominantemente machista.

Nesse sentido, mesmo com uma maior participação no mercado trabalhista, de acordo com Hirata (2016) ainda é possível verificar desigualdades em relação ao gênero, de forma que as mulheres recebem salários menores, têm menor participação em cargos de alta gestão e menores oportunidades de ascensão profissional, de modo que, muitas vezes, não têm acesso às mesmas profissões que os homens.

Verifica-se, dessa forma, que há funções predominantemente intituladas como femininas, podendo ser citadas como exemplo as de professora, cozinheira, enfermeira, empregada doméstica, cabeleireira, entre outras, tornando-se, portanto, evidente a existência da categorização de atividades profissionais, uma vez que tais profissões estão adstritas ao universo feminino, de modo que, em que pese haja participação masculina nessas áreas, ainda são vistas de forma categorizada.

Tal situação se dá, segundo Curvo (2015), em razão da estereotipação social da figura da mulher, a qual tem seu labor conside-

rado como secundário, de maneira que a divisão sexual do trabalho gera uma dicotomia entre os sexos, especialmente no que se refere à ausência de divisão das atividades domésticas. Assim, de acordo com Duarte e Spinelli (2019), como o trabalho doméstico é concebido enquanto uma atribuição feminina, a inexistência repartição dos afazeres constitui um obstáculo para as mulheres, as quais têm que arcar com uma segunda jornada de trabalho, fato que dificulta sua emancipação e permanência no mercado de trabalho ante o desgaste físico e psicológico.

Observa-se que, não obstante haja diversas leis que versem sobre a tutela dos direitos das mulheres a fim de garantirem sua inserção no mercado de trabalho, discriminações ideológicas contribuem para a não efetividade do disposto legal, de forma que, segundo Belo *et al.* (2010), apesar de haver uma diferenciação econômica entre os gêneros, é comum sua existência não ser admitida publicamente.

Nesse sentido, pode-se fazer uma analogia à dominação de classe explicada por Marx e Engels (2007) associada à desigualdade de gênero, uma vez que a ideologia, nesse caso, seria responsável pela implementação da ideia de predominância do homem sobre a mulher, a qual se desdobra em diversos âmbitos como cultura, trabalho, valores e modo de pensar na sociedade.

Verifica-se, portanto, uma dissonância entre o ser e o dever ser consagrado por Kelsen (2012) em sua Teoria Pura do Direito. Para o estudioso, enquanto o primeiro supõe a existência do Direito Natural estabelecido pela natureza, o qual é regido por acordos sociais; o segundo trata dos acontecimentos derivados da vontade racional do homem, o que dá origem a ciências sociais como o Direito.

Em outras palavras, os termos supracitados referem-se às coisas como elas são e como devem ser. Assim, apesar de haver no Direito Positivo instrumentos que promovem e asseguram os direitos trabalhistas inerentes às mulheres, na prática, ainda é possível observar que a figura feminina está sujeita a tratamentos discriminatórios e desiguais em relação aos homens, não havendo, portanto, o cumprimento efetivo do dever ser.

Apesar dos inúmeros instrumentos assecuratórios previstos, a igualdade de gênero, ainda não é efetivada em sua plenitude.

de ante a persistência de obstáculos ideológicos que acabam por afastar as mulheres da isonomia, bem como o dever de conciliar uma dupla jornada. Logo, torna-se imprescindível ao ordenamento jurídico reconhecer a condição de vulnerabilidade da mulher para a promoção de dispositivos genuinamente assecuratórios e promovedores de igualdade no âmbito do trabalho, a fim de efetivar o dever ser positivado.

## **5 IGUALDADE FEMININA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A NECESSIDADE DE TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO POSITIVO**

É notório que ao longo dos séculos a figura feminina ocupou um papel coadjuvante, seguindo as medidas impostas pela sociedade predominantemente machista. Diversos órgãos nacionais e internacionais, marcos históricos e instrumentos legais, contribuíram significativamente para a ascensão dos direitos das mulheres, bem como para visibilidade no meio social, possibilitando a consciência da necessidade de igualdade entre os gêneros.

Como é sabido, a igualdade trata-se de um direito fundamental positivado na Constituição Federal do Brasil e consagrado em âmbito mundial por diversos países. Sua origem é remota, ascendendo, segundo Mazzuoli (2018), com os direitos de segunda dimensão no início do século XX, os quais foram impulsionados pela Revolução Industrial, juntamente com a inserção da mulher no mercado de trabalho. Tal geração foi deveras importante para a disseminação dos direitos sociais, os quais passaram a ter visibilidade global e serem mundialmente aceitos, surgindo a necessidade de implantá-los no ordenamento jurídico.

No Brasil, o direito à igualdade está positivado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, especificando-se aquela entre homens e mulheres em seu inciso I, de modo que o que se pode inferir da leitura literal do dispositivo é tão somente a igualdade formal, que consiste no tratamento igualitário, sem diferenças (BRASIL, 1988). No entanto, a referida assertiva não significa que não have-

rá distinções, pelo contrário, é legítima a criação de instrumentos promovedores de distinções entre os indivíduos a fim de promover a paridade entre eles para que possam gozar dos mesmos direitos e oportunidades.

Nesse sentido, o art. 6º da CF/1988 dispõe que o trabalho constitui um direito social, de maneira que o texto constitucional dispôs em seu corpo diversos dispositivos referentes a essa temática, fazendo questão de assegurar garantias diferenciadas à figura feminina em razão de sua condição de vulnerabilidade na sociedade.

Diante disso, além das adversidades ideológicas enfrentadas pela mulher que a coloca em uma situação inferior à do homem, sua condição física e biológica roga pela necessidade de um tratamento diferenciado, o que gera a imprescindibilidade da positivação de dispositivos neste sentido, a exemplo da licença maternidade, no art. 390 da CLT e vedação de empregar a mulher em serviços com cargas pesadas, conforme se observa no art. 392 da aludida lei, visto que se referem a instrumentos consagrados em razão do biótipo feminino, ou seja, a condição física inerente à mulher, o que constitui um fator discriminatório justificado.

O elemento discriminador deve ser fundado em uma justificativa racional, de modo a se atingir o fim constitucional, que seria a igualdade material, conforme aduz Novelino (2020). Nesse sentido, considerando o histórico de desigualdade feminina, construído em uma enraizada discriminação, faz-se necessário que a referida igualdade seja, de fato, efetivada para atenuar os desniveis entre os sexos, tornando-se fundamental, conforme dispõe Fertuzinhos (2016, p. 5), “habilitar constitucionalmente” o Estado à prática de medidas discriminatórias positivas, de modo a compensar as desigualdades existentes a fim de que se possa consolidar a igualdade entre os sexos.

Diante do histórico marcado com discriminações não apenas físicas, mas ideológicas, as quais foram responsáveis pela perpetuação da participação coadjuvante da mulher na sociedade, especialmente na seara trabalhista, necessária se faz a presença de discriminações positivas na sociedade. Assim, as ações afirmativas, destinam-se a erradicar toda forma de desigualdade, funcionando, segundo Piovesan (2010), como medidas compensatórias para re-

mediar as desvantagens históricas, aliviando as condições resultantes de um passado discriminatório.

Uma vez que as mulheres são consideradas como um grupo desfavorecido, faz-se fundamental a existência de práticas de combate à desigualdade no meio trabalhista. Outrossim, Santos e Cianciani (2016) entendem que as ações afirmativas são cruciais para incorporação do princípio da igualdade nas relações laborais, de modo a conduzirem as mulheres a uma paridade em relação aos homens.

Para tanto, Souza (2017) entende que medidas como a implementação de cotas são fundamentais para garantir e acelerar a inserção da mulher no mercado de trabalho, seja no meio político, em empresas, nas direções sindicais, como também nas áreas social e educacional, em que a participação da mulher é velada. Nesta senda, a autora informa acerca da importância das ações afirmativas para combater discriminações de gênero, de modo a engendar mecanismos com o fito de promover o acesso da população feminina ao mercado de trabalho e fortalecer a igualdade entre os gêneros.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A figura feminina enfrentou diversas dificuldades para sua inserção no mercado de trabalho, de maneira que sua entrada foi impulsionada pelo advento da Revolução Industrial no séc. XVIII, suportando condições insalubres e tratamento discriminatório.

Desde então, foram criados diversos órgãos e instrumentos internacionais com o intuito de promover a instituição de dispositivos capazes de conceber direitos e garantias às mulheres, não apenas em relação ao trabalho, mas também em diversas áreas, com a finalidade de atenuar os desniveis existentes e alcançar uma equidade entre os gêneros.

No Brasil, o ordenamento jurídico passou por diversas transformações, enfrentando momentos de supressão de direitos como também períodos mais garantistas. A partir da análise normativa verificou-se que a igualdade de gênero na seara trabalhista ocorreu à medida que foram consolidados instrumentos assegura-

tórios que positivaram dispositivos os quais asseguraram tanto a igualdade formal quanto a material.

Em âmbito interno, a criação de órgãos nacionais foi fundamental para o desenvolvimento de políticas públicas responsáveis pela implementação de diretrizes governamentais para a promoção da igualdade de gênero.

No entanto, apesar dos esforços e avanços, ainda resta evidente a dissonância entre a realidade e o que está positivado, uma vez que a figura feminina segue no enfrentamento aos diversos obstáculos para atingir o mesmo patamar que o homem.

Nesse sentido, vislumbrou-se que fatores como a ideologia e o próprio machismo, mesmo que suas existências não sejam admitidas pela sociedade, são preponderantes para a perpetuação da crença de que a mulher deve ser submissa perante o homem e, por conseguinte, em todos os desdobramentos do meio social, de modo a ocupar cargos e funções inferiores.

Depreende-se, portanto, que a igualdade de gênero não é efetivada em sua plenitude ante a persistência de casos em que as mulheres, mesmo ocupando as mesmas funções que os homens, recebem salários menores, têm profissões categorizadas, ocupam menos cargos de direção e de alto escalão, fatos que evidenciam a presente discriminação entre os gêneros.

Dessa maneira, a prática de discriminações positivas, incentivada por autores outrora citados, mostra-se fundamental na tentativa de instaurar a igualdade de gênero, uma vez que tais distinções são justificadas em razão da condição de grupo vulnerável da mulher na sociedade, a qual ocupa posições e condições inferiores aos homens, possuindo mais dificuldades em adentrar e se manter ao mercado de trabalho.

Assim, pode-se concluir que atualmente o ordenamento jurídico possui melhores dispositivos asseguradores de direitos e garantias ao trabalho das mulheres. Dessa forma, foi possível inferir que essa realidade discriminatória é um produto do processo histórico-social, bem como que a existência de políticas públicas e sociais promovedoras de ações afirmativas é fundamental para que se possa alcançar a isonomia entre os gêneros na seara trabalhista.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cristhiane Tatiane de Oliveira; BRANDÃO, Fabiana Souza; Boti, Patrícia Aparecida Firmino. Os Movimentos Feministas e suas Representações Sociais. **Educação, Gestão e Sociedade**, Ano 6, n. 24, novembro de 2016. Disponível em: [http://uniesp.edu.br/sites/\\_biblioteca/revistas/20170509163521.pdf](http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170509163521.pdf). Acesso em 23 mai. 2020.

BELO, Raquel Pereira; SOUZA, Tâmara Ramalho de; CAMINO, Leônicio. Análise de repertórios discursivos sobre profissões e o sexo: um estudo empírico na cidade de João Pessoa. **Psicol. Soc.**, Florianópolis, v. 22, n. 1, p. 23-31, Apr. 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010271822010000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010271822010000100004&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 17 Jan. 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de Julho de 1934)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm). Acesso em: 24 nov. 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm). Acesso em: 19 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de Setembro de 1946)**. Rio de Janeiro. 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 23 dez. 2019.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm). Acesso em: 19 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 13 dez. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 21.076** <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.548**, de 31 de agosto de 1940. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2548-31-agosto-1940-412576-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30 mar. 2020.

**BRASIL. Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001.** Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para dispor sobre o crime de assédio sexual e dá outras providências. Brasília, 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10224.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10224.htm). Acesso em: 13 dez. 2019.

**BRASIL. Lei nº 10.412, de 15 de abril de 2002.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10421.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10421.htm). Acesso em: 13 jan. 2020.

**BRASIL. Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019.** Brasília. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13844.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13844.htm). Acesso em: 20 abr. 2020.

**BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm). Acesso em: 14 de nov. 2019.

**BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm). Acesso em: 19 fev. 2020.

**BRASIL. Lei nº 7.855, de 24 de outubro de 1989.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7855.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7855.htm). Acesso em: 19 dez. 2019.

**BRASIL. Lei nº 9.799 de 26 de maio de 1999.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9799.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9799.htm). Acesso em: 20 dez. 2019.

**BRASÍLIA. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm). Acesso em: 15 de mar. 2020.

**BRASÍLIA. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9029.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9029.htm). Acesso em: 10 de mar. 2020.

**BRASÍLIA. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm). Acesso em: 9 de mar. 2020.

**COELHO, Renata. A evolução jurídica da cidadania da mulher brasileira:** breves notas para marcar o dia 24 de fevereiro, quando foi publicado o código eleitoral de 1932 e os 90 anos do voto precursor de Celina Viana. Ministério Público Federal. 2017. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/pgr/documents/Evoluojurdicadacidadaniadamulherbrasileira\\_RenataCoelho.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documents/Evoluojurdicadacidadaniadamulherbrasileira_RenataCoelho.pdf). Acesso em: 17 mar. 2020.

COSTA, Jéssica Nascimento; VIEIRA, Rodrigo Ferreira. **Movimento Feminista e a Força de Trabalho.** Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. XXII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sudeste. Volta Redonda - RJ – 22 a 24/06/2017. Disponível em: <http://portalintercom.org.br/anais/sudeste2017/resumos/R58-0185-1.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2020.

CURVO, Isabelle Carvalho. O Trabalho da mulher entre a produção e a reprodução. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O direito do trabalho da mulher enquanto “teto de vidro” no mercado de trabalho brasileiro.** 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/5/art20170515-10.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.

DUARTE, Giovana; SPINELLI, Letícia Machado. Esteriotípos de GÊNERO, Divisão Sexual do trabalho e Dupla Jornada. **Revista Sociais & Humanas** - Vol. 32, nº 2, 2019. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/270299340.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2020.

FERTUZINHOS, Sónia. Fundamentos constitucionais da igualdade de género. **Sociologia, Problemas e Práticas**, Lisboa, n. esp1, p. 49-70, dez. 2016 . Disponível em [http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S087365292016000400005&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S087365292016000400005&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 13 set. 2019.

HIRATA, Helena. Mulheres brasileiras: relação de classe, de “raça” e de gênero no mundo do trabalho. Confins. **Revista franco-brasileira de geografia**. 2016. Disponível em: <https://journals.openedition.org/confins/10754>. Acesso em: 22 mai. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed., 3<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 26, p. 405-430, June 2006. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010483332006000100016&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010483332006000100016&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 11 jan. 2020.

MAZZUOLI, Valério. **Curso de Direitos Humanos**. 5 ed. rev., atual e ampl., São Paulo, Editora Método, 2018.

MELO, Maria Aparecida Mendonça Toscano de. **Legislação do Direito do Trabalho da Mulher: uma perspectiva de sua evolução**. Pernambuco. 2011. Disponível em: [https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=6254](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6254). Acesso em 12 de abr. 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador. Editora Jus Podivm, 2020.

OLIVEIRA, Isabella Cossa do Prado; GODOY, Sandro Marcos. **As Consequências da Revolução Francesa e da Revolução Industrial na História do Direito do Trabalho**. Encontro de Iniciação Científica. ISSN 21-72-8498. 2017. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/6541/6275>. Acesso em: 22 mar. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. ONU, 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher**. ONU. Pequim, 1995. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/declaracao\\_pequim.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/03/declaracao_pequim.pdf). Acesso em 13 jan. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. ONU, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenções**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 05 abr. 2020.

PETERKE, Sven. **Manual prático de direitos humanos internacional**. Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília, DF, ESMPU, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed. Revista e atualizada. São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo. Editora Saraiva Jur, 2018.

PROCÓPIO, Lycia Rinco Borges; VALENÇA, JARBENE de Oliveira Silva. Machismo Invisível e a Categorização das Atividades Profissionais. In: PEREIRA, Denise (Org.). **Diversidade**: diferentes, não desiguais. Ponta Grossa/PR: Atena Editora, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. Ed. São Paulo. Editora Saraiva Jur, 2020.

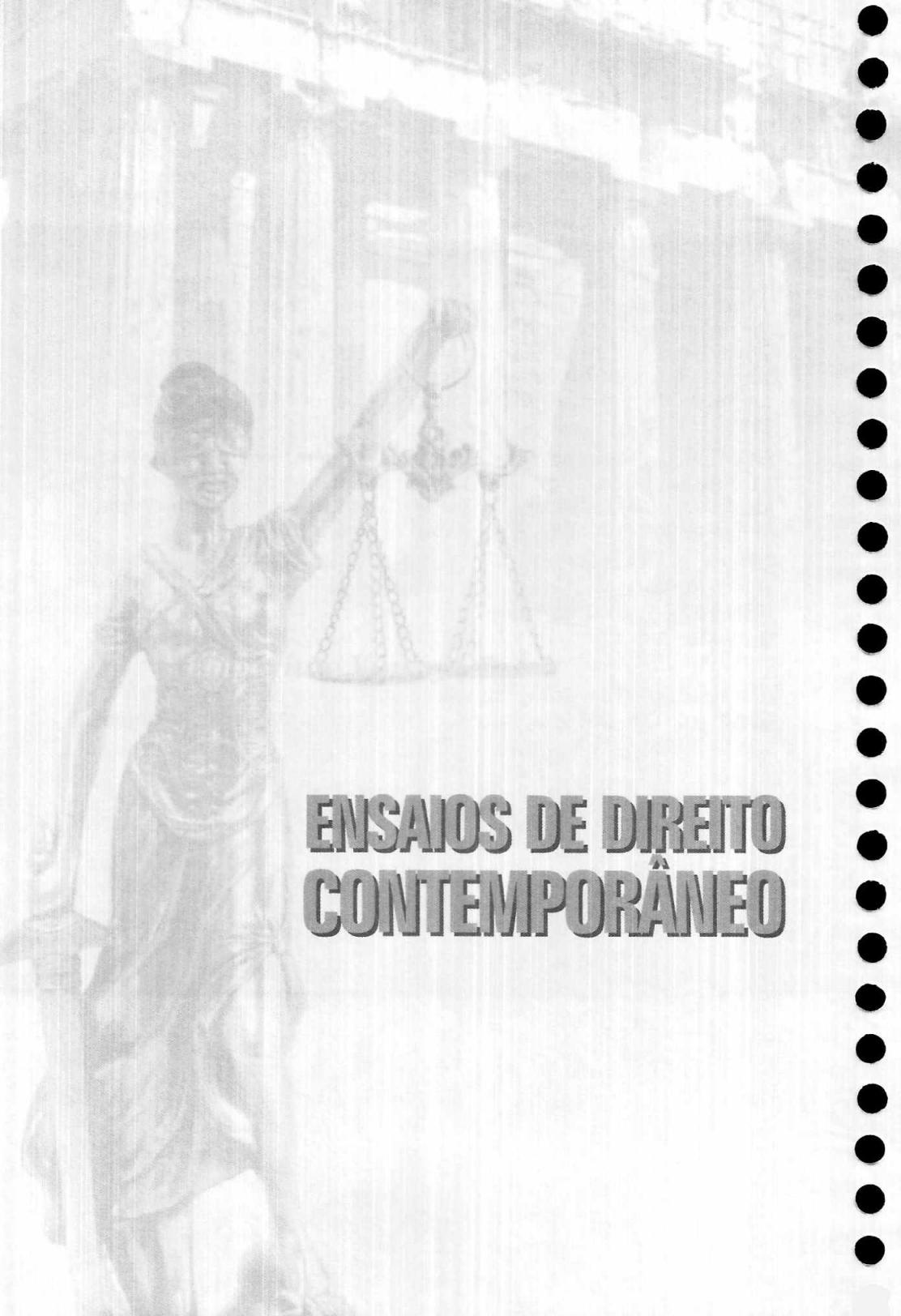
SANTOS, Denise Tatiane Girardon dos; CANCIANI, Pamela Maiara Chaves. A concretização do princípio da igualdade nas questões de gênero: as mulheres e as relações de trabalho. In: Congresso Latino-Americano de Gênero e Religião. [Anais...] 2016. p. 133-146. Disponível em: <http://anais.est.edu.br/index.php/genero/article/view/668>. Acesso em: 13 jan. 2020.

SCHNEIDER, Paulo Henrique. A concretização dos direitos sociais frente à jurisdição constitucional: análise centrada na tutela especial da mulher nas relações de emprego. **Revista do TST**. São Paulo, SP, v. 81, n. 2, p. 139-165, abr./jun. 2015. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95847/2015\\_rev\\_tst\\_v0081\\_n0002.pdf?sequence=2#page=140](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95847/2015_rev_tst_v0081_n0002.pdf?sequence=2#page=140). Acesso em: 10 dez. 2019.

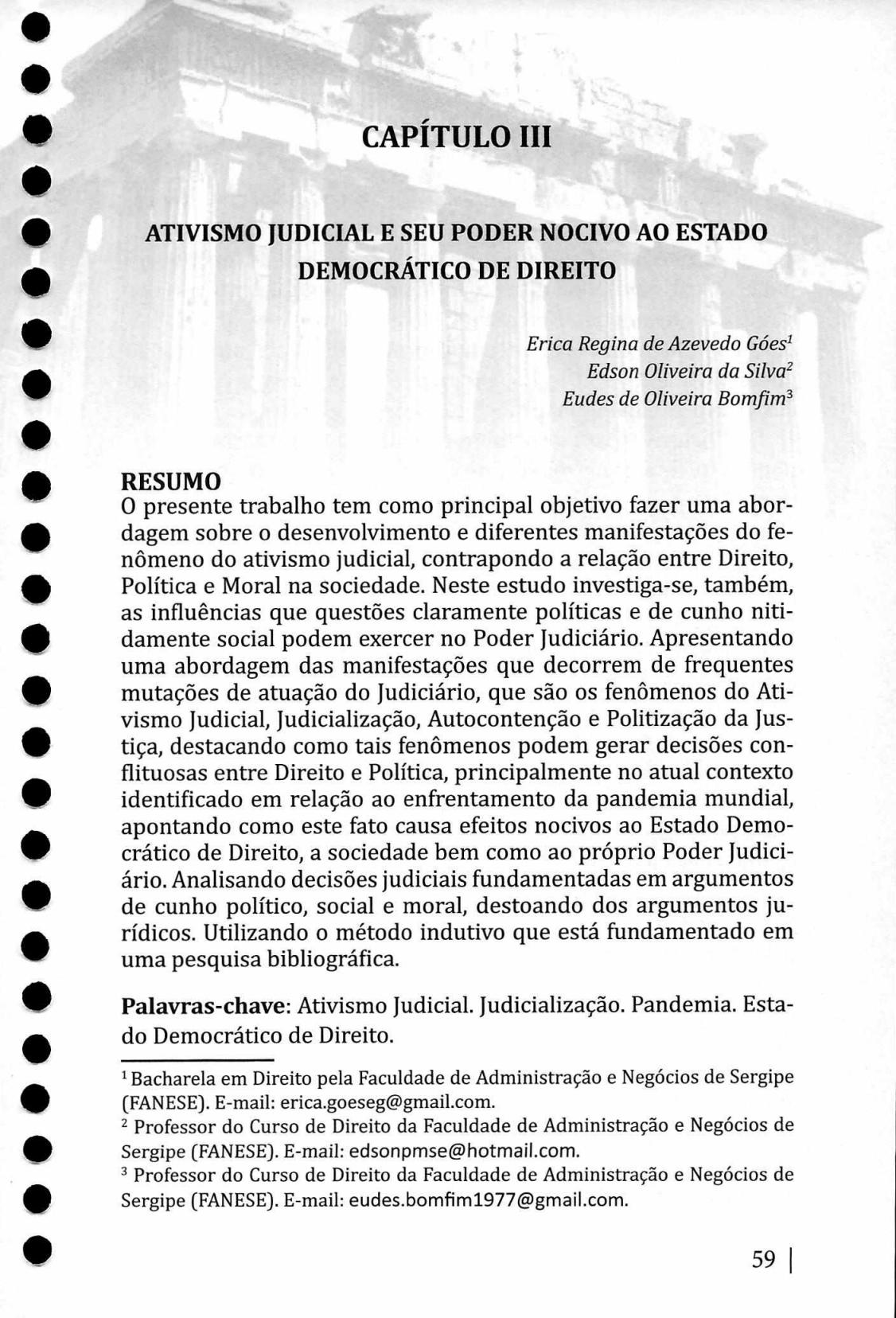
SILVA, Aarão Miranda. Direito do trabalho e maternidade. **Revista Âmbito Jurídico**. 2007. São Paulo. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-40/o-direito-do-trabalho-da-mulher-e-a-maternidade/>. Acesso em: 12 dez. 2019.

SOUZA, Rosemeire Nunes de. **Cotas de Gênero na Política: Ações afirmativas para o fortalecimento da democracia**. São Paulo. 2017. ISSN 1677-1281. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/6030/5739>. Acesso em: 30 mar. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Compromisso Estratégico para Igualdade de Gênero 2016-2019**. Serviço de Publicações da União Europeia. Luxemburgo, 2016.



# **ENSAIOS DE DIREITO CONTEMPORÂNEO**



## CAPÍTULO III

### ATIVISMO JUDICIAL E SEU PODER NOCIVO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Erica Regina de Azevedo Góes<sup>1</sup>*

*Edson Oliveira da Silva<sup>2</sup>*

*Eudes de Oliveira Bomfim<sup>3</sup>*

#### RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo fazer uma abordagem sobre o desenvolvimento e diferentes manifestações do fenômeno do ativismo judicial, contrapondo a relação entre Direito, Política e Moral na sociedade. Neste estudo investiga-se, também, as influências que questões claramente políticas e de cunho nitidamente social podem exercer no Poder Judiciário. Apresentando uma abordagem das manifestações que decorrem de frequentes mutações de atuação do Judiciário, que são os fenômenos do Ativismo Judicial, Judicialização, Autocontenção e Politização da Justiça, destacando como tais fenômenos podem gerar decisões conflituosas entre Direito e Política, principalmente no atual contexto identificado em relação ao enfrentamento da pandemia mundial, apontando como este fato causa efeitos nocivos ao Estado Democrático de Direito, a sociedade bem como ao próprio Poder Judiciário. Analisando decisões judiciais fundamentadas em argumentos de cunho político, social e moral, destoando dos argumentos jurídicos. Utilizando o método indutivo que está fundamentado em uma pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Ativismo Judicial. Judicialização. Pandemia. Estado Democrático de Direito.

---

<sup>1</sup> Bacharela em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: erica.goeseg@gmail.com.

<sup>2</sup> Professor do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: edsonpmse@hotmail.com.

<sup>3</sup> Professor do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: eudes.bomfim1977@gmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

Para alguns doutrinadores, o Ativismo Judicial pode ser caracterizado como uma forma inovadora de interpretação da norma, no intuito de alcançar os anseios da sociedade, sendo que um Judiciário ativista pode garantir a manutenção e efetividade dos direitos fundamentais. No entanto, é importante destacar que, embora aparentemente expresse um termo inovador e atraente ao desenvolvimento do Direito, ele pode ser considerado como algo destrutivo se não forem estabelecidos os seus limites.

Inclusive, para a corrente doutrinária majoritária, esse fenômeno pode aos poucos criar um ambiente de insegurança jurídica e minar a eficácia da Constituição Federal (1988), trazendo um efeito oposto ao pretendido.

O conceito de Ativismo Judicial é de fundamental importância para análise das decisões judiciais. Entender sua evolução histórica e seus reflexos nas decisões judiciais contribuem para o fortalecimento dos instrumentos que atuam na defesa das estruturas do Estado Democrático de Direito.

Deve-se levar em consideração que o Brasil é um país marcado por processos de transição política e que a sua atual fase democrática ainda é recente, foi iniciada após o fim do Golpe Militar de 1964. Nesse sentido, esse instrumento de garantias fundamentais é importantíssimo para alcançar a igualdade material, preservando o desenvolvimento da sociedade.

A partir do que foi apresentado é possível formular o seguinte problema de pesquisa: quais as interferências exercidas pela diversidade de conceitos nas decisões ativistas? Portanto, a presente pesquisa tem como objetivo analisar o fenômeno do ativismo judicial, buscando abordar o seu desenvolvimento e as diferentes manifestações na sociedade brasileira. Já entre os objetivos específicos estão o de esclarecer as dificuldades de se reconhecer o ativismo judicial; promover um comparativo entre o ativismo judicial com a judicialização, fazendo um contraponto entre os seus benefícios e prejuízos; refletir sobre as possibilidades de efetivação das normas no ordenamento jurídico vigente; realizar uma análise

doutrinária a partir dos critérios de identificação dos pontos positivos e negativos do ativismo judicial.

No intuito de atender o problema de pesquisa e cumprir com os objetivos apresentados será utilizado o método indutivo que está fundamentado em uma pesquisa bibliográfica, visando garantir a contextualização e permitir uma maior familiaridade com a temática estudada. Nesse caso, foram selecionados textos que destacassem a importância da discussão do fenômeno do Ativismo Judicial a partir de diversos doutrinadores, no intuito de extrair um conceito desse fenômeno e dos seus efeitos produzidos. Além disso, foram analisados os conceitos de judicialização e autocontenção, desenvolvendo uma contextualização histórica, essencial para identificar e classificar decisões de cunho ativista realizada por juízes ou pelos Tribunais.

Diante da complexa distinção de critérios específicos utilizados por diversos doutrinadores para exemplificar as argumentações deste trabalho, buscou-se decisões judiciais com o intuito de apresentar com clareza a interferência do ativismo judicial na sociedade, além de apresentar como o clamor popular interfere no seu corpo e provoca efeitos nocivos à ordem constitucional e, consequentemente, ao Estado Democrático de Direito.

## 2 SURGIMENTO E CONCEITO DO ATIVISMO JUDICIAL

Para entender sobre o fenômeno do Ativismo Judicial torna-se necessário realizar uma contextualização, destacando o surgimento desse conceito que está cada vez mais presente no Brasil. O seu surgimento é controverso, no entanto, alguns estudiosos citam que as “origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana” (BARCELLOS, 2011, p. 16).

Todavia, o termo foi utilizado, primeiramente, pelo historiador norte americano, integrante do partido democrata, Arthur Schlesinger Jr, o pesquisador escreveu um artigo relatando as linhas de atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos relacionadas ao programa de governo do *New Deal*. (CAMPOS, 2016)

O Ativismo Judicial na república norte americana surge a partir de uma reflexão crítica, que integrava uma atividade cole-

tiva e permanente de debates sobre o papel e a diversidade de atuação incorporadas pelo Poder Judiciário. (KOERNER; ANDREI, 2016)

Através dessa perspectiva, é notório que há entre a doutrina e o meio jurídico um aumento frequente de decisões judiciais baseadas em argumentos acrescido de vícios políticos e morais, justificados pelo poder discricionário do juiz, garantidos pela própria Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso. XXXV, no entanto, tais garantias reconhecidas ao Poder Judiciário se tornam possíveis diante do processo de redemocratização pelo qual o Brasil passou.

Contudo, observa-se em algumas decisões uma ruptura da atuação do Poder Judiciário, causando uma interferência nos demais poderes (Legislativo e Executivo), tal interferência rompe com o equilíbrio garantido pelo texto constitucional entre os três Poderes da União (Legislativo, Executivo e Judiciário), essa divisão de poderes é importantíssima para estabelecimento do Estado Democrático de Direito no Brasil, sendo, inclusive, cláusula pétrea estabelecida na Constituição Federal, de tal modo que é vedada qualquer proposta para abolir ou alterar esse princípio. Adequando, dessa forma, a necessidade de coibir o exercício do poder arbitrário, abusivo e ilimitado, ideia que surgiu com a ascensão do iluminismo nos séculos XVII e XVIII (MONTESQUIEU, 1996).

Existe um discurso voltado a reconhecer a concretização do direito pela via judicial, acreditando-se que a prestação jurisdicional não poderá ser limitada, no entanto, Streck (2016, p. 722) defende “que o ‘jogo’ democrático deve ser respeitado. Senão, partiremos de uma democracia para uma juristocracia, o que certamente traria consequências outras tão danosas ou mais graves do que aquelas que intentamos suplantar”.

Barroso (2012), identifica o ativismo judicial como atividade proativa, exercida pelo poder judiciário, para interpretar de forma mais ampla a Constituição Federal e a norma jurídica, levando-se em consideração a ineficácia reincidente do Poder Legislativo e do Poder Executivo diante das demandas sociais.

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 e independentemente de manifestação do legislador ordinário; ii) a declaração de constitucionalidade 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, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2012, p. 6).

O Ativismo Judicial Positivo<sup>4</sup> é a interferência política do poder judiciário frente à necessidade de proteção às garantias fundamentais, destacando que apenas a utilização da hermenêutica não é suficiente para estabelecer o seu limite prudencial, buscando estabelecer a transformação de uma argumentação jurídica em uma decisão política.

Buscando uma origem para o Ativismo Judicial, é muito importante destacar que o Direito desenvolveu a representação de uma espécie de racionalidade que é muito peculiar da Política, determinando uma síntese necessária para a compreensão dos limites apresentados pela doutrina.

Pode-se denominar o “Ativismo Judicial Positivo” como uma decisão que, predominantemente, se encaixa no padrão de uma racionalidade do ordenamento jurídico vigente, prevalecendo, em última instância, a efetivação dos direitos fundamentais, bem como a observância da Supremacia da Constituição.

Sendo assim, qualquer prática ativista que, ao justificar seus argumentos, deixe de levar em consideração os direitos fundamentais ou a Supremacia da Constituição, poderá ter, consequentemente, tais argumentos classificados como argumentos de racionalidade eminentemente política. Desse modo, pode-se inferir que essa prática será revestida de um domínio nocivo e preocupante para o ordenamento no qual a decisão judicial estiver inserida.

---

<sup>4</sup>O ativismo judicial positivo é uma expressão para justificar decisões ativistas que tem como objetivo garantir que os direitos fundamentais sejam respeitados.

A identificação do fenômeno “Ativismo Judicial” requer uma base em que possamos distinguir as limitações e características existentes referentes entre axiomas e princípios, estabelecendo, assim, um critério que contribuirá para interpretação das questões que manifestem esse fenômeno.

Desse modo, os axiomas representam uma preposição em que sua veracidade é aceita por todos, não havendo uma possibilidade ou necessidade de que essa verdade seja comprovada. Assim, os axiomas aparecem aplicados de maneira lógica, sendo deduzidos sem a necessidade de pontos de vistas materiais, caracterizados por serem evidentes, de tal maneira que a veracidade poderá ser constatada apenas por sua própria afirmação. O axioma poderá ser entendido ou caracterizado como um “ser-em-si”, mas em hipótese alguma deverá ser entendido como “dever-ser”, pois, está representando uma característica que fundamenta a norma jurídica, independente se a mesma será norma-regra ou norma-princípio.

No entanto, os princípios não produzem o mesmo grau de veracidade dos axiomas. Em geral, são caracterizados por uma expressiva indeterminação e alto grau de generalidade, por isso, a utilização dos princípios como argumentação jurídica deverá comportar, necessariamente, uma abordagem interpretativa absolutamente clara, sendo assim, aplicável a concretização suscetível ao caso concreto, em que pese o entendimento de uma parte da doutrina em caracterizar o Ativismo Judicial positivo como algo importante no processo de evolução do Direito, utilizando esse fenômeno como um meio possível de garantir os direitos fundamentais previstos na Carta Magna. O entendimento uniforme da doutrina aponta que os avanços do Poder Judiciário frente a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo causam uma instabilidade institucional e insegurança jurídica.

As decisões baseadas puramente na discricionariedade dos julgadores, deficiente de qualquer critério de racionalidade, causam instabilidade na democracia, pois é fundamental para o fortalecimento e perpetuação da mesma o papel central do direito na organização institucional. Como justificativa utilizam os direitos Constitucionais Contemporâneos, que são importantes para uma atuação mais destacada do Poder Judiciário (STRECK, 2016).

O conceito de ativismo judicial abrange uma postura proativa do Poder Judiciário frente aos demais Poderes do Estado, ou seja, Legislativo e Executivo. É nítido e Pacífico na doutrina os prejuízos promovidos por decisões ativistas que constantemente minam e causam efeitos nocivos ao Estado Democrático de Direito.

Aparentemente inofensivos, buscam um valor moral ou apelo midiático e social mais amplo, caracterizado pelas decisões tidas como “justas”. No entanto, a justiça social se faz por meio de um Estado Democrático de Direito fortalecido, com a celebração dos princípios e normas vigentes.

### **3 SEMELHANTES OU OPOSTO? ENTENDENDO O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO**

O ministro do Supremo Tribunal de Justiça (STF), Luís Roberto Barroso, estabelece as diferenças e semelhanças entre judicialização e ativismos judicial; enfatiza a legitimidade democrática de ambas, questionando a importância das decisões da Suprema Corte brasileira na vida cotidiana dos brasileiros; destaca a importância da transmissão televisionada dos votos dos 11 (onze) ministros que, apesar de algumas inconveniências, reflete em uma transparência e exposição do judiciário brasileiro, ajudando no controle social e fortalecendo a Democracia. Nesse sentido, Sevegnani (2019, p. 6) afirma que,

O protagonismo atualmente exercido na esfera judicial fez com que se visualizasse cada vez mais a judicialização da política, por meio da qual o Poder Judiciário passou a incumbir-se das tarefas de realização dos princípios e regras constitucionais, em especial dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, são garantidos efetivamente na prática. Esse fenômeno é fortalecido, em especial, pelo fato de que, apesar da normatividade prevista em sede constitucional para determinados direitos individuais e fundamentais, muitos desses preceitos não são efetivados no mundo fático, gerando a análise judicial de assuntos que deveriam, em

regra, ser concretizados mediante funções legislativas e executivas. (SEVEGNANI, 2019, p. 6)

Segundo Barroso (2012), a judicialização, no cenário do Brasil, trata-se do formato adotado com a Constituição Federal de 1988, deixando de lado a vontade política nas decisões, sendo o judiciário provocado, cabendo ao mesmo a decisão, não restando alternativa. No entanto, tal decisão fica a critério da análise objetiva ou subjetiva do juiz.

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2012, p. 25).

O Ativismo Judicial interfere nocivamente para a democracia, pois se trata da relação entre os juízes e os Tribunais e suas visões pessoais, como se fosse possível uma linguagem privada, elaborada às margens de uma linguagem pública. Entretanto, a judicialização pode tratar tanto de uma decisão positiva ou negativa, devendo-se levar em consideração os níveis e a intensidade em que a mesma é verificada.

Esclarecendo que sempre será possível algum grau de judicialização da política em regimes democráticos que estejam assegurados com uma Constituição normativa, com intuito de preservação dos direitos fundamentais, em que se faz necessário o chamamento do Poder Judiciário ou Tribunais Constitucionais, garantindo que não haja violação por parte dos Poderes à Constituição. Portanto, pode-se afirmar que a judicialização ocorre em contraponto à incompetência das instituições (STRECK, 2016).

Diante da judicialização da política, pode-se concluir que depende do funcionamento e inadequação da Constituição Federal, tendo em vista, o quadro institucional consagrado pela mesma

Carta. “Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental *lato sensu* em relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado”. (STRECK, 2016, p. 750).

Como visto, diante de uma situação em que sofreu judicialização poderá ter como consequência uma resposta ativista, tornando-se uma questão nociva, ruim e censurável em uma democracia normativa. Entretanto, possivelmente alguns casos de judicialização podem, consequentemente, dispor de respostas adequadas do Poder Judiciário, que no seu formato estabeleçam uma sintonia com o disposto na Constituição Federal, na busca da concretização de direitos fundamentais ou que se resguarde em procedimentos guarnecedores da regra democrática, nesse caso não podemos considerar que a decisão foi ativista. Conforme Oliveira (2016), existem algumas situações nas quais se faz necessário que a jurisdição constitucional deve ser agressiva visando a garantia dos direitos fundamentais. Streck (2016, p. 750), considera que,

Por isso, na realidade brasileira de colonização do mundo da vida pelo Judiciário é importante entender a diferença entre ativismo e judicialização da política. Para além de uma criteriologia quantitativa, o primeiro se caracteriza por uma atuação judicial que extrapola os limites jurídicos (Constituição, Princípios Jurídicos, Leis, Jurisprudência, etc.) e/ou invade a competência dos demais Poderes; já a segunda é uma contingência histórica que ocorre de tempos em tempos, sobretudo em países periféricos de modernidade tardia que possuem uma constituição analítica como o Brasil. (STRECK, 2016, p. 750)

Entretanto, Brandão (2013) defende que a expansão dos direitos fundamentais e dos seus instrumentos de proteção não são os únicos elementos responsáveis por concretizar e formatar a judicialização política no Brasil, vale ressaltar que existem outros fatores políticos que são de extrema importância, como a incerteza eleitoral, a alternância conturbada no poder e a estabilização de-

mocrática, demonstrando a fragilidade de uma organização institucional marcada pelo fracionamento do poder.

Embora existam ainda incertezas e críticas quanto à sua definição, o termo ativismo judicial tem sido utilizado para analisar as instituições e agentes judiciais nas democracias contemporâneas, como um modelo ou programa para a decisão judicial e conduta a ser adotada pelos juízes, especialmente em decisões judiciais em conjunto. Considera-se, sobretudo, o papel a ser adotado pelo Judiciário, tendo como pressuposto a autonomia do julgamento do juiz durante a análise do caso e a tomada de decisão (KOERNER, 2013, p. 69-70).

Em que pese o Ativismo Judicial surgiu com um processo de Judicialização, principalmente da Política, assim sendo, não é correto afirmar que um será o oposto da outro, ao contrário do Ativismo Judicial e a Autocontenção Jurisdicional. Assim, a principal diferença metodológica entre as duas posições está em que 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, 2012). Diante das circunstâncias, Barroso (2012) alerta quanto ao perigo da legitimidade democrática na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.

#### **4 A DEMOCRACIA EM TEMPOS DE PANDEMIA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO**

A democracia, como realização de valores da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa e convivência humana, nos revela um conceito mais abrangente do Estado de Direito que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. A evolução histórica e a superação do liberalismo, a qual está vinculada o conceito de Estado de Direito trazem para o debate a questão da sua harmonia com a sociedade democrática, sendo reconhecido que a sua

insuficiência gerou o conceito de Estado social de Direito, que nem sempre é de conteúdo democrático. (SILVA, 1988).

Nessa perspectiva, fica nítida a extrema importância no caput do art. 1º da Constituição Federal de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamado e fundado.

Segundo Canotilho (1989), atendendo a um critério objetivo na interpretação das normas, é possível chegar à decisão que comporta uma argumentação jurídica amplamente convincente. No método tópico o problema é interpretado de maneira prática para o caso concreto; analisar separadamente o caráter aberto, fragmentando ou interinado da norma e, por fim, o afastamento de qualquer premissa subjetiva que o problema possa conduzir.

Entendendo que o Ativismo Judicial causa efeitos nocivos ao Estado Democrático de Direito, expõe que na realidade torna-se um fenômeno que resulta em uma desintegração da Constituição Federal, com a justificativa de efetivar direitos fundamentais acaba expondo e colocando em risco o próprio ordenamento. O Direito é um conjunto a ser interpretado em seu todo, com coerência e integridade (STRECK, 2020).

O Estado Democrático de Direito é uma conquista, um paradigma, a partir do qual se comprehende o Direito, conquista essa que proporcionou uma configuração nas esferas dos Poderes do Estado, decorrente do papel assumido pelo Estado e pelo constitucionalismo que reforçam o caráter hermenêutico do Direito.

Portanto, existe um conjunto de elementos que identificam essa fase da história do direito e dos Estados, como por exemplo, textos constitucionais principiológicos, a efetiva transformação da sociedade comprometida com os direitos garantidos na Constituição e as crescentes demandas judiciais que buscam no Poder Judiciário a concretização de direitos, tendo em vista os mecanismos de acesso à justiça garantidos na própria Carta Magna (STRECK, 2014).

No entanto, nos alicerces da democracia representativa há um grande dilema contemporâneo de evitar que a justiça constitucional ou poder dos juízes se sobreponha ao próprio direito. É

de fundamental importância discutir o problema metodológico, representado por um tripé que movimenta a teoria do pós positivismo: como se interpretar, como se aplica e se é possível alcançar as condições interpretativas capaz de garantia de uma ‘resposta correta’. Nessa linha Streck (2014, p. 411).

Há por trás uma anuência às decisões sem fundamento jurídico adequado, decisões baseadas em qualquer coisa que sequer dialogue com o ordenamento jurídico, ou que reivindique o Direito para dar um caráter de juridicidade a decisões que são, no fundo e no limite, escolhas. Só que decisão não é uma escolha (STRECK, 2014, p. 411).

Diante das dificuldades já apresentadas em relação às argumentações jurídicas que são mais adequadas ao caso concreto, está a subjetividade das escolhas individuais de alguns magistrados e Tribunais, outro fator importantíssimo que vincula as decisões é a institucionalização da moral no Direito, a partir do Direito gerado democraticamente, demonstrando a especificidade do Estado Democrático de Direito. “O direito incorporou um conteúdo moral, passando a ter um caráter de transformação da sociedade. Esse ideal de ‘vida boa’ deve ser compreendido como dirigido e pertencente a toda a sociedade (esse é o sentido da moral), sendo a Constituição o modo para alcançá-lo” (STRECK, 2016, p. 729).

Para Streck (2019) é possível identificar rationalidade jurídica sendo substituída por “rationalidade instrumental”, como o mesmo denomina, onde essa última representa um conjunto de opiniões e juízos morais.

No entanto essa substituição representa uma transformação também no campo da interpretação das normas, bem como, a própria significação do Direito, destaca-se que com esse tipo de interferência o Direito perde sua autonomia frente aos seus maiores predadores como a política, a economia, a moral e a religião. Sem o seu significado o Direito torna frágil a democracia.

No Brasil é cada vez mais frequente as decisões ativistas, no entanto, esse tipo de decisão coloca em risco a segurança jurídica

do Estado, pois cada caso poderá servir de precedente para outro, julgando com a moral, com sentido político ou por apelo social, intensamente provocado pelos meios midiáticos.

Destacando a importância frente à nova pandemia mundial do coronavírus (Covid-19), trazendo impactos, ainda incalculáveis no Brasil, que antes mesmo das reais consequências, sabe-se que irá exigir uma participação ainda mais ativa do Poder Judiciário, devido às demandas e o aumento na judicialização, tendo em vista, a existência de conflitos nunca antes imagináveis, o que torna mais importante a exigência da observância das normas Constitucionais no intuito de preservar a Democracia.

Diante da pandemia mundial é de suma importância a colaboração de todos os poderes estatais para chegar uma solução pacífica dos conflitos, pois a proteção dos direitos sociais deve ser a pauta principal. “Vamos ter um debate pós COVID-19 que dirá respeito à adaptação do texto constitucional a essa nova realidade que se impôs a partir da pandemia. Certamente vamos apontar uma série de inadequações” (MENDES, 2020).

Para Streck (2020), o Brasil deverá adotar um modelo misto, chamado por ele de ‘legalidade extraordinária’, em que se faz necessário à decretação de estado de emergência, constitucionalmente previsto; o manejo da legislação existente, pois, na perspectiva que o direito não é absoluto, direitos civis poderão ser restringidos, causando uma demanda judicial posterior em casos nos quais a lei ainda não comporte as necessidades que autorizem a ter poderes específicos. Assim, para combater a pandemia será necessária uma nova legislação que garanta a execução das medidas essenciais.

Diante desse novo contexto mundial, algumas decisões ativistas prejudicam e colocam em risco a segurança jurídica do Estado. Uns dos casos, ocorridos durante o início do isolamento social no Brasil, chamou atenção: a decisão de um juiz do Rio de Janeiro que não concedeu o pedido do Ministério Público do Rio de Janeiro, solicitando intervenção para reprimir que fossem realizados cultos evangélicos, em meio ao decreto de governo do estado para o isolamento social como medida de achatamento da epidemia, na decisão a proteção constitucional à liberdade religiosa ao culto se sobrepuja o direito à vida diante uma crise sanitária gravíssima.

Embora o caso em questão pareça não conter um posicionamento ativista, tendo em vista, que a argumentação tenha sido fundada no princípio da legalidade, no qual o que não é proibido é permitido. O magistrado menciona que para manifestação favorável do pleito seria necessário a elaboração de um decreto específico do poder executivo.

A interpretação utilizada pelo juiz possui elos frágeis, compostos por uma legalidade literal, apegada gramaticalmente sem observância das circunstâncias composta no fato, nesse contexto, tornando uma decisão aparentemente objetiva em um legalismo extremo e subjetivo. O Direito é um conjunto a ser interpretado em seu todo, com coerência e integridade (STRECK, 2020). Comportando uma literalidade na qual pode conter um interesse privado e individual, o uso da literalidade não predomina que a decisão está livre do ativismo judicial, pois a mesma demonstra-se revestida de um apelo moral e social.

Outra decisão bastante polêmica foi referente a uma liminar concedida pelo juiz federal de Recife que, sem previsão legal, deferiu tutela antecipada para um estagiário, ‘transformando-o’ em causídico, pois a pandemia poderia causar dificuldades e atraso na carreira profissional do mesmo, mas fica uma grande interrogação: e os demais estagiários e estudantes também deverão advogar? Outro fator importante do ativismo são os efeitos posteriores que cada decisão, seja de juiz ou do próprio Tribunal, poderá criar outros precedentes causando uma grande insegurança jurídica.

Diversas demandas são levadas à apreciação do Poder Judiciário, entre estas são garantias de atendimento à saúde pública, com diversas concessões de liminar para garantir esse direito expresso na Constituição Federal, no entanto, essa concessão não tem critério de observância junto à possibilidade de atendimento do Poder Executivo, podendo gerar um desequilíbrio nas contas públicas, pois as decisões judiciais não podem deixar de serem cumpridas.

Assim sendo, é importante frisar que no Brasil é muito comum que os poderes, até mesmo a carreira jurídica, atuem de forma coorporativa e corrompam o Direito em prejuízo da isonomia ou da segurança jurídica, compondo uma hermenêutica de atitude arbitrária, em que não encontra seu limite no próprio objeto, não observando a plataforma jurídica normativa precedente.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dante do exposto, entendemos a importância da discussão sobre o Ativismo Judicial no Brasil, pois, levando-se em consideração os exemplos já mencionados, existe nas decisões judiciais apresentadas uma interpretação totalmente frágil nas argumentações jurídicas e fugindo dos princípios que são pilares na resolução dos conflitos. Por vezes, buscando uma interpretação mais extensiva da Constituição Federal, gerando uma insegurança jurídica temerosa abalando o Estado Democrático de Direito.

A consequência mais nociva do Ativismo Judicial é a sua interferência nas decisões nos demais poderes; causando um constrangimento institucional, bem como opondo-se a separação dos poderes, princípio basilar que rege a Constituição Federal do Brasil de 1988 (caracterizada por ser uma Constituição cidadã por fortalecer o Estado Democrático de Direito).

Dante da análise, torna-se nítida a necessidade do poder judiciário em estabelecer critérios claros para solução dos conflitos, baseando suas decisões em argumentos jurídicos das normas existentes ou nos princípios, distanciando-se dos interesses individuais, anseios sociais, políticos ou morais. Afastando as decisões ativistas e promovendo critérios mais concretos e específicos para utilização nas questões que demande a Judicialização.

O ativismo judicial é um tema complexo e não existem respostas simples para a sua resolução. No entanto, é preciso reconhecer que se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário tem problemas individuais de pessoas que necessitam do amparo do Estado, permitindo que aqueles que conseguem ter acesso ao Judiciário sejam favorecidos em detrimento dos outros, gerando, assim, um desequilíbrio estrutural, que interfere no acesso democrático à justiça.

Por fim, com a percepção de que uma alternativa viável para auxiliar no problema proposto é estabelecer critérios objetivos, por meio da edição de leis pelo Poder Legislativo; maior eficiência na gestão do Poder Executivo; e o efetivo constrangimento epistemológico nas decisões ativistas do Poder Judiciário, caso contrário, o ativismo judicial constituirá nada mais que uma escolha trágica feita pelo Estado.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Logan Caldas. A legitimidade democrática da jurisdição constitucional e o contramajoritarismo no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial. **Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 1-43, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/download/1222/1147>. Acesso em: 22 out. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Ativismo judicial, Judicialização e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n.1, p. 23-32, jun. 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 22 jan 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 60, p. 59-117, abr./jun. 2016. Disponível em: [http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos\\_Alexandre\\_de\\_Azevedo\\_Campos.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1272607/Carlos_Alexandre_de_Azevedo_Campos.pdf). Acesso em: 22 out. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1989.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Revista Novos Estudos Cebrap**, n. 96, p. 69-85, jul. 2013. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010133002013000200006&script=sci\\_arttext&tlang=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010133002013000200006&script=sci_arttext&tlang=pt). Acesso em: 22 out. 2019.

KOERNER, Andrei. O ativismo judicial como problema intelectual e político nos estados unidos: uma análise crítica. **Lua Nova**, São Paulo, n. 99, p. 233-255, dez. 2016. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-020016090006](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-020016090006). Acesso em: 22 out. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. Evento discute se a Constituição prevalece na emergência da epidemia. **Consultor Jurídico**, 27 de abril de 2020. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-27/juristas-discutem-abrangencia-constituicao-durante-pan demia>. Acesso em: 22 fev.2020.

MONTESQUIEU, Charles-Louis De Secondat. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. O Ativismo Judicial na Débâcle do Sistema Político: sobre uma hermenêutica da crise. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n. 2, p. 751-772, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/22912/pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

SEVEGNANI; Ana Luisa. Ativismo judicial em matéria de políticas públicas de saúde: uma escolha trágica? **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 7, n. 1, p. 200-225, 2020. Disponível: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/158344/158959>. Acesso em: 22 fev. 2020.

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. **Revista Digital de Direito Administrativo**, n. 173, p. 15-34, ju./set. 1988 Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/%20viewFile/45920/44126%3E>. Acesso em: 15 fev. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Apropriação moral e política do Direito degrada o Estado de Direito. **Consultor Jurídico**, 26 dez. 2019. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/senso-incomum-apropriacao-moral-politica-direito-degrada-estado-direito>. Acesso em: 22 fev. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Constitucionalistas “espalha-rodas”: o “caso Ramagem” **Consultor Jurídico**. **Consultor Jurídico**, 4 maio 2020. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-04/streck-serрано-constitucionalistas-espalha-rodas-ramagem>. Acesso em: 22 fev. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o Ativismo e a Judicialização da Política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 17, n. 3, set./dez. 2016. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12206>. Acesso em: 22 fev. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Pedidos de um guri e de um jurista ao Papai Noel. **Consultor Jurídico**, dez. 2019. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-19/senso-incomum-pedidos-guri-jurista-papai-noel-2019>. Acesso em: 22 fev. 2020.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 37-57, jan. 2012. Disponível: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>. Acesso em: 9 set. 2019.

## CAPÍTULO IV

### A IMPORTÂNCIA DO PROJETO PEDAGÓGICO DOS CURSOS DE FORMAÇÃO DA PM/SE PARA UMA CULTURA DE DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Denival Dias de Souza<sup>1</sup>*

#### RESUMO

Considerando que o debate acerca da segurança pública no Brasil vem ocupando destacadíssima importância no campo político e acadêmico, este estudo analisou a formação de policiais militares nos Cursos de Formação de Soldados da Polícia Militar do Estado de Sergipe, nos períodos 2014 e 2015, a fim de avaliar se o projeto pedagógico tem preparado os policiais para as demandas sociais e se esse projeto está em sintonia com os parâmetros exigidos por um Estado Democrático de Direito. Nesses Estados a segurança pública assume status de direito do cidadão e dever do poder público, inserindo-se, assim, no rol dos serviços públicos essenciais à qualidade de vida dos cidadãos, requerendo qualificação de seus agentes. Nessa perspectiva, a questão norteadora centrou-se em indagar se tal formação estaria em consonância com as diretrizes propostas pela Secretaria Nacional de Segurança Pública, através de sua Matriz Curricular Nacional e, se a referida proposta pedagógica tem sido eficaz para instituir uma cultura de defesa e promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Para levantamento dos dados

<sup>1</sup> Advogado. Graduado em Direito e Educação Física. Especializações em: Direito Penal Militar pela Universidade Cândido Mendes (2020); Direito Público com capacitação para o Ensino no Magistério Superior pelo Instituto Damásio de Direito (2019); Direito Penal e Processual Penal, UNIT/SE (2016); Segurança Pública e Democracia pela SENASP/RENAESP/UFS (2015); Gestão e Políticas Públicas em Segurança Pública (2013); Docência do Ensino Superior (2011) pela Faculdade Atlântico; Doutorando em Direito pela Universidad Nacional de Mar del Plata - Argentina. É Instrutor do Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Praças da Polícia Militar de Sergipe nos Cursos de Formação Policial. E-mail: denivalef@yahoo.com.br.

foi realizada pesquisa bibliográfica e documental, especialmente a matriz normativa e as diretrizes curriculares que norteiam os cursos ofertados pelo Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Praças da PM/SE. Ao longo da pesquisa foi possível aferir que houve avanços na formação policial, sobretudo pela flexibilidade da malha curricular e pela inserção de conteúdos relacionados aos direitos humanos numa perspectiva transversal, conciliando disciplinas de caráter mais técnico-profissional com disciplinas de viés mais sociológico e filosófico que possibilitam aos formandos uma leitura crítica da realidade social.

**Palavras-chave:** Formação Policial, Matriz Curricular Nacional, Direitos Humanos. Polícia Militar de Sergipe.

## 1 INTRODUÇÃO

O debate sobre segurança pública no Brasil vem ocupando as agendas de diversos atores sociais dentro e fora dos espaços acadêmicos, sobretudo, pelo aumento crescente da violência<sup>2</sup>. Ainda que seja perceptível o esforço dos diversos atores envolvidos com a questão da segurança pública em explicar tal fenômeno, de modo a subsidiar políticas públicas na área, essa ainda é uma questão em aberto e que convida a mais pesquisas e estudos. Assim, o estudo em foco elegeu a questão da formação dos agentes de segurança pública, especificamente da Polícia Militar, como campo de investigação, principalmente, pós Constituição Federal de 1988, no qual a segurança pública adquiriu status de direito do cidadão e dever do Estado entrando, assim, no rol dos serviços públicos essenciais à qualidade de vida da sociedade, o que requer, então, a devida qualificação por parte de seus agentes na prestação deste serviço.

A instituição do Estado Democrático de Direito, com o advento da Carta Constitucional de 1988, constituiu-se como marco para uma mudança no papel da Polícia Militar, que paulatinamente deixou de ser associada às forças do Exército, com função primor-

<sup>2</sup> Os registros do SIM (Subsistema de Informação sobre Mortalidade) informam que, entre 1980 e 2014, morreram perto de 1 (hum) milhão de pessoas (967.851), vítimas de disparo de algum tipo de arma de fogo.

dial para a manutenção da segurança interna e priorizando uma formação eminentemente militar dos seus quadros voltada para a guerra. Para assumir a condição de instituição de Estado, vinculada aos princípios democráticos, a Polícia Militar volta-se à proteção dos bens e interesses jurídico-constitucionais mais relevantes, que perpassa por assegurar os direitos e garantias dos cidadãos preconizados por esta nova Constituição.

O controle social viabilizado pelo novo modelo político e social brasileiro a partir da redemocratização do país apresenta uma sociedade civil mobilizada no sentido de exigir do Estado políticas públicas que consolidem a cidadania em todas as esferas. Nessa perspectiva, um dos principais pleitos está associado a uma atuação mais efetiva da Polícia Militar que, dada a sua natureza ostensiva, cria na população uma percepção mais clara sobre o atendimento ou não do direito à segurança por parte do poder público. Assim, são crescentes as demandas por uma atuação qualificada dos policiais militares mediante ações e intervenções que conciliem respeito aos direitos fundamentais e efetividade da segurança da coletividade, o que requer uma análise acerca da formação destes agentes diante desta conjuntura.

Com base neste novo perfil dos operadores da segurança pública, em 2000, o Ministério da Justiça instituiu as bases curriculares para a formação dos profissionais da área de segurança do cidadão, adotando dentre as principais premissas: a redefinição de um perfil almejado para orientar a formação do profissional da área de segurança do cidadão e, delineamento dos cursos, bem como a composição das grades curriculares<sup>3</sup> dos conteúdos disciplinares e de instrumentos e técnicas de ensino e avaliação; o policiamento voltado para a relação polícia/comunidade; o exercício de valores morais e éticos e, o fortalecimento dos direitos humanos, ou seja, o enfoque do ensino passou a ser a garantia dos direitos do cidadão, com um abrangente currículo de formação contendo várias disciplinas sob o viés de um projeto pedagógico que vem sendo revisado constantemente para atender as novas demandas, o que

<sup>3</sup> A expressão grade curricular nesta nova versão da Matriz pelo termo Malha Curricular por entender que a representação das disciplinas deve flexível e maleável possibilitando diversas articulações entre elas, ao contrário do sentido de "grades". (MATRIZ CURRICULAR NACIONAL, 2014).

inclui formação em direitos humanos e de natureza jurídica (Bases curriculares para a formação dos profissionais da área de segurança do cidadão, 2000, p.10).

Dessa forma, a questão norteadora desta investigação foi: O projeto pedagógico implementado no Curso de Formação de Soldados (CFSd) da Polícia Militar do Estado de Sergipe (PMSE), no período 2014 e 2015, está em consonância com as diretrizes propostas pela Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASA), através de sua Matriz Curricular Nacional (MCN)? O modelo pedagógico empregado para a formação destes policiais militares tem sido eficaz para instituir uma cultura de defesa e promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos diante deste novo projeto de sociedade concebida pela nova ordem constitucional?

Diante disso, o objetivo do estudo voltou-se a analisar se o projeto pedagógico do CFSd, no período de 2014 e 2015, esteve em consonância com as principais diretrizes educacionais do Ministério da Justiça, Lei de Diretrizes e Bases - LDB e da MCN, proposta pela SENASP, e se está adequado às atuais demandas da sociedade brasileira no sentido de ver consolidados os direitos civis e sociais de seus cidadãos. Para isso, foi realizado comparação do plano de ensino do CFSd, turmas 2014 e 2015, com os referenciais teóricos metodológicos preconizados pela MCN.

Para levantamento dos dados foi realizada pesquisa bibliográfica e documental ofertadas pelo CFSd da PMSE, no período de 2014-2015, realizado no Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Praças da PMSE. A análise documental baseou-se nos seguintes documentos: MCN da SENASP, Plano do Curso de Formação de Soldados da PMSE, Ementas das disciplinas jurídicas ofertadas no referido Curso e o Material de estudo da disciplina.

## **2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FORMAÇÃO DOS POLICIAIS MILITARES NO BRASIL**

O breve histórico sobre a formação militar no Brasil tem como objetivo evidenciar a íntima relação de sua evolução com a do próprio Exército Brasileiro, com foco para uma segurança do Estado e, dessa forma, compreender as razões pelas quais expli-

cam o *ethos*<sup>4</sup> militar atual, marcado por uma cultura, ainda, em defesa do Estado, e, as respectivas influências na prática pedagógica nos espaços de formação militar.

Até 1969, as polícias militares eram formadas inicialmente por integrantes oriundos das forças regulares do Exército Brasileiro, com características eminentemente militares, e, foco para a segurança interna, não se dedicando ao policiamento ostensivo nem à polícia judiciária, que ficavam sob a responsabilidade das polícias civis e guardas municipais. O currículo constava de noções básicas de Direito, algumas poucas dezenas de horas-aulas com disciplinas que tratavam de guerra, segurança física de instalações e cartografia (VANDERLUZIA, 2012).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a segurança pública passa a ser tratada no título referente à Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, posicionando-as como tutelas da Democracia brasileira a serviço da sociedade, o que vai requerer um novo perfil do agente público, em específico, dos operadores em segurança pública. Em 1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação abriu concessão para que as organizações militares legislassem sobre seus sistemas de ensino, conforme disposto no “Art. 83: O ensino militar é regulado em lei específica, admitida a equivalência de estudos, de acordo com as normas fixadas pelos sistemas de ensino”. (LDBEN, 2009).

Em 1998, foi criada a Secretaria Nacional de Segurança Pública - SENASP, em 1998, com a finalidade de assessorar o Ministro de Estado na implementação da política nacional de segurança pública, e, acompanhar as atividades dos órgãos responsáveis pela segurança pública, em todo o território nacional. No ano subsequente, a SENASP lançou as Bases Curriculares para os Profissionais da Segurança Pública, dando origem a uma série de outras orientações pedagógicas que provocaram importantes impactos para a formação de seus agentes.

---

<sup>4</sup> Expressão de origem grega e que significa “caráter moral”. É usada para descrever o conjunto de hábitos ou crenças que definem uma comunidade ou nação. No âmbito da Sociologia e Antropologia, o *ethos* são os costumes e os traços comportamentais que distinguem um povo. Disponível em: <https://www.significados.com.br/ethos/>.

Em 2000, o Ministério da Justiça instituiu as bases curriculares para a formação dos profissionais da área de segurança do cidadão, enfatizando um ensino que os qualificassem para a garantia dos direitos do cidadão, associado a um complexo currículo de formação contendo várias disciplinas, incluindo as de natureza jurídica. (Bases curriculares para a formação dos profissionais da área de segurança do cidadão, 2000, p. 10). Em 2003, a SENASP confeccionou a Matriz Curricular Nacional - MCN<sup>5</sup>, documento que passaria a servir de referencial teórico metodológico para orientar as ações formativas dos profissionais da área de segurança pública.

### **3 A FORMAÇÃO DOS POLICIAIS MILITARES DE SERGIPE**

A duração dos cursos oferecidos pelo Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Praças (CFAP) pode sofrer variações de acordo com o público que se quer formar, com as diretrizes políticas do comando da corporação e do governo do Estado e com a reformulação dos currículos que possam acontecer por força de diretrizes do Ministério da Justiça, através da Secretaria Nacional de Segurança Pública. O curso de formação de soldados, objeto deste estudo, tem duração de 1200 horas.

O curso funciona, preferencialmente, nas dependências do Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Praças, CFAP, da Polícia Militar do estado de Sergipe – PMSE – situado no Município de Aracaju - Sergipe, que foi criado a partir da lei estadual nº 2.234/79, de 10 de novembro de 1979 e publicada no DOE/SE6 nº 18.537, em 11 de dezembro de 1979, caracteriza-se por ser o principal espaço de formação dos policiais militares e tem por missão a coordenação e execução das atividades de instrução para a formação, aperfeiçoamento, especialização e atualização profissional do efetivo de praças em seus diversos níveis hierárquicos.

---

<sup>5</sup> A Matriz expressa uma continuidade das Bases Curriculares, entretanto numa versão menos diretiva, ao contrário desta última ela não propõe as "grades" curriculares das disciplinas, deixando mais livre o processo de adaptação dos cursos às especificidades de cada Estado (COSTA, 2005).

O curso foi desenvolvido com base na previsão do quadro de trabalho semanal (QTS), produzido pela Seção Técnica de Ensino do CFAP, de acordo com a estrutura curricular e carga horária prevista para o curso, regendo-se, ainda, pela Portaria Normativa nº 018, datada de 10 de julho de 2014, segundo o Regimento Interno do CFAP – RICFAP (SILVA, 2006).

É válido ressaltar que ao longo da carreira de oficiais e de praças há a exigência da realização de cursos como requisito para ascensão na carreira. Para os oficiais existem os cursos obrigatórios de Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais (CAS) e Curso Superior de Polícia (CSP). Em nível de praças, de soldado a subtenente, os cursos são: cabos, sargentos, Curso de Aperfeiçoamento de Sargentos e Curso de Habilitação de Oficiais (COUTO, 2014).

É importante frisar que o processo de formação também se dá de forma continuada, mediante parcerias, principalmente, com a SENASP, através da oferta de cursos nas modalidades presenciais e a distância, pós-graduação, e, cursos de capacitação, respectivamente.

#### **4 AS CONTRIBUIÇÕES DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NA SEGURANÇA PÚBLICA**

O avanço histórico de Convenções, Tratados e demais legislações em matéria de Direitos Humanos, pautados, especialmente, na valorização da dignidade da pessoa humana, não vem sendo acompanhado de uma consciência de indivíduos e sociedades em reconhecerem a igualdade na diferença e na diversidade, o que requer que seja lembrada, mediante processo permanente de educação (MENDONÇA, 2010).

Em termos de Brasil, o autor fez importante registro acerca do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, de 2003, resultado da instauração da Década Internacional da Educação em Direitos Humanos, promovido pela Organização das Nações Unidas (ONU), que instigava os países a organizarem processos organizacionais capazes de promover a compreensão dos direitos fundamentais do ser humano enquanto estratégia de combate às

violações dos direitos fundamentais dos cidadãos, através de várias frentes nas áreas da educação, como também, da segurança pública (Idem, 2010).

Para Bobbio (1992) o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são os alicerces das Constituições democráticas modernas e, nesse cenário, a paz se constitui enquanto pressuposto essencial para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem. Portanto, sem os direitos do homem não existe a Democracia e sem a Democracia não existem condições para a solução pacífica dos conflitos. Nessa perspectiva, a relação da temática em Direitos Humanos e Segurança Pública perpassam pela construção de uma sociedade democrática de direito, entendendo-se essa como sendo “os Estados onde funciona regularmente um sistema de garantias dos direitos do homem” (BOBBIO, 1992, p. 41).

Segundo Balestreri (2010), a implementação de uma política de segurança pública num contexto democrático requer investimentos que superem o histórico de violações civis e sociais. Para ele, muito embora exista o amparo da Constituição Federal de 1988 no que faça valer seus princípios, as práticas cotidianas e as culturas institucionais requerem determinado tempo para que se possam perceber mudanças significativas.

## 5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A MATRIZ CURRICULAR NACIONAL DA SENASP

Os fundamentos do projeto pedagógico do Curso de Formação de Soldados da PMSE se caracterizam pela adoção de referenciais teóricos metodológicos recomendados pela Matriz Curricular Nacional, formulada pela SENASP, no intuito de promover uma propositura de malha curricular às instituições de ensino na área de segurança pública, sob a égide do Estado Democrático de Direito, na formação de seus agentes.

A propositura dos eixos articuladores e áreas temáticas nela contidos tem a finalidade de ampliar em seu corpo discente a análise crítica frente à segurança pública enquanto política de Estado.

Esses eixos estruturaram o conjunto de conteúdos transversais que permeiam as ações formativas e, foram definidos a partir da

relevância e pertinência nas discussões sobre segurança pública e a partir de sua relação com as problemáticas sociais, atuais e urgentes, de abrangência nacional. As áreas temáticas contemplam os conteúdos indispensáveis às ações formativas, que devem estar alinhados ao conjunto de competências cognitivas, operativas e atitudinais.

Da mesma forma, têm um caráter orientado para o desenvolvimento pessoal e a conduta moral e ética, referindo-se às finalidades gerais das ações formativas, estimulando o questionamento permanente e reflexivo sobre as práticas profissionais e institucionais no contexto social e político em que elas se dão.

As áreas temáticas devem contemplar os conteúdos indispensáveis à formação do profissional da área de segurança pública e sua capacitação para o exercício da função, possibilitando complementações que atendam às expectativas das diversas instituições e demandas da sociedade:

## **6 CONCEPÇÕES DOS PROJETOS DE CURSOS DO CFSd: 2014 e 2015**

### **6.1 Princípios e Objetivos Norteadores**

O projeto pedagógico do CFSd 2014 e 2015, do Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Praças, CFAP, adotou as diretrizes consolidadas no documento elaborado pelo Ministério da Justiça através da SENASP, intitulado “Matriz Curricular Nacional para Ações Formativas dos Profissionais da Área de Segurança Pública”.

Para atingir o desenvolvimento das competências necessárias para a formação em segurança pública: cognitiva, operativa e atitudinal, preconizados pela Matriz, o CFAP seguiu as diretrizes pedagógicas da SENASP e compôs seus currículos e programas com um núcleo comum (básico) que reúne as disciplinas de conteúdos conceituais, procedimentais e atitudinais, cuja finalidade é assegurar a unidade entre pensamento e ação dos profissionais da segurança pública e, uma parte específica, como caráter de complementar o núcleo comum através de disciplinas que atendem às especificidades da Polícia Militar de Sergipe.

Por outro lado, a composição curricular, também busca favorecer a conciliação entre a teoria e a prática por meio de me-

canismos intencionais<sup>6</sup> que valorizam a reflexão antes, durante e após a ação policial. Nesse contexto, o aluno é instrumentalizado para a sua ação, na medida em que trabalha em três dimensões da formação profissional: ética-política (conjunto de valores e princípios), teórico-metodológica (leis e teorias) e técnico-operativa (habilidades técnicas, métodos e procedimentos), permitindo, assim, sua autonomia intelectual e a responsabilidade pessoal com o seu desenvolvimento profissional.

Nessa perspectiva, segue a malha curricular do curso do CFSd, 2014 e 2015, do Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Praças (CFAP), contendo as áreas e respectivos eixos e temáticas, além da carga horária, que totalizam 1200 horas de formação:

ÁREA	Nº	COMPONENTES CURRICULARES	CH
<b>Sistemas Instituições e Gestão Integrada da Segurança Pública (100h)</b>	1.	História da PM	20
	2.	Legislação e Organização Institucional	30
	3.	Políticas e Sistema de Segurança Pública no Brasil	20
	4.	Fundamentos de Gestão Pública	10
	5.	Fundamentos de Gestão Integrada e Comunitária	20
<b>Violência Crime e Controle Social (40h)</b>	6.	Abordagem sociopsicológica da violência e do crime	20
	7.	Criminologia aplicada a Segurança Pública (Delinquência e Fatores Criminógenos)	20
<b>Cultura e Conhecimentos Jurídicos (180h)</b>	8.	Direitos Humanos	30
	9.	Introdução ao Estudo de Direito	30
	10.	Direito Constitucional	30
	11.	Direito Penal e Direito Penal Militar	30
	12.	Processual Penal e Processual Penal Militar	30
	13.	Fundamentos Jurídicos da Atividade Policial	30

<sup>6</sup> Planejamento de ensino que possa considerar as competências e as habilidades que serão desenvolvidas, bem como os objetivos a serem alcançados. (Diretrizes Pedagógicas – SENASP).

<b>Modalidade de Gestão e Eventos Críticos (40h)</b>	<b>14.</b>	Prevenção, Mediação e Resolução de Conflitos	20
	<b>15.</b>	Procedimentos Iniciais em Eventos Críticos	20
<b>Valorização Profissional e Saúde do Trabalhador (140h)</b>	<b>16.</b>	Educação Física	60
	<b>17.</b>	Defesa Pessoal	50
	<b>18.</b>	Relações Humanas e interpessoais	20
	<b>19.</b>	Saúde e Segurança aplicada ao trabalho	10
<b>Comunicação, Informação e Tecnologias em Segurança Pública (80h)</b>	<b>20.</b>	Noções de Inteligência Policial (Gestão da Informação)	20
	<b>21.</b>	Linguagem, Comunicação e Redação Oficial	20
	<b>22.</b>	Telecomunicações	20
	<b>23.</b>	Sistemas informatizados	20
<b>Cotidiano e Prática Policial/Reflexiva (80h)</b>	<b>24.</b>	Meio Ambiente e Segurança Pública	20
	<b>25.</b>	Doutrina e Prática de Polícia Ostensiva	40
	<b>26.</b>	Ética e Cidadania	20
<b>Funções, Técnicas e Procedimentos em Segurança Pública (390h)</b>	<b>27.</b>	Armamento, munição e técnicas de tiro defensivo	80
	<b>28.</b>	Técnica Policial	80
	<b>29.</b>	Noções de Policiamento de Choque	30
	<b>30.</b>	Noções de Primeiros Socorros	20
	<b>31.</b>	Policiamento de Trânsito (inserir parte teórica de Condução de Veículo de Emergência)	60
	<b>32.</b>	Ordem unida	40
	<b>33.</b>	Uso Diferenciado da Força	20
	<b>34.</b>	Palestras	30
	<b>35.</b>	Atividades Extras	30
	<b>ESTÁGIO SUPERVISIONADO</b>		150
<b>T O T A L</b>			<b>1.200</b>

## 7 ANÁLISE DO PROJETO PEDAGÓGICO DO CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADOS EM CONFRONTO COM A MATRIZ CURRICULAR DA SENASP

É de notório entendimento que houve significativos avanços no processo de formação dos agentes públicos da segurança pública, em específico, dos policiais militares, o que inclui as orientações normativas referentes às dimensões teórico-metodológicas e técnico-operativas, que resguardam as habilidades do como fazer.

Porém, é importante ressaltar que a cultura embasada na estrutura militar hierarquizada, advinda de uma gênese institucional marcada pelo viés da repressão, ainda permeia o projeto pedagógico dos cursos de formação, para que atendas às atuais demandas societárias em cenário democrático que suscita uma atuação pautada na defesa dos direitos humanos.

Nas investigações realizadas pela 1º Tenente, Amanda Tobias, há de se considerar que a MCN remete o *status* de política pública ao processo de formação policial, todavia, ainda, enfrenta uma frágil adesão das academias de polícia ao que propõem as orientações normativas para elaboração de um projeto pedagógico mais próximo dessas atuais demandas. Nessa perspectiva, é evidenciada a avaliação de estudiosos (PONCIONI, 2012; ALBUQUERQUE, 2003) para a proposta da Matriz Curricular Nacional como uma forma de imprimir uma nova formatação à formação policial, baseada no serviço público e numa relação estreita entre Polícia e comunidade, rompendo paradigmas de uma formação policial alicerçada em meros princípios militaristas e legalistas.

Para Muniz (2001, p.12) a realidade acima se explica pelo intuito de afastar os limites impostos pela doutrina militar na atuação da Polícia Militar, favorecendo, assim, uma formação policial mais próxima do Direito. Para ela, o “apego acrítico à perspectiva criminal do Direito [...] parece ter contribuído para o reforço de uma visão criminalizante da ordem pública, extremamente danosa aos serviços ostensivos de polícia [...]”, na medida em que tende a [...] “produzir e multiplicar os fatores criminógenos que ambicionam prevenir”.

O período de formação se constitui espaço de socialização por excelência para a introdução de conhecimentos e habilidades técnicas e de respostas comportamentais específicas para um *lugar* no qual se aprende a ser policial militar.

[...] destaca-se a importância da formação profissional básica para a construção da identidade profissional, fundamentalmente, como uma etapa que faz considerável diferença para a vida profissional do policial, não apenas dada a importância da experiência de formação do membro na aquisição formal dos valores e normas próprias da profissão e das competências e das habilidades para o campo de trabalho, mas, também, na aquisição dos valores e crenças acerca da profissão, consubstanciados em uma base de conhecimento e de cultura comum sobre o que é ser policial em um determinado modelo de polícia profissional (PONCIONI, 2005, *apud*, TOBIAS, 2014).

Em se tratando da realidade dos cursos de formação da PMSE, é importante ressaltar a dificuldade no levantamento de fontes que nos remetam a esta evolução no processo de formação e comparações dos projetos pedagógicos. Pode-se, porém, constatar que as matrizes curriculares dos programas de instrução dos cursos desenvolvidos, nos anos de 1991, 1992, 1994, 1995, 1998, 2002 e 2005 eram incipientes a preocupação no aprimoramento do planejamento dos cursos para melhoria no modelo de formação, treinamento e atuação da PMSE, o que se tinha restringia-se a adaptações dos anteriores (SILVA, 2006).

Para uma análise acerca da consonância entre a proposta metodológica da Matriz Curricular Nacional da SENASP e o plano de curso do CFSd, da PMSE, a principal premissa será averiguar se as competências cognitivas, operativas e atitudinais estão alinhadas aos eixos éticos, legais e técnicos enfatizados na Matriz e, que, segundo Balestreri (1998), se coadunam com os Quatro Pilares da Educação preconizados pela UNESCO, que são: aprender a aprender; aprender a fazer; aprender a ser e aprender a conviver. Nessa perspectiva, a Matriz organizou um referencial pedagógico com

intuito de fomentar uma consciência coletiva profissional da área de segurança pública, não reduzindo o processo de aprendizagem a um mero conjunto de rotinas recicladas, mas à construção e reconstrução do conhecimento, envolvendo as competências citadas.

Quanto às dimensões cognitivas, aprender a pensar, a Matriz visa promover o desenvolvimento do pensamento por meio da pesquisa e da organização do conhecimento, habilitando o sujeito a pensar de forma crítica e criativa. De modo a atender esse requisito, o plano de curso do CFSd, 2014 e 2015, oportuniza em sua composição curricular disciplinas conforme as áreas temáticas sugeridas.

Em relação às competências atitudinais, aprender a ser e a conviver, que permite o estímulo à percepção da realidade, através do conhecimento e do desenvolvimento das potencialidades individuais - conscientização de si próprio - e da interação com o grupo e a convivência em diferentes ambientes num contexto pessoal, social e profissional, pode-se afirmar que são trabalhados de modo transversal em todas as disciplinas teórico-práticas, mas que, em virtude de seu caráter subjetivo, faz-se necessário uma monitoria pedagógica e avaliação continuada para retroalimentar o planejamento que deve ser flexível diante das necessidades impostas.

No que se refere às competências operativas, aprender a atuar, a Matriz prevê em suas proposições a aplicação do conhecimento teórico em prática de modo responsável, refletida e consciente.

Ao comparar com o plano de curso do objeto em questão pode-se afirmar que atende aos requisitos em cerca de 95%, com a ressalva para a devida aplicação de técnicas de imobilização, pois ainda que seja em parte atendida na disciplina defesa pessoal policial, não esgotam as especificidades a ela inerentes. Outra observação seria a implementação de conteúdo que trate sobre conhecimentos acerca da área geográfica onde atuará, a saber: rotas de fuga, itinerários, densidade demográfica, geografia do local, dentre outros.

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao se levar em consideração que uma formação profissional deve contemplar um encadeamento de proposições que reúnam e

extrapolem conhecimentos nas dimensões cognitivas, operativas e atitudinais, mediante estrutura teórico-prática, associado a currículos formais e metodologias participativas: palestras, estudos de caso, além do estágio, o referido estudo constatou que o projeto pedagógico do CFSd, 2014 e 2015, apresenta, de modo geral, avanços significativos em relação ao que preconiza a Matriz Curricular Nacional da SENASP, versão 2014, numa constante tentativa de acompanhar à dinamicidade das demandas societárias.

É válido ressaltar acerca do esforço percebido nas nuances pedagógicas que a Matriz apresenta no sentido de promover uma melhoria no processo de formação policial, diante de suas constantes revisões e por estabelecer compatibilização entre eixos articuladores e áreas temáticas numa perspectiva de interdisciplinaridade, transversalidade e contextualização.

Muito embora as políticas públicas de Segurança não se restrinjam a políticas de segurança pública, no qual a primeira contemple as diversas ações governamentais ou não governamentais que sofrem ou causam impacto no problema de criminalidade e da violência, enquanto a segunda diz respeito às atividades tipicamente policiais, a mídia e a sociedade assim não a interpretam, depositando nas ações da Policia Militar a responsabilização pelo enfrentamento e redução da criminalidade, o que ocasiona uma pressão social sobre os agentes de segurança pública.

Esse cenário exigirá que tais profissionais sejam formados a compreender essa realidade de forma crítica e com habilidades que requerem inteligência emocional e negociação. Diante disso, faz-se necessário ampliar e/ou intensificar medidas que promovam tais competências na leitura da gênese da Questão Social, através de conteúdos da área de Sociologia, Filosofia, Antropologia e Psicologia.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Carlos Linhares de; MACHADO, Eduardo Paes. **O batizado dos recrutas: trote, socialização acadêmica e resistência ao novo ensino policial brasileiro.** Capítulo Criminológico. Vol. 31, Nº 2 (Abril-Junho 2003) 101-127. Disponível em <http://revistas.luz.edu.ve/index.php/cc/article/view/329/314>. Acesso em: 08 dez. 2016.

BALESTRERI, R. B; SILVA, Aida Maria Monteiro; TAVARES, Celma. (Org.). **Agentes da manutenção ou construtores da transformação? A educação em direitos humanos e o protagonismo social dos profissionais da segurança pública.** São Paulo: Cortez, 2010. p.15-40

BOOBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 8. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988.**

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Bases Curriculares para Profissionais da Área de Segurança do Cidadão.** Brasília, 2000.

COSTA, Karla Patrícia Barbosa. **Processos sociais e educativos na formação do soldado: um olhar sobre a Polícia Militar de Sergipe.** Dissertação (mestrado) – Núcleo de Pós graduação em Educação. Universidade Federal de Sergipe. 2005.

COUTO, Daniel Ribeiro. (Organizador). **Legislação e Organização Institucional da PMSE: Leis afetas à polícia militar do Estado de Sergipe, atualizada até outubro de 2014.** Aracaju: J. Andrade, 2014.

LDBEN; comentada. Valtenio Paes de Oliveira. Porto Alegre: Redes Editora, 2009

MANGUEIRA, Francisco Igor de Oliveira. **Colégio Tobias Barreto: Escola ou Quartel? (1909 – 1946).** Dissertação (Mestrado em Educação). Núcleo de Pós-graduação em Educação, Universidade Federal de Sergipe. São Cristóvão. 2003.

MATRIZ Curricular Nacional para Formação em Segurança Pública. Ministério da Justiça / Secretaria Nacional de Segurança Pública. Coordenação: Andreia da Silveira Passos [et al.]. Brasília. 2014.

MENDONÇA, Erasto. Apresentação. In: SILVA, Aida Maria Monteiro; TAVARES, Celma. (Org.). **Políticas e fundamentos da educação em direitos humanos.** São Paulo: Cortez, 2010.

MONET, Jean Claude. **Polícias e Sociedade na Europa.** Tr. Mary Amazonas de Leite Barros. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 2001.

MUNIZ, J. **A crise de identidade das polícias militares brasileiras: dilemas e paradoxos da formação educacional.** Security and Defenses Studies Review. Vol. 1, winter 2001.

OLIVEIRA, João Ribeiro. **A formação Básica do Policial Militar de Sergipe: Proposta para uma educação profissional de nível técnico.** Monografia (Conclusão de Curso). Curso Superior de Polícia. Aracaju, 2004.

PONCIONI, Paula F. **Políticas públicas para a educação policial no Brasil: propostas e realizações.** Estud. sociol. Araraquara, v.17, n.33, p.315-331, 2012.

PONCIONI, Paula F. **O modelo policial profissional e a construção da identidade profissional do policial nas Academias de Polícia do Estado do Rio de Janeiro.** XII Congresso Brasileiro de Sociologia. Belo Horizonte, 2005. Disponível [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69922005000300005&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69922005000300005&script=sci_arttext). Acesso em: 08 dez. 2016.

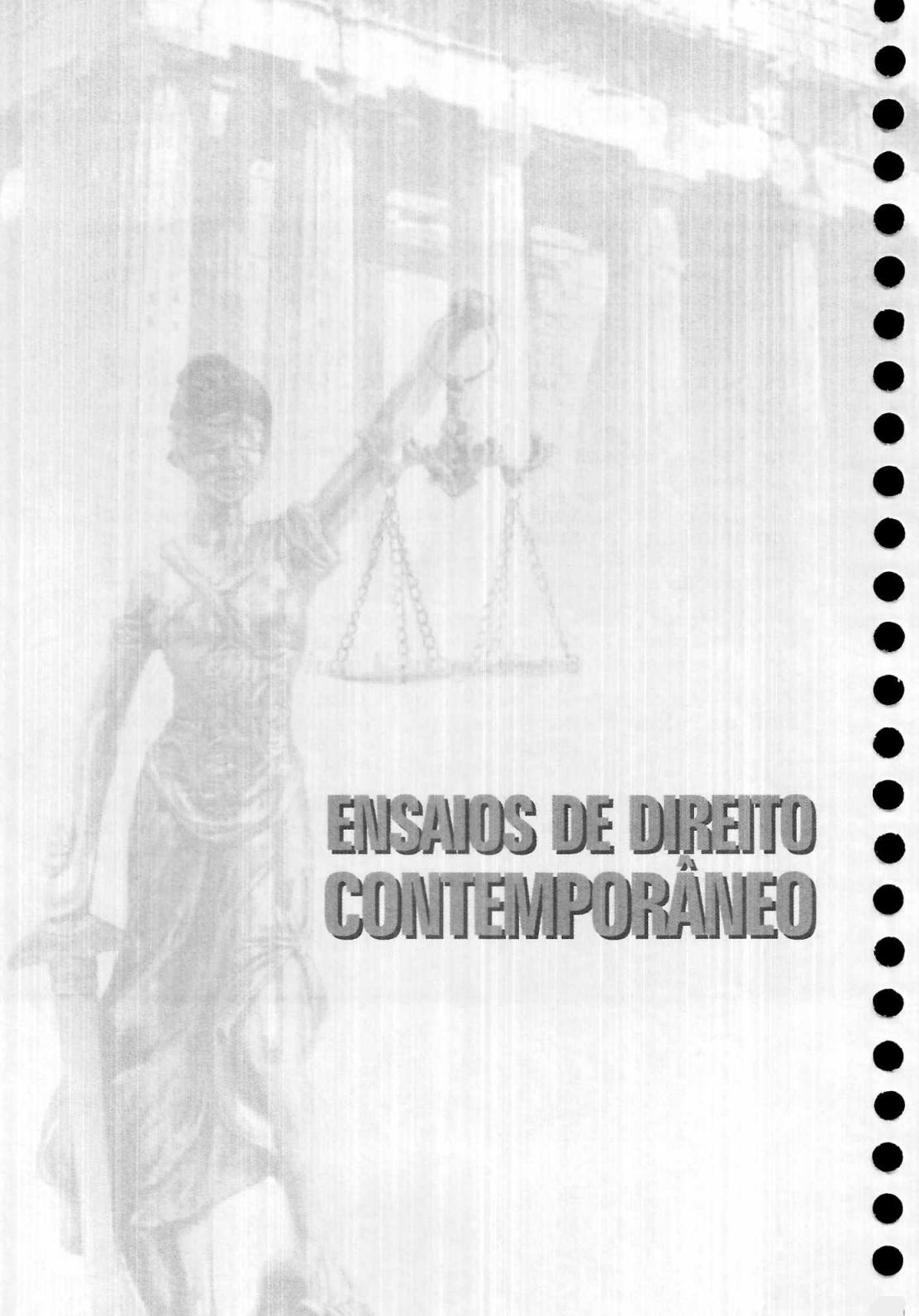
PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Casa Civil. **Subchefia para Assuntos Jurídicos DECRETO Nº 88.777, DE 30 DE SETEMBRO DE 1983.** Dispõe sobre a aprovação do regulamento para as policias militares e corpos de bombeiros militares (R-200). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D88777.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D88777.htm). Acesso em: 08 dez. 2016.

SANTOS, Vanderluzia da Silva. **A formação e a atuação do policial comunitário: um paradoxo.** Monografia (especialização em Violência, Criminalidade e Políticas Públicas) Universidade Federal de Sergipe. São Cristóvão, 2012.

SILVA, Edson Oliveira da. **Reforma na matriz curricular do Curso de Formação de Soldados da Polícia Militar de Sergipe: impactos e perspectivas.** Fortaleza, 2006.

TOBIAS, Amanda Freitas dos Santos. **A (trans)formação de oficiais da Polícia Militar de Sergipe.** Orientadora Ana Maria Freitas Teixeira. – São Cristóvão, 2014. 127 f. Dissertação (Mestrado em Educação) Universidade Federal de Sergipe, 2014.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2016.** Homicídios por armas de fogo no Brasil. Brasília. Disponível em: [http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016\\_armas\\_web.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf). Acesso em: 10 dez. 2016.



**ENSAIOS DE DIREITO  
CONTEMPORÂNEO**

## CAPÍTULO V

### **HOMESCHOOLING NO ÂMBITO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: POSSIBILIDADES E LIMITAÇÕES**

*Keyla Amparo Brandão de Souza<sup>1</sup>*

*Edson Oliveira da Silva<sup>2</sup>*

#### **RESUMO**

O objetivo desta pesquisa é expor o processo legislativo da educação domiciliar no Brasil no âmbito do ordenamento jurídico. Demonstrando a importância da legalidade do *Homeschooling* na educação brasileira, como mais uma opção de ensino, com a finalidade da participação integral e direta dos pais na educação de seus filhos. O problema existente é que as famílias necessitam dessa regulamentação para não viverem escondidas, oprimidas na clandestinidade do saber. A natureza do trabalho é qualitativa, com o método científico descritivo, no qual serão analisados o sistema de ensino, a adaptação e a implantação do *homeschooling* no Brasil. Sobre a pesquisa bibliográfica será analisada com critérios educacionais e sociais, em obras que relatam os assuntos expostos no referente trabalho, demonstrando através de correntes doutrinárias que se posicionam a favor ou contra ao novo método de ensino. Coletando dados bibliográficos, artigos, leis, jurisprudência ao tema abordado. Portanto, serão citados fatos, dados e informações, como também a base jurídica legal na Carta Magna, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Analisando as decisões do Supremo Tribunal Federal, contribuindo para um ensino de qualidade vigente no nosso ordenamento jurídico.

**Palavras-chaves:** Educação domiciliar, Direitos Humanos, Autonomia Familiar, Legalidade.

---

<sup>1</sup> Bacharela em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: keyla30@gmail.com

<sup>2</sup> Professor do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: edsonpmse@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Desde os primórdios que a educação é de suma importância no mundo, inclusive no Brasil. No período do Império brasileiro a Educação na Assembleia Constituinte já contava com a inspiração dos ideais da Revolução Francesa. No decorrer da história da educação brasileira surgiram processos evolutivos com intuito de melhorar o ensino no país. Começando as reformas educacionais mais modernas no Governo do Presidente Getúlio Vargas, na Constituição de 1946 nasceu a gratuidade do Ensino Primário, em 1971 ocorreu a reforma nos ensinos Fundamental e Médio. Na Constituição de 1988 tem em destaque no artigo 214 em seus incisos I e II, a “Erradicação do Analfabetismo e a Universalização do Ensino”.

A educação tem três segmentos: o formal, o informal e o não formal a educação formal é a tradicional, aquela com a presença do aluno em sala de aula em uma instituição de ensino seja ela pública ou privada, já no modelo informal a educação acontece fora de uma instituição de ensino, ocorrendo durante toda a vida. A educação informal acontece em lugares de convivência da criança como na família, entre amigos, entre vizinhos, em um clube, em uma igreja, acarretando valores morais e culturais. A educação não formal é o processo de aprendizagem que se adquire trocando experiências individuais, proporcionando conhecimento sobre o mundo através das relações sociais. (NUNES, 2019)

As três educações têm características diferentes, mas pode haver um complemento entre elas, a formal promove a aprendizagem e a titulação, a informal obtém resultados através de na visão do senso comum e a não formal é voltada para o ser humano como um todo. A educação informal e não formal não substitui a educação formal, mas podem complementá-la por meio de programações específicas e articulações com a comunidade educativa. (NUNES, 2019)

Ao abordar o processo evolutivo das decisões sobre o *homeschooling* no Supremo Tribunal Federal, pode-se fazer menção a um caso que teve repercussão geral: uma família do Rio Grande do Sul ingressou com um mandado de segurança devido ao ato praticado pela Secretaria de Educação do Município de Canela-RS, em

virtude da negativa de conceder a referida família o direito de aplicar o método do *homeschooling* em sua filha com idade de 11 anos. Na recomendação proferida pela secretaria a criança deveria ser matriculada em uma instituição de ensino da cidade de Canela-RS. Os pais, não conformados com essa recomendação recorrem ao Juízo da Comarca de Canela e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com tudo o recurso foi negado e acatou o posicionamento da Secretaria Municipal de Educação de Canela – RS. (IBDFAM, 2018).

É importante notar que a situação educacional no Brasil vem crescendo com uma velocidade incrível, mas ainda se remete ao passado para ter uma referência mais concreta e positiva em relação a vários setores existentes e abertos a evolução, na qual se busca melhorias, erguendo marcos importantes para a história da educação. Como, por exemplo, o uso da tecnologia que em um piscar de olhos já se tem muitas novidades que são de grande ajuda no desenvolvimento intelectual tanto do educador quanto do educando. Fazendo com que sejam aperfeiçoadas as regras, normas e quem sabe até as leis para facilitar o crescimento de uma sociedade que deseja ter cada vez mais conhecimentos para o alcance de uma profissão digna e honrada.

Na educação não é diferente, o processo evolutivo nessa área é grande e desafiador, por se tratar de um palco no qual os protagonistas são pessoas que querem o melhor para o futuro. Com o presente trabalho aborda-se o *homeschooling* sendo mais uma forma ou opção de ensino que remete ao passado, no qual as famílias nobres passavam a ensinar a religião, as prendas do lar, conhecimentos morais, éticos, apego as coisas certas, fazendo com que o respeito reinava não só na severidade, mas também na compreensão a viver uma vida digna com referenciais concretos, alicerçados nos padrões daquela época.

A problemática existente é que esse modelo de educação tem um impasse muito importante em relação à socialização escolar, o contato com outras crianças no mesmo ambiente gera a necessidade de dividir, compartilhar, fazendo com que a criança seja impulsionada ao crescimento de união, de saber que o mundo em que vive tem que haver a divisão salutar para a compreensão que

ela não tem tudo na individualidade, mas que aprendam a divisão coletiva entre os colegas de classe escolar. Outra problemática é se os pais vão ter tempo para se dedicar ao estudo dos filhos.

Hoje, apesar de tanto conhecimento e informações que nos chegam como uma avalanche, deixando-nos atônitos por não ter uma orientação adequada que dê segurança para avançar mais e aproveitar as coisas que estão passando ao nosso redor, porque na correria da vida moderna não há tempo para detalhes, o imediato é que prevalece, não perdurando o necessário a vida e sim a sobrevivência imediatista.

Nesse contexto, surge uma questão principal como objetivo geral: Quais as possibilidades e limitações do *homeschooling* no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro? E tendo como objetivos específicos: definir para o melhor entendimento o conceito do *homeschooling*; apontar pontos positivos e negativos da eficácia do *homeschooling* e analisar o processo jurídico do *homeschooling* no Brasil.

Há um grande debate em relação à implantação legal do *homeschooling* no sistema educacional brasileiro, visto que as famílias tenham a possibilidade de seguir esta modalidade de ensino já observado com sucesso em países como os Estados Unidos, Alemanha, Japão, Hungria, México, Chile, Equador, Colômbia entre outras nações que já se encontram legalizadas, buscando o Brasil tal aprovação, haja vista que há um Projeto de Lei em tramitação no Congresso Nacional para apreciação e votação dos deputados federais sobre a legalidade do *homeschooling* no Brasil. Como exposto, há uma grande polêmica sobre a legalização do *homeschooling* no nosso país, alguns autores entendem que a educação é dever do Estado, por isso, caberia a ele promover. Contudo, outros devem que as famílias deveriam ter autorização legal para decidir, de forma ampla, sobre a educação dos seus filhos.

## 2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO HOMESCHOOLING

O *homeschooling* não pode ser visto como um substituto do ensino escolar formal, mas sim como uma complementação, uma participação ética e conjunta dos pais na educação de seus filhos.

Os pais são peças fundamentais para o aprendizado dos filhos, é a referência maior que as crianças obterão durante toda vida. E com essas referências elas terão o conhecimento pleno de uma absoluta segurança não só na vida do ensino, mas também se tornarão homens com um grande potencial, pois sua base foi alicerçada pelos pais (GUIA INTER, p. 9-10, 2003).

Conforme Highet (2018, p. 239) “Todos nós ensinamos e aprendemos, durante toda a nossa vida. O que dissemos sobre os pais como mestres, ao fim do último capítulo, refere-se apenas a uns poucos deles, cujos filhos se tornaram grandes homens”.

Historicamente a educação do lar já faz parte na vida de muitas crianças em países que já adotaram esse método de ensino. Deverá se obter regras para o bom entendimento e aprendizagem das crianças e adolescentes. Tem certas coisas que só em família haverá um pleno conhecimento, pois é no cotidiano que provará se o ensino no lar tem eficácia. Os autores que defendem o *homeschooling*, geralmente, alertam que poderá haver dificuldades nesse novo método de ensino, mas se forem utilizados “os princípios da clareza, paciência e o senso de responsabilidade” com certeza atingirão o objetivo desejado de ensinar e compreender o tempo e espaço de cada um, pois terá que desenvolver o melhor para a formação da personalidade das crianças e dos adolescentes.

Surgiu, nos anos 70, a Educação Domiciliar, nos Estados Unidos, foi baseada num movimento de reforma educacional, proposto pelo professor e escritor norte americano John Holt. Ele foi o pioneiro a utilizar o termo *unschooling* que significa na tradução da língua portuguesa “desescolarizar”. Na década de 80 este movimento se alastrou nas famílias norte-americanas, adotando essa modalidade de ensino e a justificativa por terem seguido este método foi por causa do crescimento da violência nas escolas e pela decadência escolar. (BOTO, 2018)

No ano de 2016, foi realizado no Rio de Janeiro um evento de Educação Domiciliar do planeta: *A Global Home Education Conference* (Conferência Global de Educação Domiciliar). Com organização da ANED, onde foi realizada uma conferência de liderança para formuladores de políticas públicas, pesquisadores, líderes

de movimentos e pais interessados na Educação Domiciliar. Nesse evento, o Brasil se consolidou no roteiro mundial do *homeschool* (ANED, 2016).

### 3 LEGALIZAÇÃO NO BRASIL

#### 3.1 Análise Jurídica

Segundo a Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED), a procura pelo método de ensino aumentou entre 2011 e 2016 e quinze mil crianças no país tem a casa como sala de aula. E também segundo a Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED) cerca de 2.500 famílias são praticantes do *homeschooling*.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBN), Lei nº 9394, de 20 de dezembro 1996, no seu art. 2º enfatiza: “A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Demonstra a compreensão dos princípios de liberdade e solidariedade tendo como base o amplo desenvolvimento das crianças e adolescentes em plena idade do aprendizado, para coletar em sua vida educacional o exercício do saber, das ciências, da tecnologia, dando passo a passo ao pleno conhecimento (BRASIL, 1996).

Nos termos do artigo 205 da Constituição Federal de 1988: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família”. Pelo artigo exposto interessante notar que o dever de promover a educação abrange três instituições distintas que são o Estado, a família e a sociedade, mas não há nenhuma contradição ou disposição do espaço físico para o desenvolvimento as atividades pedagógicas.

Vejam-se alguns artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos quais há menção aos direitos e deveres dos pais e do Estado para com as crianças e adolescentes: No artigo 22 “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cum-

prir e fazer cumprir as determinações judiciais". (BRASIL, 2005) Nesse artigo são expostos os deveres dos pais, além disso, ele alerta para a obrigação de cumprir com as leis vigentes do país. E para complementar o Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 53, parágrafo único ressalta "É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais" (BRASIL, 1990). Reflete a responsabilidade aos pais por ter a guarda, o pátrio poder perante seus filhos, com participação essencial na vida educacional deles.

Os autores que são contrários ao *homeschooling* alegam o disposto no artigo 54 do ECA, que expõe deveres do Estado perante a família e a sociedade porque através dos impostos pagos pela população é a garantia que o Estado fará a estrutura física necessária para acolher os alunos em uma instituição de ensino.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos nos remete ao artigo 26, inciso III: "Os pais têm prioridade de direito na escolha do tipo de educação que será fornecida a seus filhos", o que retrata o poder familiar. O aludido poder é necessário, pois tem caráter personalíssimo, irrenunciável, imprescritível aos olhos do direito fundamental, as crianças precisam ser conduzidas este poder sendo exercidos pelos seus pais ou responsáveis legais para o cumprimento de uma educação estruturada e alicerçada em parâmetros voltadas ao bem estar do menor. O Poder Legislativo deve agir com cuidado no trato com esse tema, de modo a fomentar debates públicos para se possa analisar a viabilidade desse método de ensino para a realidade brasileira.

### 3.2 Aspectos Constitucionais

A Carta Magna a qual rege as leis maiores do nosso país, tendo uma série de direitos e deveres para serem cumpridos pelos cidadãos brasileiros. Nessa legislação temos o artigo 205, já mencionado no tópico anterior, mas continuando a análise dos artigos 206 e 208 da Constituição Federal de 1988, nos quais relatam que a estrutura física e administrativa que o Estado deve suprir as demandas por educação. O dever também recai as famílias que devem fazer o acompanhamento de seus filhos na escola. Com re-

lação ao ensino domiciliar no Brasil, a maioria dos Ministros do STF reconhece a existência da repercussão geral, por se tratar de um assunto que envolve família, educação e direitos. E em momento algum descartaram a possibilidade do assunto em questões ser discutido, com mais exatidão, pois não fere os princípios da Constituição Federal do nosso país, assim como, em uma primeira análise não viola nosso ordenamento jurídico.

#### **4 SOCIALIZAÇÃO EM RELAÇÃO AO HOMESCHOOLING**

Ferreira (2018) comenta que defensores do *homeschooling* negam que o método leve à falta de socialização, como apontam críticos. Pode até ter uma falta de socialização escolar, fisicamente falando, mas não uma socialização por completo, porque a criança pode socializar-se em outros lugares como clubes, centros esportivos, igreja, parques e até com seus vizinhos da rua onde mora, condomínio, familiares, pois a criança tem uma vasta escolha para adquirir mais amigos nos lugares já mencionados.

De fato é importante a socialização na escola onde a criança irá aprender a dividir, compartilhar, criar vínculos com crianças da mesma idade, mas isso também ela poderá praticar em outros lugares como a igreja, o clube já citados em parágrafos anteriores, então a socialização é ampla e se estende por várias áreas da convivência da Criança e do Adolescente. Portanto, a socialização se faz presente sem ser necessariamente na escola convencional.

Nesse sentido, há quem defenda o direito ao *homeschooling* e à total intervenção dos pais na educação das crianças e dos adolescentes. Em contrapartida, existem também os que se opõem ao projeto e alegam que o afastamento do ambiente escolar é prejudicial no processo de socialização dos alunos. (ALMEIDA, 2019).

Em síntese, é notório que a criança pode se socializar na escola, mas também com seus parentes, a exemplo: primos, vizinhos, amigos, colegas de igreja, clube, parques, tendo uma convivência salutar desenvolvendo valores que poderão levar para toda a vida. Além do argumento da socialização, também tem a questão da criança ter que ser matriculada em uma instituição de ensino

oficial para ser avaliada de acordo com as normas que regulam o sistema de ensino no país.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho pretende como resultados o conhecimento dos trâmites da regulamentação já em andamento como Projeto de Lei no Congresso Nacional, a legalidade das famílias que adotaram este método de ensino e esclarecer que o *homeschooling* não vai tomar o lugar da escola formal e sim será como mais uma opção de ensino no sistema educacional brasileiro. Sendo que o Supremo Tribunal Federal em suas decisões sobre o assunto abordado em momento nenhum se demonstra contra a legalização do *homeschooling*, só argumenta que para tal decisão precisa de mais esclarecimentos através de debates públicos, para um melhor entendimento do método de ensino domiciliar.

Há um envolvimento muito grande em relação ao *homeschooling*, a extensão o conflito existente em não aprovarem a legislação por haver mitos, contradições e falta de esclarecimento, ainda comprovados no decorrer desse processo que já dura há anos, mas a cada conquista para a legalização é um incentivo a mais às famílias *homeschoolers*.

Como aspecto relevante pôde observar que é possível no processo da Educação Domiciliar a regulamentação legal no Brasil. Pois em nenhum momento nossa jurisdição é contra, inclusive o Supremo Tribunal Federal, apesar de não aprovar, não foi taxativo, dando brechas para um possível reconhecimento legal.

A proposta do trabalho foi favorecer uma reflexão no desenvolvimento através de uma construção favorável ao ensino *homeschooling* como mais uma opção aos pais em educar seus filhos no seio de seu lar. Como é algo ainda a ser implantado, precisa-se de mais estudos para ajudar nesse processo de adaptação, compreensão e aprovação do *homeschooling*.

As possibilidades da regulamentação ser aprovada darão um rumo as famílias educadoras e promoverá mudanças no ensino brasileiro em relação a busca de uma nova modalidade que aju-

dem as crianças e adolescentes ao pleno entendimento compatível com sua idade escolar. As limitações, tendo em vista o que gera em torno da socialização, a didática e tempo dos pais em educar seus filhos, a disciplina e programação de estudos relacionados às matérias vigentes em nosso sistema de ensino.

No presente momento tramita no Congresso Nacional um projeto de Lei, que se for aprovado legalizará práticas do referido método de ensino no Brasil. Em outros países o método do *homeschooling* vem criando possibilidades de um maior envolvimento da família na educação dos seus filhos, sem que se tire a responsabilidade compartilhado do poder público.

O objetivo desse trabalho foi esclarecer acerca das possibilidades e limitações do ensino domiciliar no Brasil, gerando questões relevantes, pois vivemos em um Estado Democrático de Direito, e quando surgem assuntos desse porte, nada mais justo que promover o debate democratizando o conhecimento acerca do tema. Com os debates públicos evita-se informações desencontradas e infundadas, tendo a devida definição de como desenvolver o sistema de ensino brasileiro, teremos no país mais qualidade educacional, pois a educação move caminhos e impulsiona a vida das pessoas que lutam por um mundo mais igualitário, com oportunidade para todos que buscam o conhecimento.

São vários argumentos, depoimentos, questionamentos favoráveis e contrários a legalização do *homeschooling* no Brasil. Contudo, faz-se necessário uma mobilização, buscando meios para o real entendimento do que vem a ser educação domiciliar, nas suas possibilidades e limitares. Esse trabalho não tem a pretensão de esgotar a temática, apenas provocar reflexões acerca do ensino domiciliar no Brasil, algo muito comum em tempos de pandemia de Covid-19. Mas, o tema requer estudos para tirar dúvidas acerca da qualidade desse método de ensino aplicado em outros países espalhados pelo mundo.

Pode-se, portanto, concluir que, se for realmente legalizado o método do *homeschooling* no país, poderemos ter futuros estudos de como será o processo de adaptação ao referido método no Brasil, melhorando, assim, a qualidade e sendo referência nesse método de ensino, conforme ocorre em outros países, que já tem

esse sistema de educação nos lares, demonstrando uma real plenitude de que o método do *homeschooling* pode dizer certo em um país que precisa de melhorias em diversos setores como a tecnologia, a economia e também as ciências do saber. Contudo, essa é uma segunda etapa, só se poderá avaliar a eficácia do método se ocorrer a sua legalização, daí a importância do debate sobre o tema que requer um maior envolvimento das famílias na educação dos filhos.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Tamíris. **Quais os desafios para o acesso à educação e o ensino domiciliar no país?** 2019. Disponível em <http://www.futura.org.br/educacao-domiciliar-em-debate/>. Acesso em 14 nov. 2019.
- ANED: **Associação Nacional de Educação Domiciliar**, Brasília, 2010. Disponível em: <https://www.aned.org.br/educação-domiciliar/ed-sobre/ed-historico>. Acesso em 01 jun. 2019.
- ANED: **Associação Nacional de Educação Domiciliar**, Brasília, 2010. Disponível em: <https://www.aned.org.br/conheca/ed-no-brasil>. Acesso em 17 set. 2019.
- BRASA. **Declaração dos direitos humanos**. Disponível em: <https://brasa.org.br/declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>. Acesso em 16 out. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organizado por Agaciel da Silva Maia. Brasília: Senado Federal. 2008. 464p.
- BRASIL. **Diretrizes Curriculares Nacionais da Educação Básica**. Brasília, 2013. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=down\\_load&alias=15548-d-c-n-educacao-basica-nova-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=down_load&alias=15548-d-c-n-educacao-basica-nova-pdf&Itemid=30192). Acesso em 24 nov. 2019.
- BRASIL. Lei nº 9394, de 20 de dezembro 1996. **Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm). Acesso em 23 out. 2019.
- BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. 14 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.

**BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 778141/RS** – Rio Grande do Sul. Relator Min. Luís Roberto Barroso, 12 de maio de 2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/12843368/recurso-extraordinario-com-agravo-are-778141-rs-rio-grande-do-sul>. Acesso em 29 mai. 2019.

**BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF.** Disponível em: [http://stf.jus.br/\\_portal/cms/ver\\_NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389496](http://stf.jus.br/_portal/cms/ver_NoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389496). Acesso em 15 out. 2019.

**BOTO, Carlota.** *Homeschooling*: a prática de educar em casa <https://jornal.usp.br/artigos/homeschooling-a-pratica-de-educar-em-casa/>. Acesso em 14 out. 2019.

**BLUEDORM, Harvey; BLUEDORM, Laurie.** *Ensino o trivium: estilo clássico de ministrar a educação cristã em casa*. Brasília: Monergismo, 2016.

**CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 1.551/2015.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/ficha-detramitacao?idProposicao=2017306>. Acesso em 21 set. 2019.

**CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 4657/1994.** Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/ficha-de-tramitacao?idProposicao=223311>. Acesso em 23 out. 2019.

**CÉSPEDES, Lívia, ROCHA, Fabiana Dias da.** *Código civil*. São Paulo, Saraiva, 2018.

**COMPARATO, Fábio Konder.** *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

**DEMAR, Gary.** Quem controla as escolas governa o mundo. Brasília: Monergismo, 2014.

**FERREIRA, Laura Grobner.** *Argumentos a favor e contra o ensino domiciliar no Brasil. 2018*. Disponível em: <http://www.dw.br/pt-br/argumento-a-favor-e-contra-o-ensino-domiciliar-no-brasil/a-45266600>. Acesso em 28 mai. 2019.

**IBDFAM, Decisão do STF sobre ensino domiciliar ainda divide opiniões.** 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6767/Decis%C3%A3o+do+STF+sobre+ensino+domiciliar+ainda+divide+opini%C3%BDes>. Acesso em 16 nov. 2019.

**INTER, Um guia prático para implementar educação intercultural na escola.** 2003. Disponível em [http://inter.up.pt/docs/guide\\_portugal.pdf](http://inter.up.pt/docs/guide_portugal.pdf). Acesso em 19 nov. 2019.

**LDBN, Lei de Diretrizes e Bases - Lei 9394/96.** Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/109224/lei-de-diretrizes-e-bases-lei-9394-96>. Acesso em 12 jul. 2019.

LIMA, Jonatas Dias. Rússia, África do Sul, Equador e outros países emergentes com ensino domiciliar legalizado. 2019. Disponível em <https://www.semprefamilia.com.br/blog-da-vida/russia-africa-do-sul-equador-e-outros-paises-emergentes-com-ensino-domiciliar-legalizado>. Acesso 19 nov. 2019.

MORAES, Isabela. **Educação domiciliar: o homeschooling deve ser permitido no Brasil?** 2019. Disponível em <https://www.politize.com.br/educacao-domiciliar-o-homeschooling-deve-ser-permitido-no-brasil/>. Acesso em 20 out. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. **ONU Brasil celebra 70 anos da declaração universal dos direitos humanos.** 2018 Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-brasil-celebra-70-anos-da-declaracao-universal-dos-direitos-humanos/>. Acesso em 14 nov. 2019.

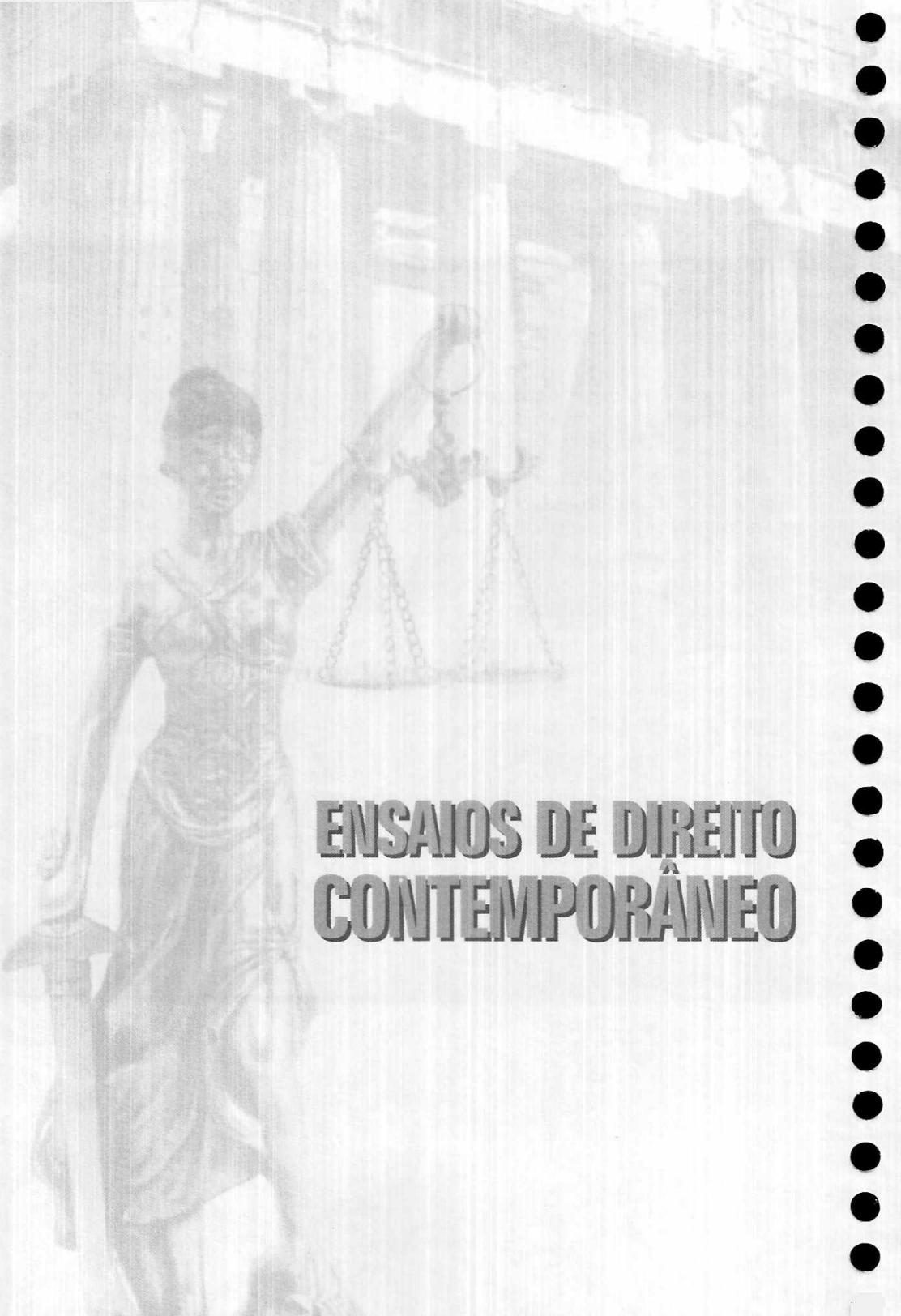
NUNES, Tereza. **O que é educação formal, informal e não formal?** 2019. Disponível em: <https://pontodidatica.com.br/educao-formal-informal-nao-formal/>. Acesso em 13 nov. 2019.

REIS, Carlos Vinícius. Breve Histórico dos PL's no Congresso. 2019. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=N-ZoBwY6wRv8>. Acesso em 23 nov. 2019.

ROMANELLI, O. **História da Educação no Brasil.** Petrópolis: Vozes, 1986. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/hist%C3%B3ria-da-educa%C3%A7%C3%A3o-no\\_Brasil](https://pt.wikipedia.org/wiki/hist%C3%B3ria-da-educa%C3%A7%C3%A3o-no_Brasil). Acesso em 29 mai. 2019.

SANTOS, Julio Cesar Tricot. **Mandado de Segurança com Pedido de Liminar.** Canela, 30 de março de 2012. In: BRASIL. Processo: RE/888815. Brasília: STF, p. 2-19. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpud/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcesso\\_Eletronicojsf?seqobjetoincidente=4774632](http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpud/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcesso_Eletronicojsf?seqobjetoincidente=4774632). Acesso em 30 de set. 2019.

THATY, Mônica. Ensino domiciliar: **Vantagens e desvantagens do homeschooling.** 2017. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/mat%C3%A9rias>. Acesso em 28 mai. 2019.



**ENSAIOS DE DIREITO  
CONTEMPORÂNEO**

# CAPÍTULO VI

## LEI DO MINUTO SEGUINTE: UMA ANÁLISE JURÍDICA À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

*Márcia Abdias Santos<sup>1</sup>*

*Necéssio Adriano Santos<sup>2</sup>*

### RESUMO

O presente artigo propõe uma análise à luz do princípio da dignidade pessoa humana, sobre a Lei 12.845 de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Dessa forma, será estudado a cultura do estupro, para um melhor entendimento da violência contra as mulheres, as consequências do crime de violência sexual e as políticas públicas de combate e enfrentamento. Também foi realizado um estudo sobre as críticas contra e a favor da referida lei, levando em consideração o impacto sobre o crime de aborto. Tendo como metodologia, quanto à natureza: aplicada; quanto aos meios: bibliográfico e documental. Foi observado a grande necessidade de a sociedade conhecer a referida Lei, contribuindo, assim, para o combate ao crime de violência sexual contra as mulheres e o cumprimento dos direitos aos quais a lei assegura as vítimas.

**Palavras-chave:** Cultura do Estupro. Políticas Públicas. Lei Minuto Seguinte. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

### 1 INTRODUÇÃO

Segundo a definição pela Organização Mundial da Saúde (OMS): violência sexual é todo ato, tentativa de consumar um ato sexual ou insinuações sexuais indesejadas; ou ações para comer-

<sup>1</sup> Bacharelanda em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: marciaadvog@hotmail.com.

<sup>2</sup> Professor do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: necessio@gmail.com

cializar ou usar qualquer outro modo a sexualidade de uma pessoa por meio da coerção por outra pessoa, independentemente da relação desta com a vítima, em qualquer âmbito, incluindo o lar e o local de trabalho.

O objetivo desse estudo é analisar o papel da Lei nº 12.845 de 2013, conhecida popularmente como Lei do Minuto Seguinte, suas contribuições e impactos para a sociedade, relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana, que está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A Violência contra as mulheres e, em especial - a violência sexual, é assunto que gera diversos debates, despertando sentimentos de diversas formas e, para ser entendida, é necessária uma busca nos séculos passados do papel da mulher em diversos seguimentos da sociedade, pois a cultura do estupro está enraizada até hoje, sendo tema de diversas lutas para que as mulheres sejam vistas como seres humanos e não como objetos.

Diante disso, este artigo foi dividido em duas sessões, iniciando com uma evolução histórica da cultura do estupro, que demonstrará exemplos de como nossa sociedade entendia o papel da mulher, bem como o tratamento que a mesma recebia, simplesmente por ser mulher, tendo como consequências das violências e brutalidades sofridas de diversas formas, marcas profundas tanto no corpo quanto na alma.

Será feita uma abordagem sobre as políticas públicas que foram criadas para o combate e enfrentamento a violência contra mulher e, em especial, a violência sexual, suas contribuições para uma diminuição da violência contra as mulheres, através de ações e inovações de leis que favoreçam para que a sociedade cumpra seu dever de olhar as mulheres como seres humanos dignos de respeito e vontades.

A última sessão trará uma análise da origem e importância da Lei do Minuto Seguinte, os pensamentos e correntes diversas, de como essa lei foi criada para um determinado objetivo, e acabou por criar grandes polêmicas em torno do corpo, vontade e direito de que as mulheres possuem relacionadas ao crime do aborto.

O interesse pelo tema se deu através da vontade de fazer com que a Lei do Minuto Seguinte se torne mais conhecida, fomentando a pesquisa pela temática, ainda pouco debatida, apesar das campanhas de divulgação.

## 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CULTURA DO ESTUPRO

A violência sexual, segundo a definição da organização das nações unidas (OMS), é todo ato sexual, tentativa de consumar um ato sexual ou insinuações sexuais indesejadas; ou ações para comercializar ou usar de qualquer outro modo a sexualidade de uma pessoa por meio da coerção por outra pessoa, independente da relação desta com a vítima, em qualquer âmbito da sociedade. É também um meio que varia conforme o tipo e também de acordo com o contexto de ocorrência (AZEVEDO; GUERRA, 1989; THOMAS; ECKENRODE; GARBARINO, 1997; TEIXEIRA FILHO, 2013).

A questão do tema estupro no Brasil, pode-se entender também por meio da evolução das leis que tratavam esse tema, como é o caso do Código Imperial, que o estupro era um crime contra a segurança da honra e tratado juntamente com o defloramento de mulher virgem, que poderia ser consensual, uma vez que, se houvesse o casamento, excluía-se a punição. Mesmo se a vítima e o agressor fossem parentados, só seria punido se o grau de parentesco fosse tal que impedisse o casamento, caso não fosse, excluía-se a punibilidade (CAMPOS, 2017).

Na Primeira República de 1889, o estupro tornou-se não só um crime contra a segurança da honra, mas também das famílias, e ultraje público ao pudor, incluindo o atentado violento ao pudor, o defloramento e o estupro. Manteve-se a divisão entre as mulheres honestas e não honestas, na qual para a gravidade do estupro importava mais a honestidade da vítima que sua própria virgindade, incluindo também a figura da mulher pública, que tinha a punição inferior ao estupro cometido contra a mulher honesta, pois mulher chamada de pública é semelhante a prostituta, e a honesta significava a mulher que tinha família, marido, filhos, que muitas vezes sofreria calada a opressão dos maridos em seus lares (CAMPOS, 2017).

No Brasil, iniciou-se o debate somente há uma década, quando no Código Civil de 1916, o homem era o senhor chefe de família e a mulher era considerada incapaz, admitindo-se a tese da legítima defesa da honra, para inocentar crimes bárbaros. Na reforma penal de 1940 pouco alterou a condição das mulheres nos crimes sexuais. O estupro passou a ser tratado no título “Dos crimes contra os costumes”, no capítulo “Crimes contra a liberdade sexual”. Ou seja, não sendo um crime contra a pessoa e sim contra os costumes. Mais tarde, foi modificado como um constrangimento da mulher, à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça. Manteve-se o atentado violento ao pudor e foi tipificada a posse sexual de mulher honesta mediante fraude, abolindo a mulher pública ou prostituta, mas era inquestionável um estupro cometido pelo marido, pois a mulher era a propriedade dele, tendo ele direito de cometer o ato, mas somente foi questionada a tese em 1979 (CAMPOS, 2017).

Vale salientar que o Termo Cultura do Estupro, ou Rape Culture, é usado desde os anos 1970, na chamada onda feminista, nos Estados unidos, apontando, assim, comportamentos sutis que silenciam a violência sexual contra a mulher, sendo algo que acaba banalizado a ponto de não trazer espanto e nem indignação. De acordo com o centro das mulheres da Universidade Marshall, nos Estados Unidos, o termo é utilizado para descrever um ambiente no qual a violência sexual contra as mulheres é predominante e normalizada na mídia e cultura popular, já na Organização das nações unidas, a expressão é usada para tratar as maneiras com as quais a sociedade naturaliza o comportamento sexual agressivo dos homens, transferindo a culpa da violência sexual à vítima com base em estereótipos de gênero e sexualidade dirigidos às mulheres (CASTRO, 2017).

## 2.1 Consequências da Violência Sexual

As consequências de um ato de violência sexual têm muitas marcas severas para qualquer ser humano e, em especial, para as mulheres, que são vítimas mais frequentes desse crime que é uma das formas de violação dos direitos e problema grave de saú-

de pública de nossa sociedade. Atualmente, é reconhecida como um tema de preocupação internacional, mas que nem sempre foi assim, pois foi necessário que os movimentos feministas pudessem retirar a capa que mantinha o sigilo da vergonha, medo e dor de várias gerações de mulheres e famílias que sofreram caladas a vários tipos de violência. A organização das nações unidas (ONU) afirma que a violência contra as mulheres persiste em todos os países do mundo, como uma violação contundente dos direitos humanos e como um impedimento na conquista da igualdade de gênero (LIMA, 2008).

O estupro, em especial, é crime previsto em todos os ordenamentos jurídicos, sendo a infração de natureza grave, mas que passou por um processo de lentidão e justificação para chegar aos dias atuais. Segundo a Organização mundial da saúde (OMS): a violência Sexual abrange tanto o estupro dentro do relacionamento; Estupro por pessoas desconhecidas, ou até mesmo conhecidas; tentativas sexuais indesejadas ou assédio sexual, que podem acontecer na escola, no local de trabalho e em outros ambientes; outras formas de violência, particularmente comuns em situações de conflito armado (como a fertilização forçada; abuso de pessoas com incapacidades físicas ou mentais; Estupro e abuso sexual de crianças; formas tradicionais de violência sexual como o casamento ou coabitação forçada). Ou seja, a violência sexual está presente na sociedade por diversos tipos, deixando marcas profundas tanto físicas quanto psicológicas, a ponto da vítima, por diversas razões, nem ter forças e sentimento de justiça para denunciar o agressor (ONU, 2018).

Greco (2015) afirma que a Conduta de violentar uma mulher, forçando-a ao coito contra sua vontade, não somente a inferioriza, como também a afeta psicologicamente, levando-a, muitas vezes, ao suicídio. A sociedade a seu turno, tomando conhecimento do estupro, passa a estigmatizar a vítima, tratando-a diferentemente, como se estivesse suja, contaminada com o sêmen do estuprador. A sociedade quando toma conhecimento do estupro passa a infamar a vítima, fazendo a mesma, diante de tantas conjugações, não comunicar a autoridade policial esse crime que demonstra a incapacidade, covardia e incompetência de um ser humano para

com uma mulher, baseado numa cultura do estupro, que ainda persiste em nossa sociedade, na qual Noronha relata, inclusive, que: O indivíduo que acomete uma mulher para manter relações carnais, violando, assim, o seu direito de escolha, postergando a liberdade que ela tem de dispor do corpo, demonstra instintos brutais dignos de severa repressão (NORONHA, 2002; GRECO, 2015).

Entre as diversas consequências para a mulher, temos as que afetam diretamente a saúde, as quais a Organização mundial da saúde (OMS) destaca como consequências, a morte em muitos dos casos; a gravidez não planejada; aborto inseguro; disfunção sexual; infecções sexualmente transmissíveis, incluindo o HIV, fissuras traumáticas; depressão; transtorno por estresse pós-traumático; ansiedade em quase todos os casos e grande dificuldade para dormir; transtorno de pânico; comportamento suicida e vários sintomas somáticos decorrentes da grande violência sofrida (ONU, 2018).

Com isso, a capacidade de uma mulher de se reconstruir depende de vários fatores e, muitas das vezes, a violência está na própria residência e no preconceito de uma sociedade que enxerga nas vítimas de abuso sexual uma culpabilidade que não existe, pois não se pode atribuir a culpa a quem foi vítima. É necessário que a sociedade entenda que as consequências dessa agressão geram cicatrizes para o resto da vida, levando as mulheres a uma sentença perpétua e dolorosa, sem ao menos ter cometido crime e, em muitos casos, a perda do maior bem da humanidade, que é a vida.

## 2.2 Políticas Públicas de Combate à Violência Sexual

Os primeiros espaços de resistência contra a prática de violência contra as mulheres foram os chamados SOS Corpo, os quais denunciam a violência, sem qualquer apoio institucional, com atuações da sociedade civil organizada, crítica e propositiva, reivindicando a tomada de consciência do Estado. Em 1983, acompanhando as eleições dos primeiros governos democráticos, foi criado o primeiro Conselho da Condição Feminina em São Paulo e, logo em seguida, o do Estado de Minas Gerais e o Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres (CNDM), em 1985, onde diante disso, várias ações foram institucionalizadas, como movimentos

de mulheres e principalmente a Delegacia Especial de Atendimento à Mulher (DEAM), criada no ano de 1985, em São Paulo, seguida em 1986 no Rio de Janeiro, representando um ganho político significativo, tornando o Estado também responsável pelo controle da violência, de todas as formas, inclusive a sexual, contra a mulher (BANDEIRA, 2009).

Em 1988, a Constituição Federal foi finalmente promulgada, dando a mulher igualdade de função em âmbito familiar, mas ainda não tratava da questão do estupro propriamente dito, e nos anos 2000, a movimentação feminista lutou pela criação da lei que coibisse a violência doméstica contra as mulheres, alcançada com a promulgação da Lei Maria da Penha. Lutou também pela mudança de alguns pontos do Código Penal, através da interlocução com a Secretaria de Política para as Mulheres da Presidência da República e com o Congresso Nacional, sem que se possa dizer que os resultados retratem o desejado pela movimentação feminista, mas sim os resultados desta interlocução complexa (CAMPOS, 2017).

A citada Lei Maria da Penha, que é a Lei nº 11.340, foi aprovada no ano de 2006, reconhecendo a situação de violência como uma violação dos direitos humanos das mulheres, caracterizando como crime, estabelecendo as várias formas de violência, inclusive a violência sexual, visando garantir a execução de uma legislação específica para os crimes de violência contra as mulheres, estabelecendo medidas de assistência e proteção em situação de violência, assegurando, com isso, a criação de políticas públicas para a garantia dos direitos das mulheres, sendo reforçada também pela criação de um sistema nacional de dados e estatísticas sobre a violência contra a mulher, possibilitando a reflexão sobre este tema, avaliando a implementação dessa lei e demais políticas públicas, permitindo observar a sua eficácia em diversos municípios do país, para que pudesse traçar com mais eficiência ações de combate ao vírus da violência contra a mulher, que ainda não foi banido da nossa sociedade (LEANDRO, 2014).

A referida lei contribuiu para a criação de várias coordenações, ou secretarias da mulher, no âmbito municipal, estadual e federal da administração pública, multiplicando-se os serviços de

atendimento à mulher e à família, inclusive com a criação de mais delegacias especializadas, dando oportunidade as vítimas ao direito as medidas protetivas de urgência que são consideradas como uma medida eficaz para o afastamento do agressor (VOLFF, 2019).

Somente em 2009, as leis alteraram para que o estupro pudesse ser de fato crime, nascendo, assim, a lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, do Código Penal (CP), tipificando o crime de estupro contra a dignidade e liberdade sexual da vítima, assim como descreve o artigo 213, do CP: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso". Tendo como objetividade jurídica a dignidade sexual da pessoa e, em sentido estrito a liberdade sexual, sendo crime o estupro, e não de delito de exercício arbitrário das próprias razões. O marido que, contra a vontade da mulher, usa de violência para obter carícias lascivas também comete crime, ou seja, entre marido e mulher não se pode usar da obrigação do casamento para cometer atos de violência sexual com a própria esposa (GRECO FILHO, 2019).

Entende-se por enfrentamento a implementação de políticas amplas e articuladas, que procuram dar conta da complexidade da violência contra as mulheres em todas as suas expressões, nas quais diversas ações de combate foram criadas para que a garantia dos direitos da mulher não fosse violada e, em meio a isso, surge a Política nacional de enfrentamento à Violência contra as mulheres, através da Secretaria de políticas públicas para as mulheres (SPM), que definiu o conceito de enfrentamento à violência como políticas de combate, para estabelecer as dimensões de prevenção, combate, assistência e garantia dos direitos, objetivando explicitar os fundamentos conceituais e políticos sobre o enfrentamento do tema exposto, assim como orientar a formulação e execução das políticas públicas de prevenção e assistência às mulheres, tendo como pontos principais de atuação: igualdade e respeito à diversidade cultural, étnica, racial, inserção social, situação econômica e regional; na equidade visando garantir a igualdade de oportunidades, estando em consonância com os direitos universais e as questões específicas das mulheres; na autonomia feminina; na laicidade do Estado (LEANDRO, 2014).

O Estado assume a responsabilidade de implementação das políticas públicas para o enfrentamento da situação de violência contra as mulheres, pois possui o dever de formular e implementar políticas públicas voltadas para as mulheres, independente de princípios religiosos, na universalidade das políticas que garantam o acesso aos direitos sociais, políticos, econômicos, culturais e ambientais para todas as mulheres; na justiça social; na transparéncia dos atos públicos e na participação e controle social. Devido a isso, a Política nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres torna-se um instrumento de garantia da efetivação da lei “Maria da Penha” e da Lei do Minuto Seguinte e demais leis de combate e de proteção das mulheres, bem como a ampliação e o fortalecimento da rede de serviços para as mulheres em situação de violência, proporcionando uma segurança do exercício da cidadania, incluindo o acesso à justiça (LEANDRO, 2014).

Segundo a Organização das nações unidas (ONU), enfrentar a violência sexual requer a cooperação de vários setores, como saúde, educação, assistência social e justiça criminal, inclusive a saúde pública deve busca ampliar a atenção e a segurança a toda população para enfatizar a prevenção, garantindo que as vítimas de violência tenham acesso a serviços e apoio adequados (ONU, 2018).

### **3 LEI DO MINUTO SEGUINTE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Antes da criação da lei do minuto seguinte, as diretrizes para o atendimento às vítimas de violência sexual eram estabelecidas pelo decreto nº 7.958 de 2013, fazendo os profissionais de segurança pública e da rede de atendimento do Sistema único de saúde (SUS) seguirem uma longa burocracia antes do atendimento a vítima, lesando, assim, o direito constitucional a vida, pois o atendimento, seja ele médico ou psicológico, efetuado com rapidez é de grande importância para aquela mulher que foi brutalmente violada em seus direitos, mostrando a necessidade de inovações nas ações a favor das mulheres, em aspectos de atendimento humanizado e rápido (ALMEIDA JÚNIOR; SILVA 2019).

A lei nº 12.845 de 2013 conhecida popularmente como lei do minuto seguinte foi apresentada na Câmara dos Deputados no dia 24 de fevereiro de 1999, até então como Projeto de lei 60 de 1999, autoria da Iara Bernardi, professora, que na época era deputada Federal filiada ao Partido dos Trabalhadores (PT), em São Paulo, enfatizando que o projeto de lei visava o atendimento integral e imediato aos casos de violência sexual, ao mesmo tempo que é importante medida no combate à impunidade . Enfatizou também em seu projeto que se as vítimas deixassem de ter receio de serem expostas a novas violências como chacotas e indignidades que, muitas vezes, afastam a possibilidade de persecução penal dos agressores, porque a vítima prefere ficar calada, seria mais uma luta forte contra esse crime, pois aliar o atendimento médico e multidisciplinar às facilidades de acesso à polícia beneficiarão e muito a efetividade da punição (BRASIL, 1999).

O nome “lei do minuto seguinte” surgiu a partir dos resultados de uma pesquisa feita pelo Instituto de pesquisa econômica aplicada (Ipea), que revelou as estatísticas de abuso sexual no Brasil, constatando que no ano de 2016, 49,5 mil casos de estupro foram registrados no Brasil, estimando que o número só represente 10% de todos os crimes desse tipo efetivamente cometidos, já que a maior parte das vítimas deixa de notificar as autoridades sobre as ocorrências. Diante desses dados alarmantes e preocupantes, demonstra-se que os casos de violência sexual chegam a UM por MINUTO, violentando os princípios e direitos de uma mulher indefesa, a mercê de um criminoso cruel, pois violentar uma mulher é sinal de incompetência e incapacidade de um homem (BRASIL, 2018).

A referida lei foi sancionada em 1º de agosto de 2013 pela ex-presidente Dilma Rousseff, visando o direito das vítimas de violência sexual buscarem atendimento emergencial, integral, multidisciplinar e gratuito no Sistema Único de Saúde (SUS), sem a necessidade do boletim de ocorrência ou qualquer outro documento que comprove o abuso sofrido, cabendo obrigatoriamente os hospitais da rede pública de saúde a dar suporte médico imediato, social, psicológico, além do diagnóstico e do tratamento de lesões físicas, fornecendo medicamentos para evitar as doenças sexualmente transmissíveis e a gravidez (ALMEIDA JÚNIOR; SILVA 2019).

A vítima, através do amparo dessa lei, deverá comparecer após a violência ao serviço de saúde, para que possa ser devidamente atendida pelos profissionais competentes, onde prevê também que os possíveis vestígios deixados no corpo da mulher, como o sêmen do agressor, sejam colhidos pelo médico no hospital para facilitar a identificação da autoria pela autoridade policial. A questão do boletim de ocorrência, segundo a lei, não há necessidade de se fazer boletim dentro do hospital e nem após, pois a palavra da vítima basta para que a mesma possa receber os atendimentos, mas é importante que o registro da ocorrência seja feito, com calma, após o atendimento médico, sem pressão, pois é o boletim que dá visibilidade ao crime para que se possa combatê-lo (ANTUNES; MARTINELL, 2018).

Se a violência sexual resultar em uma gravidez, a vítima tem o direito de realizar o aborto no sistema público de saúde sem precisar apresentar boletim de ocorrência nem autorização judicial. Em tese, qualquer hospital que disponha de centro cirúrgico e centro obstétrico pode realizar a interrupção da gravidez, a chamada Profilaxia (ANTUNES; MARTINELL, 2018).

A palavra profilaxia vem do grego e significa precaução, na medicina o conceito visa prevenir ou atenuar doenças através de medidas simples como a ingestão de vacinas e medicamentos. Sendo assim, a profilaxia da gravidez nada mais é do que a administração do medicamento popularmente conhecido como “pílula do dia seguinte” que é composto por uma alta dosagem de hormônios sintéticos que evitam uma gravidez indesejada desde que seja tomada antes de 72 horas após o ato, Sendo este o foco principal dos debates, discussões e protestos, relacionados ao crime de aborto previsto no Código Penal Artigo 124: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque”, e a quebra de princípios constitucionais (ALMEIDA JÚNIOR; SILVA 2019).

Para que possamos entender o princípio da dignidade da pessoa humana, é interessante entender que princípios são o fundamento primeiro de todo o Estado brasileiro, pois, além de regular as relações jurídicas, orientam, condicionam e iluminam a interpretação de todas as outras normas jurídicas em geral, influenciando até mesmo na interpretação de outras normas magnas. Também coordenam todo o sistema jurídico para a melhor

desenvoltura em prol da humanidade, que é a verdadeira razão ou finalidade do sistema, que é nossa sociedade (DOBLER, 2007).

A trajetória histórica humana enfrentou uma longa caminhada repleta de lutas, desigualdades e conflitos presentes em diversos setores sociais, para moldar e construir a sociedade de forma coletiva. Portanto, nesse percurso de construção dos direitos e princípios, nada foi fácil, mas consagrou-se como o ápice para a criação e elaboração de ideais de liberdade, igualdade, solidariedade, entre os indivíduos, com a finalidade de promover um ambiente mais justo aos cidadãos, evoluindo, assim, o pensamento humano, pois quando o homem se vê como um ser social, amparado por regulamentos que propiciam uma convivência mais harmônica e produtiva entre os seres humanos, na qual todas as pessoas devem exigir que a sociedade respeitem sua dignidade, garantindo os meios de atendimento das suas necessidades básicas (ASSMANN, 2020).

Segundo Saleme (2019), os direitos e as garantias constitucionais consubstanciam direitos paulatinamente conquistados pelos governados em face dos governantes. Esses direitos reconhecidos como indispensáveis e inalienáveis refletem um conjunto de medidas destinadas a proteger a dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal de 1988 delimita e afirma em seu artigo 1º, inciso III a regulamentação do princípio da dignidade da pessoa humana, no qual esse termo jurídico Dignidade da Pessoa Humana se deu através desses movimentos e mudanças na estrutura da sociedade, visto que foi somente através desse processo evolutivo que o ser humano passou a se configurar como detentor de garantias e deveres, bem como garantiu para si melhores condições e oportunidades de viver em sociedade (ASSMANN, 2020).

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, atua de modo complexo tendo como principal ação a defesa e proteção da pessoa humana. Tal alusão nos remete ratificar de que a construção da personalidade do ser humano tem por elemento principal o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, pois foi através dessas evoluções históricas, que o indivíduo passou a se determinar e impulsionar frente à sociedade, uma vez que emanado de valores éticos, morais e dignos, passa a possuir suas garantias e deveres definidos (ASSMANN, 2020).

Segundo Placidina e Fachin (2013), o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana influenciou a evolução dos direitos fundamentais, resultando em um movimento de constitucionalização que teve início no século XVIII, tendo sido reconhecido internacionalmente a partir da Declaração da Organização das Nações Unidas, de 1948, um dos mais significativos documentos para a consolidação de tais direitos.

O princípio da dignidade da pessoa humana possui uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é característica que o define como tal, remetendo à visão do ser humano como a base, o esteio, o eixo principal do universo jurídico; é princípio fundante do constitucionalismo contemporâneo. Concepção de que em razão, tão somente, de sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes. É, pois, um predicado tido como inerente a todos os seres humanos e configura-se como um valor próprio que o identifica, remetendo a visão (SARLET, 1998).

São classificados como direitos fundamentais aqueles que não estão na esfera de disponibilidade do legislador ordinário, possuindo força, imperatividade absoluta e garantia tão claras que não se torna possível qualquer restrição, limitação, flexibilização ou não incidência deles. Os Direitos Fundamentais são voltados para as pessoas de um modo igualitário, universal e contínuo, sendo de grande importância para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária (FERNANDES, 2019). Mas muitas comunidades religiosas e parlamentares veem a lei como uma ameaça a vida e lutam para que ela possa ser vetada, por analisar minuciosamente que o termo “profilaxia” abre brechas para a prática do aborto e liberação futura no Brasil. Mas até hoje a lei não foi vetada e segue viva como uma das políticas públicas de combate a violência a mulher, embora pouco conhecida pela sociedade.

A palavra aborto tem origem no latim *abortus* e deriva da composição etimológica de *ab* que significa privação e *ortus* que significa privação do nascimento (JESUS, 2012). Desde os primórdios a expressão aborto traz consigo inúmeros tabus, sentimentos e preconceitos em relação ao tema, uma vez que tal ação diverge opiniões, gerando conflitos sempre que discutidas em certo local.

Tal assunto vincula-se a diversos ramos de princípios, pensamentos, entendimentos e crenças religiosas, sendo assim tem-se o entendimento majoritário pela vedação e não interrupção da gravidez seja qual for o caso. Nesse sentido, Fernando Capez, conceitua o termo aborto como: A interrupção da gravidez com a consequente destruição do produto da concepção e consiste na eliminação da vida intra-uterina (ASSMANN, 2020).

Diante disso, existem várias correntes que são contra, por entender como prática de um ato crime, pois a mulher não pode interromper uma gestação quando bem entender, pois o nascituro não pode e não consegue se auto defender, cabendo a mãe o dever de zelar pela vida de um ser humano que está sendo gerado em seu ventre ,assim, como várias correntes a favor da discriminação do aborto, entendendo que de acordo com os princípios constitucionais e direitos humanos, a mulher deve decidir sobre o livre arbítrio na tomada de decisões acerca de seu corpo (ASSMANN, 2020).

Segundo Moraes (2006), a vida começa com o embrião fixando-se na parede uterina, com isso necessita da proteção jurídica, o que faz a punição de aborto a proteção do ser humano em desenvolvimento. Dessa forma, o direito à vida, segundo Morais (2006), é uma garantia fundamental assegurada pela Carta política sendo cláusula pétrea, garantindo a inviabilidade do direito à vida, sendo um pré-requisito à existência e exercícios de todos os demais direitos. Já a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral de cada pessoa, que se demonstra singularmente na autodeterminação consciente da própria pessoa, ou seja, liberdade de escolha e modo de agir conforme os preceitos da Carta magna e traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas. De um lado está o direito à vida do feto e do outro está o direito de escolha da gestante em fazer o aborto (ALMEIDA JÚNIOR; SILVA 2019).

Outros entendem que a manutenção de uma gestação fruto de uma violência viola a dignidades da mulher e, consequentemente, aos direitos fundamentais da mesma, sendo estes o exercício da liberdade para decidir a respeito de seus interesses pessoais (direito à autodeterminação), em preservação do seu bem-estar físico e mental (direito à saúde), para dispor de existência digna em ampla dimensão (direitos à vida). Assim, o Código Penal permite a prática do aborto com restrição, no Artigo 128, I, II. (AZEVEDO, 2019).

Existem entendimentos que a ilegalidade do aborto gera inúmeros casos ligados à saúde pública, uma vez que as pessoas mais afetadas são as mulheres negras, pobres e jovens, em outras palavras, trata-se de classes mais desfavorecidas e vulneráveis na sociedade. Isso ocorre muitas vezes devido à precariedade de vida e situação econômica destas mulheres, uma vez que não possuem condições de pagar e realizar o aborto em locais seguros, com pessoas especializadas para melhor atendê-las (ASSMANN, 2020).

Sobre a questão da manutenção da gravidez, há a discussão que o Estado não pode criminalizar as condutas de uma gestante aceitar a interrupção da gravidez, pois deve se levar em consideração uma característica de que a mesma carregará por 9 meses o fruto de uma violência contra ela mesma e, possivelmente, no futuro não irá imaginar se quer nenhuma ligação com aquela criança, podendo ter consequências de abandono infantil e até mesmo o puerpério, ou abortos clandestinos que necessita realizar ações direcionadas a saúde integral da mulher. Criminalizar ferindo a lei sobre a profilaxia faz com que aumente a possibilidade de criação de dispositivos legais discriminatórios e que violem a dignidade humana de forma avassaladora indo contra os direitos fundamentais e as garantias expressas na constituição no que tange o acesso a saúde e ao poder dever do estado em assegurar de nível satisfatório às necessidades existências das mulheres vítimas de estupro, sendo uma carga emocional negativa (AZEVEDO, 2019).

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O Crime de abuso sexual, que é um crime bárbaro e hediondo, estando longe de ser solucionado. Contudo, algumas notáveis mudanças já demonstram que, de certa forma, ao menos tentamos caminhar para buscar uma solução mais eficaz e justa no tocante a mudança de leis e criações dessas, que protegem as vítimas, mesmo que alguns não cumpram seus verdadeiros papéis.

O que todos desejam é que a incidência desse abuso caia a cada ano e a cada minuto, que a sociedade veja a mulher como um ser humano, com competência e digna de respeito e vontades; que os estupradores sejam descobertos e cumpram suas penas, como devem

ser cumpridas, e que as vítimas tenham cada vez mais coragem de levar sua história ao conhecimento da justiça, não calando a verdade e não deixando que o crime de violência sexual possa ser escondido numa cortina de fumaça, que impede sua eliminação completa, numa sociedade que necessita deixar as culturas impróprias para se dedicar a culturas corretas e justa para todos.

A palavra da vítima deve prevalecer, pois, em muitos casos de abuso sexual, não há nenhuma testemunha que presencie e a lei deve ser cumprida por aqueles que são responsáveis em amenizar um pouco através de serviços públicos as lesões físicas que se curam com remédios e tratamentos, bem como as lesões psicológicas que, muitas das vezes, deixam marcas irreversíveis para o resto da vida, necessitando do apoio de todos os profissionais em que a lei exige que prestem atendimento as vítimas, para que possam se libertar de uma sentença perpétua criada somente para ela.

Portanto, é interessante que cada vez mais possam ser criadas e inovadas, através dos tempos, as políticas públicas de combate e enfrentamento, assim como fiscalizar e exigir se as leis criadas para amenizar e combater o sofrimento das vítimas estão sendo realmente cumpridas, sendo importante também, que haja uma harmonia entre leis de combate e a dignidade da pessoa humana.

Por fim, cabe a reflexão: será que a cidade de Aracaju cumpre verdadeiramente a lei do minuto seguinte, fazendo com que a palavra da vítima possa ser o bastante para o recebimento do atendimento emergencial, É preciso estudar e fiscalizar para que possamos saber e, diante do resultado, mostrar à sociedade a verdade, ajudando, assim, o crescimento de nossa cidade, pois cuidar de nossas mulheres, impedido que as mesmas sofram algum tipo de violência, é favorecer o crescimento e desenvolvimento de uma cidade e de um país.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Antônio Darlei de; SILVA, Rubens Alves da. A Lei Nº 12.845, DE 1º de Agosto de 2013 “Lei Do Minuto Seguinte” A Desburocratização do Atendimento À VÍTIMA. **Revista Artigos. Com**, v. 9, p. e1974-e1974, 2019.

ANTUNES, MARTINELLI. **O que é a Lei do Minuto Seguinte, e como ela Protege vítimas de Violência Sexual.** Publicado em: 28/11/2018, às 5:00, Atualizado em: 27/11/2018, às 00:21. Disponível em: [https://www.huffpostbrasil.com/2018/11/25/o-que-e-a-lei-do-minuto-seguinte-e-como-ela-protege-vitimas-de-violencia-sexual\\_a\\_23599137/](https://www.huffpostbrasil.com/2018/11/25/o-que-e-a-lei-do-minuto-seguinte-e-como-ela-protege-vitimas-de-violencia-sexual_a_23599137/), Acesso em: 23 abr. 2020.

ASSMANN, Lenemara Claudia Machado. **A descriminalização do aborto consentido sob a ótica dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e o direito a vida.** 2020.

AZEVEDO, M. A. & Guerra, V. N. A. **Crianças vitimizadas:** a síndrome do pequeno poder. São Paulo: Iglu, 1989.

AZEVEDO, Natanny Yasmin de. **A constitucionalidade do direito ao aborto.** 2019. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. na construção de uma sociedade mais livre e justa ABNT. **NBR 6034:** índice – procedimento. Rio de Janeiro, 2004

AZEVEDO, Thayane Suleima. A Violação da Garantia Constitucional à Saúde da Mulher em Decorrência da Criminalização do Aborto no Brasil. **Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**, v. 9, n. 18, p. 227-242, 2019.

BANDEIRA, Lourdes. Três décadas de resistência feminista contra o sexismo e a violência feminina no Brasil: 1976 a 2006. **Sociedade e estado**, v. 24, n. 2, p. 401-438, 2009.

BRASIL, Câmara dos Deputados **Projeto de lei nº 60/1999.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/14993>. Acesso em 30 abr. 2020.

BRASIL, **Lei nº 12.845**, de 1º de Agosto de 2013, **Lei do Minuto Seguinte.** 2013. Publicado em: 2013, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm/), Acesso em: 23 abr. 2020.

BRASIL, MPF. **Lei do Minuto Seguinte: campanha sobre direitos de vítimas de abuso sexual é lançada em São Paulo.** Publicado em: 07/11/2018, às 17:05, Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/lei-do-minuto-seguinte-campanha-sob-re-direitos-de-vitimas-de-abuso-sexual-e-lanca-da-em-sao-paulo>. Acesso em 30 abr. 2020.

BRASIL, OEA 1994. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, Assembleia Geral da Organização dos estados Americanos.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdham/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvIntVioMul.html>. Acesso em: 30 abr. 2020.

CAMPOS, Carmen Hein de *et al.* Cultura do estupro ou cultura antiestupro. **Revista Direito GV**, v. 13, n. 3, p. 981-1006, 2017.

CASTRO, Paloma Gouveia de. **O judiciário e a cultura do estupro.** 2017. Trabalho de Conclusão de Curso.

DOBBLER, 2007. **Os Princípios Constitucionais.** Publicado em: 28/06/2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3597/Os-Principios-Constitucionais>. Acesso em: 23 abr. 2020.

FERNANDES, Flávia Alves. **A influência da religião no estado laico Brasileiro: aborto.** 2019.

GRECO Rogério Greco. **Direito Penal – Parte Especial**, volume 3. 12. ed. Rev. Ampl. E atual. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2015, p. 467.

JALIL, Greco Filho. **Código Penal Comentado: Doutrina e Jurisprudência** 2.ed. Barueri (SP):Manole, 2019.

JESUS, Damásio E. **Direito penal: Crimes contra a pessoa e crimes contra o patrimônio.** 32. ed. Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEANDRO, Amaranta Ursula Fiess. Implementação de políticas públicas e desafios ao enfrentamento da violência contra a mulher. **II Semana de Pós-graduação em Ciências Políticas:** repensando a trajetória do Estado brasileiro. UFSCar, SP, 2014.

LIMA, Daniel Costa; BÜCHELE, Fátima; CLÍMACO, Danilo de Assis. Homens, gênero e violência contra a mulher. **Saúde e Sociedade**, v. 17, n. 2, p. 69-81, 2008.

NAÇÕES UNIDAS. Consequências da Violência Sexual para Saúde das Mulheres Publicado em: 25/07/2018 ,Atualizado em: 25/07/2018, Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-aborda-consequencias-da-violencia-sexual-para-saude-das-mulheres/> Acesso em: 23 abr.2020.

NAÇÕES UNIDAS. Consequências da Violência Sexual para Saúde das Mulheres Publicado em: 25/07/2018, Atualizado em: 25/07/2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-aborda-consequencias-da-violencia-sexual-para-saude-das-mulheres/> Acesso em: 23 abr. 2020.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal.** v.3. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2002

OMS. **Consequências da Violência Sexual para a Saúde das Mulheres.** Lei do Minuto Seguinte. Publicado em: 25/07/2018, atualizada em 25/07/2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-aborda-consequencias-da-violencia-sexual-para-saude-das-mulheres>. Acesso em: 30 abr. 2020

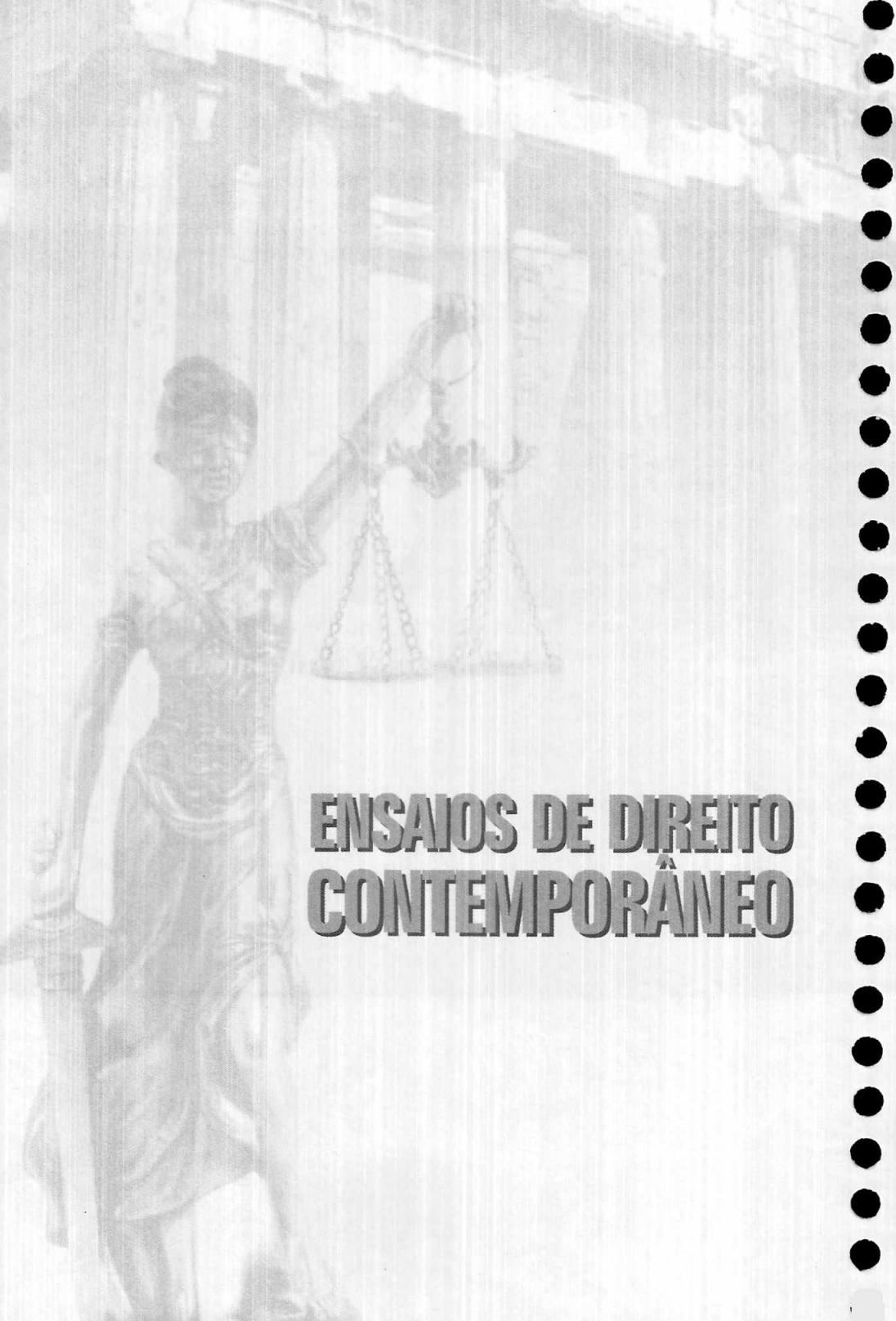
PLACIDINA, F.; FACHIN, Z. (2013). Direitos fundamentais sociais frente aos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível. **Anima**, 4(4), 3-31.

SALEME, Edson Ricardo. Direito **Constitucional**/Edson Ricardo Saleme. 2.ed.-Barueri SP:Manole, 2019:23 cm.

SARLET, Wolfgang Ingo. A dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 84-94, 1998

TEIXEIRA-FILHO, F. S., RONDINI, C. A., SILVA, J. M.; ARAÚJO, M. V. (2013). Tipos e consequências da violência sexual sofrida por estudantes do interior paulista na infância e/ou adolescência. **Psicologia & Sociedade**, 25(1), 90-102.

VOLFF, Denise. **A violência contra as mulheres e o resultado das políticas públicas brasileiras de combate à violência.** 2019.



**ENSAIOS DE DIREITO  
CONTEMPORÂNEO**

# CAPÍTULO VII

## SEGURANÇA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: IMPACTOS E PERSPECTIVAS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 104/2019

*Danilo Alves Lima<sup>1</sup>*  
*Edson Oliveira da Silva<sup>2</sup>*

### RESUMO

Este estudo é voltado a examinar a atual composição da Segurança Pública no Brasil, com enfoque nas inovações trazidas na Constituição Federal após a introdução da Emenda Constitucional nº 104/2019, que foi responsável por criar a Polícia Penal e inseri-la no rol taxativo do artigo 144 da Carta Magna. Diante desse contexto, este artigo procurou responder a seguinte questão: Quais os impactos e perspectivas trazidas com a Emenda Constitucional nº 104/2019? A investigação possui como objetivo geral identificar os impactos e as perspectivas suscitados pela referida emenda. A metodologia utilizada neste trabalho foi pesquisa bibliográfica por meio do referencial teórico encontrado em artigos científicos, doutrinas especializadas e jurisprudências dominantes. A pesquisa possui natureza qualitativa e descritiva. Os principais resultados demonstraram a relevância da produção de estudos aprofundados sobre os novos desafios da Polícia Penal enquanto órgão da Segurança Pública, em especial o estudo se detém na organização da Polícia Penal no país, que foi criada para substituir o arquétipo existente do sistema penitenciário. Por fim, conclui-se que a iniciativa de mudar a estrutura da carreira dos profissionais deste sistema denota atenção do Estado para o problema. A mencionada mudança provocou impactos e perspectivas nesse campo da Segurança Pública que serão apresentados nesta pesquisa.

**Palavras-chave:** Constituição Federal. Segurança Pública. Polícia Penal.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: [daniло\\_alveslima@yahoo.com](mailto:daniло_alveslima@yahoo.com).

<sup>2</sup> Professor do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: [edsonpmse@hotmail.com](mailto:edsonpmse@hotmail.com).

## 1INTRODUÇÃO

Dentre os principais problemas que afetam a população brasileira estão à falta de segurança gerada principalmente pela violência urbana. Além desse, outros problemas merecem destaque, a exemplo, o caos cotidiano decorrente das rebeliões e fugas nos presídios brasileiros. Para diminuir os indicadores de criminalidade e garantir à população sensação de tranquilidade pretendida, o Estado conta com órgãos que fazem a linha de frente na preservação da ordem pública e incolumidade de pessoas e patrimônio, compondo, assim, a Segurança Pública no país.

A Constituição Federal organiza a estrutura da Segurança Pública e dita as normas relativas às suas atividades por meio de órgãos que atuam de forma harmônica em vertentes diferentes, cada um com atribuições bem definidas. Os órgãos componentes da Segurança Pública brasileira são: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civis, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, Guardas Municipais e recentemente as Polícias Penais, nas esferas federal, estadual e distrital. Vale destacar que cada órgão é responsável por missões específicas definidas pela Constituição Federal.

Com a Emenda Constitucional nº 104/2019, criou-se a “Polícia Penal”, foi ampliado o rol taxativo dos órgãos de segurança pública, com isso substituiu-se a antiga formatação da segurança dos estabelecimentos penais, que não encontrava previsão como órgão integrante do art. 144 da Constituição Federal de 1988. Diante desse contexto, este trabalho procurou responder a seguinte questão: Quais as inovações e perspectivas trazidas com a Emenda Constitucional nº 104/2019?

A investigação possui como objetivo geral identificar os impactos e as perspectivas deixadas pela citada emenda. Para tanto, foram definidos os seguintes objetivos específicos: identificar como está organizada a Segurança Pública no Brasil, abordar a evolução histórica e conceituar papel da Segurança Pública na Constituição Federal apontando as novidades inseridas com a Emenda Constitucional nº 104/2019.

A metodologia utilizada neste estudo foi a pesquisa bibliográfica por meio do referencial teórico encontrado em artigos científicos, doutrinas especializadas e jurisprudências dominantes. A pesquisa possui natureza qualitativa e descritiva.

O cenário atual da segurança penitenciária representa um desafio para a manutenção da ordem pública. Ademais, a condição do sistema prisional é vislumbrada pela população com um estado de alerta que necessita de respostas imediatas e de efeito duradouro.

O estudo da nova formatação do sistema prisional com a criação da Polícia Penal se mostra relevante, pois é preciso compreender os limites da atuação do novo órgão para entender como ele pode contribuir com a ordem nos estabelecimentos penais.

Com a inserção da Emenda Constitucional nº 104/2019, os agentes prisionais passam a assumir o papel de policiais penais, no decorrer da pesquisa será analisado se houveram alterações concretas e quais suas expectativas para o futuro, ou se está diante apenas de uma mudança de nomenclatura.

Resta identificar como está organizada a Segurança Pública no Estado Brasileiro após essa alteração, partindo inicialmente da evolução histórica da Segurança Pública nas constituições do Brasil. Em seguida, serão abordadas considerações sobre os conceitos pertinentes e, ao final, será apresentada a composição do cenário atual com as inovações trazidas e perspectivas deixadas da Emenda Constitucional nº 104/2019.

## **2 SEGURANÇA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

### **2.1 Evolução Histórica**

Ao longo de sua história, o Brasil foi detentor de sete constituições e como relata Villa (2011), cada uma possui características que as distinguem das demais, são elas: A Constituição do Império de 1824, a Constituição do Brasil República de 1891, a Constituição da Segunda República em 1934, a Constituição outorgada do Estado Novo em 1937, a Constituição Federal de 1946, Constituição em 1967, no regime militar e, por fim, a Constituição Cidadã de 1988, no período da redemocratização.

Conforme assevera Costa Junior (2014), a Constituição do Império de 1824 foi aquela que permaneceu em vigência pelo maior período, contudo não aborda o tema Segurança Pública diretamente em seu texto.

A nomenclatura Segurança Pública foi inserida, ainda que de forma embrionária, no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição de 1937 na Era Vargas, muito embora, segundo Lima, Bueno e Mingardi (2016) as cartas anteriores trouxessem a segurança interna, como referência à proteção das instituições do Estado.

Somente com a Constituição Federal de 1988 que se regressará a tratar sobre segurança pública como prioridade, reservando um capítulo próprio para tratar sobre a disciplina, embora não defina o conceito de segurança pública em seu corpo.

Percorrendo os aspectos históricos, nota-se a lenta evolução da Segurança Pública, essencial nos Estados democráticos modernos. A Constituição Federal de 1988 tomou para si a incumbência de organizar e estruturar a carreira dos entes que fazem a linha de frente nas atividades preventivas e repressivas no combate a criminalidade, mas até 2019 não havia tratado da segurança penitenciária com um órgão integrante.

## 2.2 Conceito de Segurança Pública

A doutrina especializada ocupou-se em buscar conceitos para definir segurança pública, contudo não é ambição do presente trabalho estabelecer de modo categórico uma acepção isolada e definitiva sobre o tema, mas sim iniciar um estudo comparativo entre algumas das diversas conceituações.

Segundo Costa Junior (2014), a segurança pública era considerada como uma atividade exclusiva do aparelho policial do Estado que possuía como missão a manutenção da ordem através do uso da força. Seu designio era tão somente a garantia do bem-estar dos domínios governamentais. O conceito foi aperfeiçoado com o tempo e o autor considera que, na atualidade, a segurança pública trata da atividade do Estado que tutela de direitos individuais e coletivos da sociedade.

Embora esse conceito traga características determinantes, é possível observar suas limitações, visto que a segurança pública não deve ser entendida apenas como função do aparelho policial de forma restrita, os estudos mais modernos apontam para uma responsabilidade de toda coletividade.

Nesse sentido, Cunha (2019) salienta que a segurança pública deve abranger um complexo mais amplo, não sendo plausível definir apenas a polícia como única entidade responsável por coibir a violência e a criminalidade. Para o autor, fatores sociais, políticos, econômicos e ideológicos originam os desvios criminosos, portanto, a sociedade brasileira possui cota de participação na promoção de sua própria segurança.

Percebe-se, então, que esse entendimento denota aproximação com o texto da CF/88, que assegura a diversidade de atores em seu art. 144, *caput* ao abordar a segurança pública como um “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos” (BRASIL, 1988).

As finalidades da Segurança Pública sofreram alterações no decorrer da história brasileira. Nesse sentido, Castro (2019) explica que durante o período da ditadura militar a segurança pública estava diretamente ligada à defesa estatal em favor dos interesses nacionais contra o comunismo ou contra qualquer indivíduo que se opusesse a ordem estabelecida, mas atualmente é vista como um sistema de proteção interna para garantir os poderes constitucionais e preservar a ordem pública.

Silva (2005) concluiu que a segurança pública é, portanto, a conservação da ordem pública, e Masson (2015) visualiza que a segurança pública possui como fim a convivência pacífica e harmoniosa, para a autora, trata-se de monopólio estatal, onde o estado tomou para si a gerencia de estratégias e ações que assegurassem a ordem pública.

A partir dos conceitos expostos, nota-se que os doutrinadores modernos entendem que o objetivo da segurança pública é o de manter ou restaurar a harmonia e a convivência pacífica, de modo que possa coibir práticas violentas e criminosas que obstruam o estado de normalidade das coisas, protegendo pessoas e patrimônio e que a coletividade é igualmente responsável pela promoção

de sua segurança. Vale salientar que a Constituição Federal destaca que a Segurança Pública é dever e responsabilidade de todos, logo, a comunidade tem sua cota de participação na gestão e planejamento de políticas e passa a ter papel fundamental quando age em conjunto harmônico com os órgãos competentes.

### **3 ÓRGÃOS DE SEGURANÇA PÚBLICA**

#### **3.1 A Composição do Artigo 144 da Constituição Federal**

O poder constituinte originário ao tratar do tema reservou um capítulo específico para cuidar da Segurança Pública, topograficamente, ela está inserida na Constituição Federal de 1988, no Título V, que trata da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, em seu Capítulo III, no art. 144 e seus parágrafos. Seu arranjo comporta atualmente a Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civis, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares e as Polícias Penais nas esferas federal, estadual e distrital.

Hoffman e Roque (2019) lembram ainda de outros órgãos policiais não alistados neste capítulo da Constituição, são as Polícias Legislativas federais e estaduais responsáveis pela preservação da ordem e do patrimônio nas dependências da casa que estiver vinculada.

A missão das Polícias Legislativas tratada pelos autores não se amolda no que é proposto pela Segurança Pública, na medida em que não atua com relação à generalidade, assim é o entendimento de Medeiros (2017), que conceitua a Polícia Legislativa como órgão de atuação restrita a segurança das Casas Legislativas, além de atividades de inteligência.

Portanto, a Polícia Legislativa carece de poderes de atuação em favor da coletividade, pois está adstrita a segurança e proteção de parlamentares e das dependências das Casas Legislativas, mesmo porque sua inserção no ordenamento jurídico pátrio se embasa em dispositivo diverso do artigo 144 da Constituição Federal.

Para Moraes (2018), a diversidade de órgãos atuando na segurança pública possui essencialmente dois objetivos: acolher as

diversas demandas e anseios da população e minimizar a possibilidade de intervenção das Forças Armadas na segurança interna.

A partir do entendimento do autor, é possível observar que cada órgão deve exercer suas funções designadas com o mesmo fim, todos colaboram, portanto, para manter o estado de ordem e normalidade evitando as intervenções militares, que são implantas em caso excepcionais no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, vale destacar que comumente a doutrina divide o conceito de polícia em dois grandes ramos: Polícia Administrativa e Polícia Judiciária.

De acordo com Lenza (2019), a Polícia Administrativa cuida das atividades preventivas, coibindo ações criminosas na sociedade, ao passo que a Polícia Judiciária atuará repressivamente na apuração das infrações criminais, com a finalidade de indicar a autoria e a materialidade de delitos. É possível notar ainda que alguns órgãos possam atuar nos dois modelos, fazendo o policiamento ostensivo e a apuração das infrações, como ocorre com as atribuições da Polícia Federal.

A literatura aponta que estudiosos no tema, como Hoffman e Roque (2019) discordam no sentido de que a Polícia Federal se enquadra como polícia judiciária. Para os autores, pertencem à polícia administrativa os seguintes órgãos: Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Militares, Polícias Legislativas e Guarda Municipal, além das Polícias Penais. A autoridade de polícia judiciária fica reservada apenas a polícia federal e polícia civil.

De encontro ao juízo exposto, ao discorrer sobre as atribuições dos órgãos de segurança pública, Moraes (2018) destaca que está reservado a Polícia Federal, por exemplo, tanto a apuração de infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, como ainda exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras. A primeira atribuição exemplificada anteriormente se amolda na função de polícia judiciária, enquanto o segundo é eminentemente ostensivo e, portanto, trata-se do policiamento administrativo. A Lei nº 13.675/2018 foi responsável por disciplinar o funcionamento e

organização dos órgãos da segurança pública, nos termos do §7º do artigo 144 da Constituição Federal.

Segundo Gualberto, Almeida e Santos (2019), por meio da Lei nº13.675/2018 a segurança pública passou a buscar uma atuação conjunta baseada na articulação e comunicação entre todos os entes da federação, através de diversos órgãos, incluindo no Sistema Único de Segurança Pública os seguintes órgãos: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícias Civis, Polícias Militares, Corpo de Bombeiros Militar, Guardas Municipais, Órgãos do Sistema Penitenciário, institutos oficiais de criminalística, medicina legal e identificação, Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp), secretarias estaduais de segurança pública ou congêneres, Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil (Sedec), Secretaria Nacional de Política Sobre Drogas (Senad), agentes de trânsito e guarda portuária. (BRASIL, 2018).

Compreende-se, então, que o Sistema Único de Segurança Pública ampliou a cooperação entre órgãos responsáveis direta e indiretamente pelo bom funcionamento da segurança pública, incluindo novos atores de modo a melhorar a cooperação entre todos os entes da federação. Conforme assevera Lenza (2019), o rol de entes elencados é taxativo, devendo ser respeitado por todos os entes federativos, trata-se de arrolamento restritivo, o que significa que não podem ser criados órgãos distintos senão mediante emenda constitucional.

O artigo 144 da Constituição Federal sofreu três alterações a partir das Emendas Constitucionais nº 19/1998, 82/2014 e 104/2019. Ao abordar a Emenda Constitucional nº 19/1998, Santos (2018) destaca seu caráter de reforma administrativa, haja vista a grande quantidade de alterações por todo corpo da Constituição Federal de 1988. As modificações constantes na Emenda nº 19/1998 foram significativas para o regime jurídico dos servidores públicos.

De acordo com Masson (2015), a segurança viária refere-se ao conjunto de ações planejadas de segurança pública nas vias públicas, compreendendo educação, engenharia e fiscalização de trânsito. Embora insira a Segurança Viária no art. 144 da Constituição, a emenda não inseriu os órgãos de trânsito no rol taxati-

vo, configuração que foi mantida até a Emenda Constitucional nº 104/2019. Por fim, a citada emenda acrescentou o inciso IV e alterou o texto dos parágrafos 5º e 6º, instituindo a Polícia Penal no país. A referida emenda será objeto de estudo em tópico específico.

### **3.1.1 Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal e Polícia Ferroviária Federal**

Conforme o §1º do artigo 144 da Constituição Federal destaca, a Polícia Federal é órgão permanente, instituído por Lei, organizado e mantido pela União (BRASIL, 1988). Santos Machado e Gomes (2018) destacam que a organização está dividida em duas carreiras, são elas a carreira policial e a administrativa. A carreira policial é composta dos cargos de delegado de Polícia Federal, Perito, agente, escrivão e papiloscopista.

Como informa Masson (2015), a Polícia Federal não pode ser compreendida apenas como polícia judiciária nas infrações de competência da Justiça Federal, tendo ainda como atribuição os casos de repercussão interestadual ou internacional que exijam repressão uniforme. Ainda de acordo com a autora, é atribuição da Polícia Federal o papel de polícia judiciária da Justiça Eleitoral.

Cabe ainda indicar, conforme salienta Masson (2015), que apenas a Polícia Federal possui função de polícia judiciária da União com exclusividade, sendo a Polícia Rodoviária e Ferroviária apenas espécies de polícia administrativa. A CF/88 confere as Polícia Rodoviária Federal e ferroviária Federal respectivamente, o patrulhamento ostensivo das rodovias e ferrovias federais.

Diante do exposto, é possível observar que no contexto atual os órgãos de segurança pública federais exercem papel fundamental no país, reprimindo ações criminosas de maior alcance, como nos casos de tráfico internacional de entorpecentes e os crimes contra a administração pública federal, a exemplo das investigações em andamento na operação lava jato da Polícia Federal, visando coibir e levar a justiça um esquema de lavagem de dinheiro e diversos casos de propina pelo Brasil.

### 3.1.2 Polícias Civis

O §4º do artigo 144 estruturou as polícias civis dos estados, conforme Moraes (2018) certifica, devem ser dirigidas por delegados de polícia de carreira, com isso em 1988, a CF deixou de receptionar as figuras de delegados advindos de cargos em comissão. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no Informativo nº 438/2006-STF ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.760, em face da Lei nº 10.704/1994, que criava cargos em comissão de Suplente de Delegado de Polícia do Estado do Paraná.

De acordo com Hoffman (2018), a persecução criminal é atribuição exclusiva das polícias judiciárias no país. Analisa-se que a Constituição resguardou a investigação de infrações penais as polícias judiciárias, ou seja: a Polícia Federal e as Polícias Civis, nas suas respectivas atribuições.

O Código de Processo Penal em seu artigo 4º, parágrafo único, segundo Hoffman (2018), autoriza a apuração de infrações não penais feitas por órgão diverso da polícia judiciária, a exemplo de coleta de informações referentes a infrações disciplinares, fiscais e ambientais, devido à natureza distante da investigação criminal.

Conforme as explicações dos autores, a polícia civil ocupa um papel de destaque na busca de autoria e de materialidade de desvios criminosos através do inquérito policial presidido pelo delegado de polícia, com apoio dos agentes e escrivães de polícia, que compõem o órgão responsável pela inquirição criminal no Brasil ao lado da Polícia Federal, além da atividade de suporte do poder judiciário no cumprimento de mandados de busca e apreensão e outras ordens requisitadas.

### 3.1.3 Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares

As polícias militares foram constituídas como força auxiliar e reserva do Exército, é responsável pelo policiamento ostensivo, que segundo Masson (2015), é a atividade da polícia administrativa. A Polícia Militar tem o dever de preservação da ordem, é notá-

vel o caráter eminentemente preventivo dado as Polícias Militares, que no entendimento de Matrak Filho (2010) destaca-se que a polícia bem desenvolvida e com recursos necessários exerce melhor seu papel preventivo e manda a sociedade em geral a mensagem de que, uma vez acionada, reduzirá as chances de sucesso de pretensas ações criminosas.

Para Oliveira e Menezes (2019), o policiamento ostensivo vai além da prevenção, sendo aplicado como um verdadeiro pressuposto para garantia dos direitos e deveres do cidadão. De acordo com o exposto pelos autores, a polícia militar pode ser entendida como uma representação do Estado nas ruas, sua missão e também possui como encargo a preservação da ordem pública, mantendo-a estável e com sua presença destacada coíbe pretensos desvios criminosos.

A polícia Militar e o corpo de bombeiros militar são classificados pela Constituição como forças auxiliares e reservas do exército brasileiro, de acordo com Fernandes (2019), isso significa que os integrantes desses órgãos se submetem a legislação própria do exército, sendo inclusive submetidos à aplicação das normas disciplinares no que tangem ao cometimento de infrações próprias dos militares. São órgãos baseados na hierarquia e disciplina, sendo a eles aplicados os dispositivos constantes no Direito Penal Militar.

Aos corpos de bombeiros militares, ficaram reservadas as atribuições de atividades de defesa civil, segundo Fernandes (2019), também são atividades próprias do Corpo de Bombeiros Militar o planejamento de ações preventivas ou emergenciais, o estabelecimento de normas referentes à incolumidade das pessoas e patrimônio, fiscalizações entre outras indicadas por lei. A atividade do Corpo de Bombeiros não está associada a atividades eminentemente de segurança pública, mas sim de salvaguarda da tranquilidade pública.

A Constituição no §8º do art. 144 determina que “Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei” (BRASIL, 1988). O entendimento de Lenza (2019), é que a referida lei deve ser interpretada como lei federal que organize diretrizes e normas gerais das Guardas Municipais, deixando a criação a critério de lei específica do município.

As guardas destinam-se a proteção de bens, serviços e instalações municipais. É possível observar ainda que as Guardas Municipais sejam possuidoras do poder de polícia e atuam de modo ostensivo, similar as polícias militares dos estados. Sem dúvida, a abordagem do tema sistema de segurança pública nos impõe reflexões acerca sobre os atores envolvidos. Dentro dessa perspectiva, a seguir serão expostas as mudanças no aludido sistema produzidas pela Emenda Constitucional nº 104/2019.

#### **4 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 104/2019**

Antes da Emenda Constitucional nº 104/2019, a atividade de segurança interna do sistema prisional no Brasil era realizada pelos denominados agentes penitenciários. Compreende-se, então, que a promulgação da Emenda Constitucional nº 104/2019 seria uma forma de valorizar a categoria, vinculando policiais às atividades de segurança penal.

A polícia penal criada encontra-se no ramo de polícia administrativa. Para Hoffman e Roque (2019), o sistema penitenciário anterior a EC nº 104/2019 não era considerado parte integrante da segurança pública, pois tinha atribuições de prevenção e apuração de transgressões disciplinares e, portanto, internas na execução das penas.

Pode-se afirmar então que, de acordo com os autores, a nova polícia penal manteve as funções anteriores, com o acréscimo de ser a responsável pela segurança interna e externa dos estabelecimentos penais. Papel esse que era dirigido às polícias militares outrora.

Dianete do exposto, comprehende-se a necessidade de aperfeiçoar as ações de prevenção nas proximidades de presídios de forma especializada. A polícia penal surge no novo contexto a fim de coibir práticas criminosas como o acesso de entorpecentes e armas, fugas e rebeliões tão constantes na realidade brasileira.

Conforme já indicado, a Polícia Penal foi instituída nas esferas federal, estadual e distrital. Hoffman e Roque (2019) indicam ainda que no âmbito federal, o órgão está subordinado à União pelo Presidente da República, sob a supervisão do Ministro da Justiça e

Segurança Pública. Na esfera estadual e distrital, ficam vinculadas ao Governador e, mais especificamente ao Secretário de Segurança Pública.

Hoffman e Roque (2019) alertam ainda que a Emenda Constitucional nº 104/2019 aponta para que a União organize e mantenha a Polícia Penal no Distrito Federal, por meio de fundo próprio, assim como já o faz com a Polícia Civil, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros do Distrito Federal.

Um dos maiores questionamentos feitos por Bastos (2020) é sobre os servidores temporários poderem ser transformados em servidores integrantes da Polícia Penal, pelo fato de ser uma prática recorrente dos Estados a contratação de agentes temporários realizada por processos simplificados em detrimento da realização de concursos públicos. Ainda segundo o autor, muitos vigilantes temporários tinham seus contratos renovados por tempos contínuos durante anos, sendo dúvida recorrente se eles seriam efetivados de algum modo.

Segundo Bastos (2020) a partir da EC nº 104/2019, vetou-se no Brasil a contratação temporária de agentes na administração penitenciária, sendo agora somente possível o ingresso através de concurso público e por meio da transformação de carreira dos atuais cargos de agentes penitenciários e equivalentes. O art. 4º da emenda trata do preenchimento do quadro de servidores das polícias penais “será feito, exclusivamente, por meio de concurso público e por meio da transformação dos cargos isolados, dos cargos de carreira dos atuais agentes penitenciários e dos cargos públicos equivalentes” (BRASIL, 2019).

Bastos (2020) alerta para questões advindas da mudança para o novo modelo. Uma das maiores preocupações com o texto da Emenda nº 104/2019 diz respeito à transformação dos cargos, já que o constituinte derivado não deixou claro qual o significado e alcance da transformação, deixando margem para interpretações. Há uma omissão na citada emenda no que diz respeito a qual órgão é responsável pelo transporte de presos. O entendimento de Hoffman e Roque (2019) é que não se trata de atividade inserida no policiamento ostensivo ordinário e, portanto, a Polícia Militar não atuaria nessas hipóteses.

Com a publicação da Emenda, Bastos (2020) traz algumas medidas a serem tomadas, observando que a União, os Estados e o Distrito Federal deverão suspender a contratação de servidores temporários, efetuada por processos seletivos simplificados.

Como consequência as vagas ocupadas pelos agentes temporários passam a ser preenchidas por policiais penais efetivos, que foram submetidos ao concurso público, encontrando respaldo ainda no artigo 37 da própria Constituição Federal, que determinou que o ingresso dos servidores públicos se desse por meio de concurso público.

É possível compreender, então, que o §4º da Emenda Constitucional nº 104/2019 estimula os entes da federação a programarem medidas necessárias para que de forma gradativa substituam todos os agentes temporários por servidores de carreira no serviço penitenciário, de modo que cargos equivalentes também sejam incluídos na polícia penal. Hoffman e Roque (2019) alertam, que apesar de ter sido enquadrada como polícia, o novo órgão deve estar adstrito às funções definidas em lei, não podendo atuar em outras áreas da segurança pública.

Nesse sentido, assevera o artigo 9º da Lei nº 13.675/2018 que os órgãos do Sistema Único de Segurança Pública devem atuar nos limites das suas competências, de cooperativa, sistêmica e harmônica (BRASIL, 2018). Compreende-se então que a atuação da nova Polícia Penal se limita a extensão da segurança interna e externa dos estabelecimentos penais, de modo que agir fora desse alcance, violaria o princípio da legalidade. Além de não poder exercer policiamento ostensivo fora dos limites dos estabelecimentos penais.

Para Hoffman e Roque (2019), a Polícia Penal também não está autorizada a apuração de infrações penais e exercer atividades comuns a polícia judiciária, sob pena de usurpação de função das polícias civis e federal.

Antes mesmo da promulgação da Emenda Constitucional nº 104/2019, Freitas (2017) indicava posicionamento contrário à criação da polícia penal, alertando que a criação da Polícia Penal agravaria a situação dos agentes prisionais, na medida em que o

problema da insegurança é causado pela função que exercem e não pelo cargo que ocupam.

A fim de buscar soluções rápidas para resolver problemas complexos como a situação alarmante do sistema prisional é normal pensar que com a criação de uma nova força, haverá a redução de transgressões, fugas ou rebeliões no interior dos estabelecimentos penais, contudo não há qualquer indicativo de que sua mera presença iniba a ação delituosa. Nota-se que a simples modificação da carreira não garantiria melhorias palpáveis nas condições de trabalho, se não ocorreram investimentos aplicados em melhorias da segurança penal.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo possibilitou analisar a organização da segurança pública no Brasil e a criação da Polícia Penal, indicando suas inovações e apresentando os novos desafios a serem enfrentados pela União, Estados e Distrito Federal. Inicialmente observou-se que a promoção da segurança pública engloba a atividade de diversos órgãos, agindo em conjunto nos seus respectivos limites para propor a sensação de tranquilidade pretendida pela sociedade.

A questão de segurança pública passou por um processo evolutivo ao longo das constituições históricas até que chegasse ao cenário atual, no qual conta com órgãos estruturados com atribuições bem definidas. Os estudos especializados de fontes acadêmicas possibilitaram analisar diversas definições sobre conceitos de Segurança Pública, que foram essenciais para compreender o alcance do estado nas medidas preventivas e repressivas de ações que atentem contra a ordem pública. O estudo dessas definições mostrou-se necessário para entender o papel da Polícia Penal no país.

A forma de preenchimento dos cargos mostrou-se uma questão importante principalmente para a melhoria do sistema penitenciário, o que significa que a médio e longo prazo todos os servidores que laborarem no novo quadro serão submetidos ao rigoroso concurso público, dada a natureza do cargo e de suas funções, em vez de mero processo seletivo simplificado.

Foi possível compreender ainda que outros órgãos que não foram alistados no rol taxativo do artigo 144 da Constituição Federal são colaboradores de forma indireta da segurança pública, como é o caso dos institutos de perícias e das guardas municipais que compõem um sistema muito mais abrangente e complexo, em que todos participam para o bom funcionamento da segurança pública, objetivando a manutenção da ordem.

A partir do estudo da organização da estrutura da segurança pública, observa-se que a Carta Magna cuidou de indicar as atribuições de todos os entes responsáveis. Um desses campos de atuação é a guarda dos estabelecimentos penitenciários. As pesquisas bibliográficas embora ainda sejam escassas, devido ao pouco tempo do tema, foram imprescindíveis para compreender que atualmente o órgão responsável pela guarda dos estabelecimentos penais é a polícia penal e sua criação ampliou o Sistema único de Segurança Pública para reforçar as medidas preventivas nos presídios e instituições similares.

A polícia penal foi criada para substituir o arquétipo existente na vigilância penitenciária, mas até o presente momento não há registros quantitativos que indiquem se trata de avanço ou retrocesso em relação ao modelo anterior na gestão penitenciária.

Ante o exposto, concluiu-se que com a chegada recente desse órgão, a União, os estados e o Distrito Federal precisam investir esforços para que, de forma gradativa, consigam programar as adaptações pertinentes na administração pública, no que tange a administração do órgão, criação de cargos, orçamentos e elaboração de concursos públicos.

O assunto é novo e necessita de pesquisas mais aprofundadas, em aspectos específicos da nova formatação do artigo 144, da Constituição, restando investir em estudos mais direcionados para buscar o alcance da transformação de cargos incluída no §4º da Emenda Constitucional nº 104/2019, que abriu margens a interpretações. Outras medidas precisam ser adotadas pelo Estado no sentido de responder a questões ainda em aberto, diante da criação recente desse órgão até o momento não há regulamentação sobre quais os direitos serão criados ou suprimidos dos policiais penais com a nova formatação.

A pesquisa atingiu o que propôs a analisar ao demonstrar a credibilidade dada a Polícia Penal, que estimula os novos servidores e todo Estado brasileiro a desenvolverem um planejamento estratégico sólido para dirimir ações criminosas nos estabelecimentos penais e denota indícios de uma abordagem mais atenciosa neste cenário, em busca de um sistema prisional mais aparelhado e melhor construído.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Agnaldo. Agentes penitenciários virou polícia penal, e agora? Quais as consequências? **Revista Migalhas**, mar. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/318597/agentes-penitenciarios-virou-policia-penal-e-agora-quais-as-consequencias>. Acesso em: 28 mar. 2020.

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

BRASIL. **Lei nº 13.675**, de 11 de junho de 2018. Disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública e altera entre outros dispositivos legais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 jun. 2018. Seção 1, p. 4. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13675.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13675.htm). Acesso em: 01 abr. 2020.

BRASIL, Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 104**, de 04 de dezembro de 2019. Brasília, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc104.htm). Acesso em 01 abr. 2020.

CASTRO, Talita Egevardt de. **Políticas de segurança pública no Brasil sob o olhar da Economia do Crime: os casos do PRONASCI e Programa Escola da Família**. 2019. Tese (Doutorado em Economia Aplicada) - Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz, Universidade de São Paulo, Piracicaba, 2019. DOI: 10.11606/T.11.2019.tde-18072019-120846. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/11/11132/tde-18072019-120846/pt-br.php>. Acesso em: 02 abr. 2020.

COSTA JUNIOR, Antônio Gil da. **Um Breve Delineamento sobre Segurança Pública Cidadã e Segurança Pública Municipal**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 2014. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38390/um-breve-delineamento-sobreseguranca-publica-cidada-e-seguranca-publica-municipal>. Acesso em: 17 mar. 2020.

CUNHA, George Henrique de Moura (org.) *et al.* **Segurança Pública: realidades e controvérsias**. V.1 – Fortaleza: FATE, 2019. *E-book*. Disponível em: <http://periodicos.uniateneu.edu.br/index.php/livros-uniateneu/article/view/33>. Acesso em: 15 mar. 2020.

FERNANDES, Alex Matos. **O Direito Penal Militar aplicado ao Corpo de Bombeiro Militar do Estado do Tocantins (CBMTO)**. Palmas: Universidade Federal do Tocantins, 2019. Disponível em: [http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:IEqxvvFSUoJ:scholar.google.com/+BOMBEIROS+DIREITO&hl=ptBR&as\\_sdt=0,5&as\\_ylo=209](http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:IEqxvvFSUoJ:scholar.google.com/+BOMBEIROS+DIREITO&hl=ptBR&as_sdt=0,5&as_ylo=209). Acesso em: 31 mar. 2020.

FREITAS, Felipe da Silva. O que é a “PEC da Polícia Penal” e porque ela não melhorará em nada o sistema prisional? **Revista Justificando**, ago. 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/08/09/o-que-e-pec-da-policia-penal-e-porque-ela-nao-melhorara-em-nada-o-sistema-prisional/>. Acesso em: 06 abr. 2020.

GUALBERTO, Cleuane Victória Cardoso Gomes; ALMEIDA, Beatriz Marques; SANTOS, Gustavo Lopes Aquino dos. **Estado, gestão de polícias e segurança pública: Panorama institucional e modernização da gerência da Polícia Militar**. 17º Congresso de Iniciação Científica da FASB, 2019, Barreiras - BA. Disponível em: <http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/cic/article/view/384>. Acesso em: 01 abr. 2020.

HOFFMANN, Henrique; ROQUE, Fábio. **Policia Penalé novidade no sistema de segurança pública**. **Revista Consultor Jurídico**, Dez. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-12/opiniao-policia-penal-novidade-sistema-seguranca-publica>. Acesso em: 26 mar. 2020.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. (Coleção esquematizado) *E-book*: Disponível em: [https://forumdeconcursos.com/wpcontent/uploads/wpfoto/default\\_attachments/1550872248-Pedro-Lenza-Direito-Constitucional-Esquematizado-2019.pdf](https://forumdeconcursos.com/wpcontent/uploads/wpfoto/default_attachments/1550872248-Pedro-Lenza-Direito-Constitucional-Esquematizado-2019.pdf). Acesso em: 19 mar. 2020.

LIMA, Renato Sergio; BUENO, Samira; MINGARDI, Guaracy. **Estado, polícias e segurança pública no Brasil**. **Revista Direito GV**, v. 12, n. 1, 2016. *E-book*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n1/1808-2432-rdgv-12-1-0049.pdf>. Acesso em 17 mar. 2020.

OLIVEIRA, Tiago Lima de; MENEZES, Denise Brasil. **A qualidade no policiamento ostensivo como forma de cidadania**. Goiás: Biblioteca Digital de Segurança Pública. 2019. Disponível em: <http://dspace.pm.gov.br:8080/pmgo//handle/123456789/2334>. Acesso em: 25 mar. 2020.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional.** Salvador. Editora JusPodivm. 2015, 3<sup>ed.</sup> E-book. Disponível em: [https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/\\_wpforo/attachments/4032/192-MANUAL-DE-DIREITO-CONSTITUCIONAL-NATHALIA-MASSON-2016.pdf](https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/_wpforo/attachments/4032/192-MANUAL-DE-DIREITO-CONSTITUCIONAL-NATHALIA-MASSON-2016.pdf). Acesso em: 23 mar. 2020.

MATRAK FILHO, Riskala. **A doutrina de policiamento repressiva e sua aplicação na doutrina de polícia comunitária.** Revista Ordem Pública e Defesa Social. Florianópolis: vol.3, nº1, 2010 Disponível em: <https://rop.emnuvens.com.br/rop/article/view/26>. Acesso em: 14 abr. 2020.

MEDEIROS, Rysandra Rayssa Guerra de. **A atribuição da polícia legislativa em face da Constituição Federal de 1988.** 2017.57 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/11332>. Acesso em 10 mar. 2020.

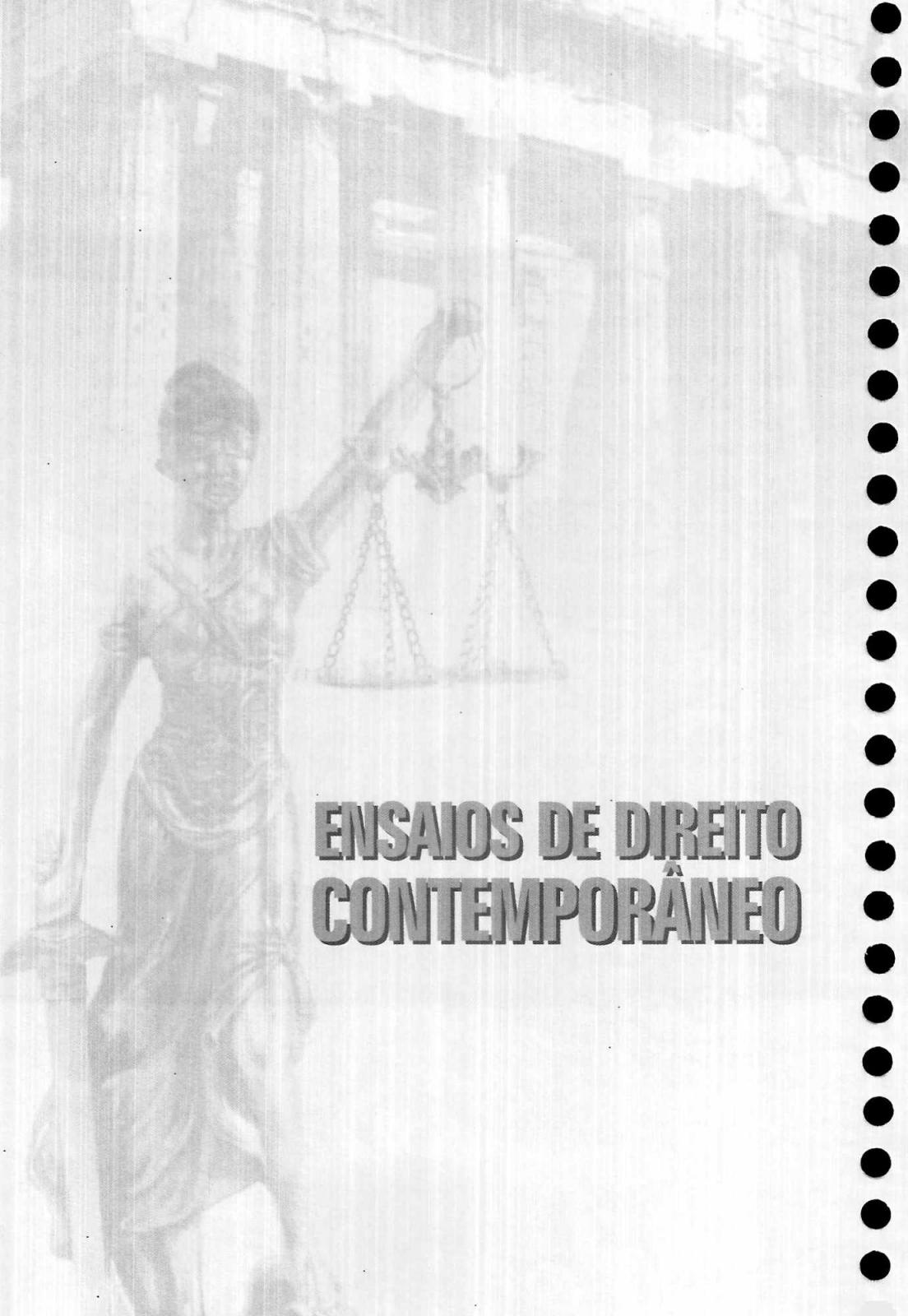
MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018. E-book: Disponível em: [https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/\\_wpforo/attachments/2/1722-Direito-Constitucional-Alexandre-de-Moraes-2018.pdf](https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/_wpforo/attachments/2/1722-Direito-Constitucional-Alexandre-de-Moraes-2018.pdf). Acesso em: 19 mar. 2020.

SANTOS, Anderson Pereira dos; MACHADO, Eduardo Schneider; GOMES, Adamir de Oliveira. **A construção da memória organizacional: Uma narrativa histórica sobre os cargos da Polícia Federal.** Brasília: Revista Brasileira de Ciências Policiais. v. 9, n. 2, p. 111-140, jul/dez 2018. Disponível em: <https://periodicos.pf.gov.br/index.php/RBCP/article/view/545>. Acesso em: 22 mar. 2020.

SANTOS, Daniele Carvalho dos. **Estabilidade no serviço público brasileiro: efeitos da Emenda Constitucional nº19/1998.** Universidade Federal do Rio Grande do Sul – DCA; Porto Alegre, 2018. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/184994/001076527.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 mar. 2020.

SINAPEN, 2011. **Profissão de agente Penitenciário é a segunda mais perigosa do mundo?** Disponível em: <http://sindicato-grupo-penitenciario-amapa.blogspot.com/2011/12/profissao-de-agente-penitenciario-e.html>. Acesso em: 22 set. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo,** São Paulo: Malheiros, 2005, 25. ed. revista e atualizada. E-book. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3239/josé-afonso-da-silva-curso-de-direito-constitucional.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2020.



# **ENSAIOS DE DIREITO CONTEMPORÂNEO**

## CAPÍTULO VIII

### TRÂNSITO E CIDADANIA: A MOBILIDADE URBANA SEGURA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

*Josué Lima<sup>1</sup>*

*Edson Oliveira da Silva<sup>2</sup>*

*Eudes de Oliveira Bomfim<sup>3</sup>*

#### RESUMO

O objetivo deste estudo é contribuir com o debate sobre a mobilidade urbana no município de Aracaju, verificando se as metas estabelecidas no Plano Diretor vêm sendo cumpridas, já que a Lei 12.587/2012 atribui aos Municípios a elaboração do referido plano para atender às necessidades da sociedade e atribuir função social ao espaço urbano, inserindo-se, nesse contexto, a mobilidade urbana eficiente, considerada como uma necessidade do ser humano, e, portanto, ganhou status de direito fundamental. Para atingir o objetivo proposto, foi realizada uma revisão bibliográfica, com abordagem qualitativa, de caráter exploratório, descriptivo e documental. Os resultados da pesquisa apontaram que algumas diretrizes estabelecidas no Plano de Mobilidade do município foram concretizadas e outras, consideradas de grande relevância, não foram ainda contempladas, como por exemplo: reestruturação do sistema de transporte coletivo público por ônibus, criação de novos terminais, ampliação das ciclovias, entre outras. Como guisa de conclusão, enfatiza-se que, não é suficiente que possuir um Plano Diretor, é imprescindível colocá-lo em prática, para que a cidade atenda às necessidades básicas da população, sendo o direito à mobilidade urbana segura, uma delas.

**Palavras-chave:** Direito Fundamental. Mobilidade Urbana. Trânsito e Cidadania.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: lizanemaria@gmail.com

<sup>2</sup> Professor do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: edsonpmse@hotmail.com

<sup>3</sup> Professor do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: eudes.bomfim1977@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Os problemas do sistema viário tem sido foco de grande preocupação no Brasil e no mundo e, embora o trânsito seja parte significativa da vida social, muitos não dão a devida importância ao assunto. Estudos realizados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) estimam que 90% das mortes ocorrem em países em desenvolvimento que vêm aumentando os índices de motorização, sem, contudo, investir em segurança nas vias públicas, formação dos condutores e pedestres e na educação para o trânsito, como é o caso do Brasil.

Este estudo traz uma discussão acerca a questão da cidadania no trânsito, dando ênfase à mobilidade urbana no Município de Aracaju/SE, pois se observa que nos últimos anos a população aracajuana teve um crescimento considerável e, consequentemente, a quantidade de automóveis aumentou de maneira descontrolada, somando-se ainda a este fato o descaso do poder público em garantir uma mobilidade urbana segura. Diante dessa realidade, a relação ser humano/automóveis/espaço precisa ser repensada de forma mais cuidadosa, e as instituições responsáveis pelo funcionamento do sistema viário precisam intensificar suas ações voltadas para essa temática.

Contudo, as questões relacionadas à insegurança no trânsito são muito complexas e não há apenas um fator responsável, mas uma conjunção de eventos que juntos produzem efeitos catastróficos, tais como: o aumento da frota de veículos, a falta de planejamento urbano que não acompanha o crescimento da frota de veículos, impunidade; deficiências técnicas de infraestrutura e de engenharia; condutores, motociclistas, ciclistas e pedestres que não obedecem às regras básicas de circulação, entre outras.

É importante considerar que, independentemente de ser um fator de desenvolvimento de uma região, a literatura especializada vem ressaltando que a malha viária desempenha um papel fundamental na vida dos que nele trafegam, por isso, muitos estudos enfatizam a importância de melhorias frequentes em sua infraestrutura. Além disso, é necessário incluir todos os sujeitos em um

contexto de cidadania no trânsito, investindo em educação para o trânsito como estratégia de mudança de comportamento dos que trafegam, sejam eles pedestres e ciclistas, ou motoristas, por intermédio da informação, campanhas educativas permanentes e não somente propagandas e sensibilização.

A Lei n.º 12.587/2012 estabelece as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana refletindo uma multiplicidade de situações. No entanto, foi a Emenda Constitucional nº 82, de 16 de julho de 2014, que tratou o assunto de forma mais detalhada, fazendo alusão à mobilidade urbana eficiente ao inserir ao art. 144 da Constituição Federal de 1988 o § 10. Diante das determinações legais no Brasil sobre o assunto em pauta, questiona-se: qual o entendimento doutrinário e legislativo em favor da mobilidade urbana eficiente como um direito fundamental? As diretrizes estabelecidas no Plano Diretor do Município de Aracaju vêm sendo cumpridas?

Desse modo, o objetivo geral deste estudo é contribuir com o debate sobre a mobilidade urbana no município de Aracaju, verificando se as diretrizes estabelecidas no Plano Diretor vêm sendo cumpridas.

Para atingir o objetivo proposto, a metodologia empregada na construção do presente trabalho foi a revisão bibliográfica, com abordagem qualitativa, de caráter exploratório, descritivo e documental. A relevância do tema está em seu caráter instigante, problemático e ainda pouco discutido na literatura jurídica brasileira. Por essa razão, busca-se colaborar com a discussão da temática, ampliando o número de trabalhos já tornados públicos.

## 2 O TRÂNSITO BRASILEIRO E SEUS PROBLEMAS

O Código de Trânsito Brasileiro, em seu primeiro capítulo, faz alusão ao trânsito, trazendo o seguinte entendimento: “§ 1º Considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga” (BRASIL, 1997).

Na definição proposta por Vasconcelos (2016), o trânsito pode ser considerado como uma negociação permanente do es-

paço e essa ocorre de forma coletiva e conflituosa. Todavia, essa negociação não envolve pessoas iguais, mas a disputa pelo espaço traz consigo uma base ideológica e política; ou seja, dependerá da forma que cada um percebe o outro como ser social e do real poder que detém na sociedade. Assim, quando condutores assumem comportamentos inadequados no trânsito, colocam em risco tanto os ocupantes do automóvel quanto os usuários da via pública.

As questões da insegurança no trânsito são muito complexas e não há apenas um fator responsável, mas uma multiplicidade de situações que somadas produzem efeitos catastróficos, tais como: o aumento da frota de veículos, a falta de planejamento urbano que não acompanha o crescimento da frota de veículos, impunidade; deficiências técnicas de infraestrutura e de engenharia; condutores, motociclistas, ciclistas e pedestres que não obedecem às regras básicas de circulação (VASCONCELOS, 2016).

Diversas são as causas que contribuem para a ocorrência dos acidentes de trânsito, que vão desde as falhas humanas, condições dos veículos e falta de conservação e sinalização das vias. A esse respeito comenta Martins (2013, p. 06) que “a causa é o evento primeiro na corrente dos acontecimentos, sem o qual o acidente não teria ocorrido”.

Sobre as principais causas de acidentes no trânsito, Marin e Queiroz (2013, p. 89) descrevem as seguintes: condutor pedestre, veículo e via. Frente às causas descritas é importante destacar que o erro humano é considerado o principal fator desencadeador de acidentes de trânsito.

Andrade *et al.* (2013, p. 23) apontam que fatores de risco como: “a idade, o gênero, as condições socioeconômicas, o desrespeito à legislação de trânsito, associados, em geral, a uma inadequada fiscalização do trânsito são determinantes da origem e da gravidade dos acidentes de trânsito”.

Outros fatores que também podem contribuir para aumentar os índices de ocorrência de acidentes são: o consumo frequente de bebidas alcoólicas e drogas, bem como a tendência a exceder mais os limites de velocidade e a infringir normas de segurança no trânsito. Além disso, a falta de conservação e sinalização das vias, falta de fiscalização e manutenção do veículo, animais e ou-

tros fatores contribuem para a ocorrência de acidentes no trânsito (MARIN; QUEIROZ, 2013).

As causas descritas têm influenciado negativamente a segurança nas vias e levado a mobilidade urbana a vivenciar uma elevada crise, com custos altíssimos, perdas humanas e materiais. Em virtude dos elevados custos econômicos e sociais gerados, a violência presente no sistema viário é considerada um grave problema de saúde pública, social e econômico. Além disso, gera perda de milhares de vidas anualmente.

Em oposição aos contínuos acidentes, o trânsito é um espaço em que ocorre uma integração que reafirma o direito de ir e vir de cada um, por isso, os direitos de todos os envolvidos nesse cenário devem ser respeitados.

## 2.1 Trânsito e Cidadania

A cidadania é um processo social resultado do pacto estabelecido entre cidadãos e Estado (ROUSSEAU, 1979). É importante lembrar aqui que o Estado foi criado com o objetivo de representar os indivíduos através de um conjunto de leis que regulam a vida social e, particularmente, as relações de trabalho. Trata-se, antes de tudo, da conquista dos direitos através da participação popular.

O conceito de cidadania envolve uma série de aspectos, sendo importante entender o que realmente significa. A cidadania esteve relacionada ao surgimento da cidade, à aptidão de os homens desempenharem direitos e deveres de cidadão. Na ação de cada sujeito, há uma esfera privada e uma esfera pública, como bem esclarece Covre (2012, p. 12) que a origem da cidadania à responsabilidade da *polis* grega, mas é por meio das Revoluções Burguesas que a humanidade busca a igualdade entre homens.

A partir do ideário preconizado pelas revoluções burguesas, a democracia, a cidadania e os direitos humanos e sociais passaram a ser um processo em constante construção, por essa razão, as reivindicações democráticas serão sempre historicamente determinadas (COVRE, 2012). Como bem verificou Arendt (1998,

p.56), “o que permanece inarredável, como pressuposto básico, é o direito a ter direito”.

O ideário preconizado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos encontra fundamentos no princípio da cidadania. É importante salientar que a cidadania é uma condição construída historicamente (CASTILHO, 2015) e, desde os primórdios da humanidade, houve uma busca, ainda que tímida, por uma sociedade mais igualitária. Contemporaneamente, ser cidadão significa ser sujeito de direitos e deveres, por isso, o papel de cidadão exige que se generalize e que se fale daquelas coisas que todos devem e podem ter (DAMATTA, 2012), neste caso, o direito à mobilidade urbana com segurança.

Para tanto, é importante a articulação entre cidadania e educação como um dos elementos fundamentais para a igualdade entre todas as pessoas, seja no trânsito ou não. Na concepção de Freire (2010), cidadão é aquele que tem uma consciência política que o habilita a transformar a si mesmo e a se engajar na luta por transformações sociais mais abarcantes ou adstritas, na sua escola, no seu bairro e no seu local de trabalho. Neste sentido, a cidadania significa a efetividade de todos os direitos do sujeito, grupo ou comunidade. Compreende-se que sem a cooperação efetiva dos sujeitos históricos, duramente estes direitos estarão visíveis na sociedade.

Constata-se, desse modo, a importância de se educar para o trânsito. Para tanto, a educação para o trânsito atua através de ações socioeducativas possibilitando a criação de espaços de discussões sobre o trânsito como espaço de convivência social e exercício da cidadania. Por isso, a atuação dos educadores ultrapassa os muros da escola, ou seja, vai além das barreiras institucionais, sempre buscando formar parcerias, visando propagar orientações relativas à cidadania no trânsito, fazendo articulações e fortalecimento dos vínculos coletivos com as comunidades, esclarecendo seus direitos e deveres, por meio de abordagens individuais e grupais.

Apesar da implantação de radares, policiamento, implantação de leis como o Código Nacional de Trânsito, a Lei Seca, Decretos, Resoluções Complementares e Portarias das Autoridades de

Trânsito, ainda persistem os elevados números de acidentes e infrações. Assim, para solucionar os problemas de trânsito na cidade de Aracaju, algumas medidas são necessárias tais como: a implementação de políticas públicas que visem à melhoria dos sistemas de fiscalização e repressão de motoristas infratores; melhorias frequentes na infraestrutura do sistema viário, criação e implantação de programas efetivos de educação para o trânsito; mudança de comportamento e de cultura da população, entre outras. Como será mostrado no decorrer desta pesquisa.

### **3 A SEGURANÇA E ORGANIZAÇÃO DO SISTEMA VIÁRIO NA PERSPECTIVA DA LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO BRASILEIRA**

Sabe-se que o sistema viário é indispensável à mobilidade de todos que dele se beneficiam de alguma forma e, quando esse é bem planejado, possui um perfeito estado de conservação e é utilizado por sujeitos mais conscientes do seu papel enquanto cidadão e preparados para enfrentar os desafios no trânsito, garante-se segurança e trafegabilidade para os veículos, e, portanto, seu bom estado de funcionamento.

Freitas (2010), em uma pesquisa sobre acidentes de trânsito no Brasil, expõe seu entendimento acerca do sistema viário. Observa-se que a autora procura dá ênfase à importância da estrutura física para o deslocamento de indivíduos e mercadorias e essa deve ser formada “pelas calçadas, pelas pistas (o “leito carroçável”) e por equipamentos como os terminais de integração de transporte público. A circulação é regulamentada deve ser orientada por uma sinalização de trânsito” (VASCONCELLOS, 2005, p. 13).

Com relação à sinalização vertical, o DNIT orienta que sua função é estabelecer a comunicação visual. É constituída por placas, painéis ou dispositivos auxiliares, colocados verticalmente à margem da via ou suspensos sobre ela com a finalidade de regulamentar o uso da via, advertir para situações perigosas ou problemáticas, fornece indicações, orientações e informações aos usuários, além de ser um importante instrumento de educativas no contexto viário.

Todavia, para alcançar aos desígnios para que foi criada, a sinalização vertical deve considerar fatores como: posicionamento dentro do campo visual do usuário; legibilidade das mensagens e símbolos; mensagens simples e claras; e, padronização (DNIT, 2010, p.217).

Vale destacar que, embora seja eficaz no que diz respeito à transmissão de informações e advertências aos condutores, sem que precisem desviar a atenção da via, as condições climáticas e o desgaste provocado pelo tráfego acabam comprometendo a durabilidade da sinalização horizontal.

Nesse sentido, a manutenção da sinalização, seja vertical ou horizontal, deve ser realizada sempre que necessário, repondo-se dispositivos danificados e substituindo-se aqueles que se tornaram impróprios, de modo que possa manter a credibilidade da sinalização junto aos usuários e a segurança desses (DNIT, 2010).

As pesquisas apontam o Brasil como um dos países que tem se colocado entre os campeões mundiais de problemas de trânsito como reflexo do aumento de veículos em circulação, da desorganização do trânsito, da deficiência da fiscalização, das condições dos veículos e das vias, do comportamento dos usuários, da impunidade dos infratores e da formação precária dos condutores e pedestres (MASCARENHAS *et al.*, 2014).

Para o enfretamento da problemática do sistema viário, os órgãos fiscalizadores, por meio do poder de polícia que lhes é conferido, vêm desenvolvendo estratégias que visam limitar o exercício dos direitos individuais em prol do interesse público.

O poder de polícia deve ser exercido sobre todas as atividades que põem em xeque os interesses da coletividade, sendo sua competência atribuída à pessoa política habilitada constitucionalmente para disciplinar à matéria, bem como fiscalizar seu modo de execução.

O Código de Trânsito Brasileiro (CTB), em seu art. 256, dispõe acerca das penalidades que devem ser aplicadas pelas autoridades de trânsito (BRASIL, 1997).

Observa-se que, dentre as penalidades previstas no dispositivo legal acima se encontra a multa, uma das sanções mais temi-

das, por pesar no bolso dos infratores. Com isso, o legislador visou penalizar e ao mesmo tempo educar àqueles que infringem a norma de trânsito, mitigar os comportamentos imprudentes e o desrespeito às normas de trânsito que elevam as estatísticas diárias de acidentes no sistema viário.

O aumento no valor das multas para condutores infratores constitui uma estratégia de peso contra a imprudência, ainda persistem os elevados números de acidentes e infrações. Daí a importância da sensibilização da sociedade através das ações cidadãs e sócio educativos e, nesse aspecto, a Educação para o Trânsito também poderá contribuir bastante.

### **3.1 Educação para o Trânsito**

No Brasil, a questão da educação para o transito começou a ser vislumbrada à medida que a temática do trânsito passou a ocupar o prisma de problema social, isto na década de 1950, criando um paradigma de que as ações de segurança viária teriam que objetivar a redução do número e da gravidade nos acidentes, lembrando que até os anos 60, como aponta Faria (2007), os acidentes no trânsito eram considerados sob o enfoque jurídico que apontava para a responsabilidade.

A situação exposta ganhou novos rumos quando foi instituído o Código Nacional de Trânsito, por meio da Lei nº 5.108 de 21 de setembro de 1966 e nele já se fazia alusão ao tema educação para o trânsito.

Com o advento da Lei Federal N. 9.503/1997 foi criado o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), o qual possibilitou um ganho significativo para a educação no trânsito, no sentido de buscar caminhos que possam levar à implementação de projetos e estratégias educativas, especialmente, aquelas voltadas para a rede nacional de ensino.

No entender de Rodrigues (2011), a educação para o trânsito tem como finalidade principal desenvolver atitudes corretas para a prática do trânsito, levando o sujeito a prepara-se para atuar como cidadão para o pleno exercício da cidadania, a fim de valorizar e promover à vida no sistema viário.

Mas, para tanto, é imprescindível desenvolver um trabalho de sensibilização que não apenas torne o indivíduo um pedestre ou condutor responsável e ciente de seus direitos e obrigações, mas um cidadão que reflita sempre sua conduta no trânsito. Nesse sentido, as campanhas educativas são estratégias essenciais na luta contra a violência do trânsito e efetividade da cidadania (MARTINS, 2013).

Os procedimentos para execução das campanhas educativas de trânsito são estabelecidos pela resolução nº 314/2009, as quais devem ser promovidas pelos órgãos e institutos que compõe o Sistema Nacional de Trânsito. As campanhas de trânsito são realizadas em todo o país, sendo que nos municípios são desenvolvidas de acordo com as particularidades de cada localidade e aquelas de caráter nacional devem ser seguidas conforme estabelecido nos manuais.

Na educação para o trânsito as campanhas visam promover o esclarecimento à sociedade e seu principal público alvo são as crianças, assim, para alcançar o proposto, precisam de abordagens distintas daquelas encontradas na educação formal (FILIPOUSKI, 2002). Como foi possível observar no decorrer deste capítulo, para solucionar alguns problemas de trânsito numa cidade, algumas medidas são necessárias tais como: o investimento em infraestrutura, a implementação de políticas públicas que visem à melhoria dos sistemas de fiscalização e repressão de motoristas infratores; criação e implantação de programas efetivos de educação para o trânsito; mudança de comportamento e de cultura da população, entre outras.

## 4 A MOBILIDADE SEGURA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

### 4.1 A Fragilidade do Sistema Viário no Município de Aracaju/SE

Historiadores afirmam que Aracaju foi idealizada com “planejamento urbano” desde seu início, pois as primeiras ruas estão organizadas na forma de um tabuleiro de xadrez, o “quadrado de Pirro”, como ficou conhecido o plano urbanístico da cidade (PORTO, 1981).

Com o passar do tempo a cidade foi evoluindo e ganhando nova aparência, atraindo visitantes de várias localidades. Contudo,

para os moradores, ela evidenciava a perda na qualidade de vida em virtude da fragmentação do espaço, do desemprego, da violência, da poluição e dos baixos níveis de vida de grande parcela da população.

Importante destacar que a formação do espaço metropolitano de Aracaju é resultado de políticas públicas que nem sempre foram efetivadas, mas foram capazes de atrair um contingente populacional expulso do campo e que almejava melhores condições de vida no centro urbano (FRANÇA, 1999).

Atualmente, a cidade de Aracaju encontra-se integrada aos municípios em seu entorno (Barra dos Coqueiros, São Cristóvão e Nossa Senhora do Socorro), num espaço urbano denominado de Grande Aracaju, onde se observa uma concentração de aproximadamente 40% da população sergipana, em apenas 4% do território do Estado.

Contudo, a falta de estrutura adequada nos três municípios vizinhos à capital provocou uma pressão sobre os serviços e uma grande ocupação do espaço, o que resultou em prejuízos à qualidade de vida de sua população (ARACAJU, 2008). O planejamento do espaço urbano é de grande relevância para que as cidades possam alcançar e conservar níveis de organização que visem a qualidade de vida da população, bem como, possibilita o desenvolvimento de práticas governamentais urbanas democráticas (FREITAS, 2010).

Nessa perspectiva, o Plano Diretor foi pensado para atender às aspirações da sociedade. O referido documento urbanístico é exigido pelo Estatuto da Cidade e tem como finalidade adjudicar aos municípios a responsabilidade de atribuir a respectiva função social ao espaço urbano.

A Lei nº 12.587/2012 versa sobre a Política Nacional de Mobilidade Urbana. Note-se que a referida lei atribui aos Municípios um papel relevante e, dentre as competências previstas, está a elaboração do plano municipal de mobilidade, o qual será um instrumento que contempla o diagnóstico do panorama atual, plano para a gestão das demandas, qualificação da mobilidade e diretrizes para a implantação, gerenciamento e monitoramento (BRASIL, 2012).

Por sua vez, a Lei 9.503/1997 institui o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), trazendo de forma expressa, normas gerais de circulação, somando-se ainda os decretos, cuja finalidade é regulamentar, detalhar e disciplinar a aplicação das leis e as resoluções do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), que instituem de forma detalhadas as normas nas leis.

A Constituição Federal vigente também faz alusão à gestão do trânsito e ao Plano de Mobilidade, estabelecendo as competências para a União Federal no art. 21, inc. XII, alíneas “d” e “e”, *in verbis*:

Por outro lado, apesar da regulamentação de leis, ainda se observa que a mobilidade urbana tem sido um dos graves problemas enfrentados pela população aracajuana, pois, nas últimas décadas, devido ao aumento do poder aquisitivo, o transporte individual passou a ser priorizado em detrimento do transporte público, triplicando-se, desse modo, o número de veículos. Diante dessa realidade, começou-se uma disputa acirrada pelo espaço, transformando o sistema viário em um verdadeiro caos, uma vez que as ruas não foram preparadas para atender à demanda.

De acordo com dados do DETRAN/SE (2017), até o dado momento, Aracaju possuía circulando 62.724 motocicletas, 5.371 ciclomotores, 9.656 motonetas, 17.5778 automóveis, 1047 micro-ônibus e 2.635 ônibus, o que vem transformando o contexto viário num campo de batalha, na disputa pelo espaço.

Aliado à fragmentação do espaço da malha viária de Aracaju, um aspecto que chama ainda atenção, quando se trata do trânsito, é a questão da cidadania, já que as violações individuais de motoristas e pedestres quanto aos direitos das demais pessoas acabam por aumentar os índices estatísticos de acidentes e mortes nas vias. Excepcionalmente, é no trânsito que muitas pessoas aliviam suas frustrações e problemas pessoais. É possível observar atos praticados por condutores, tais como: desrespeito, provocações, demonstrações de superioridade, agressividade e desrespeito à legislação, entre outros.

Na concepção de Lopes (2019), a mobilidade urbana eficiente é uma necessidade do ser humano, por essa razão ela foi

elevada ao status de direito fundamental. Esse entendimento é ainda afirmado pela Emenda Constitucional n.º 82 de 16 de julho de 2014, que tratou o assunto de forma mais detalhada, fazendo alusão à mobilidade urbana eficiente como um direito fundamental ao inserir o parágrafo 10 ao art. 144 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2014).

## 4.2 A Mobilidade Urbana como Direito Fundamental

A Constituição Federal de 1988 deu um enorme salto ao incluir entre os direitos e garantias fundamentais dispositivos de natureza processual jamais imaginados na história constitucional. Dados históricos revelam que o caminho percorrido para a efetivação dos direitos fundamentais foi tão longo quanto à própria trajetória da humanidade e diversos são os elementos que contribuíram para a estrutura básica do que hoje é denominado de sistema de tutela dos direitos fundamentais.

Entretanto, Bobbio (1998, p.70) afirma que sempre se falou e continua-se a falar sobre os direitos do homem, mais do que se conseguiu fazer para que eles fossem reconhecidos e protegidos de forma efetiva e, desse modo, transformar anseios e exigências em direitos propriamente ditos.

Atualmente, é possível notar que há um conjunto de significados e conceitos acerca dos direitos fundamentais (SARLET, 2016). Assim, os direitos fundamentais sociais são requisições indispensáveis ao exercício efetivo das liberdades e garantia de igualdade de oportunidades, inerentes à noção de uma democracia e um verdadeiro Estado de Direito.

É no Estado Democrático de Direito que as leis são previamente estabelecidas, determinando o poder do Estado, com o intuito de controlar os abusos que possam vir a ser praticados. Portanto, o Estado Democrático de Direito nada mais é do que um Estado de justiça social. O Estado Democrático de Direito é legitimado pelo povo, articulando-se com o poder constitucional e organizando-se a partir da observância de princípios democráticos. (CANOTILHO, 2012). Logo, a democracia, a cidadania e os direitos

estão sempre em processo de construção. Isso significa que não se pode determinar para certas sociedades uma lista de direitos.

É importante destacar que vários e diversificados são os elementos que oferecem sua contribuição para a estrutura básica do que, hoje, poder-se-ia denominar de sistema de tutela dos direitos fundamentais. Verifica-se que o poder constituinte tratou dos direitos fundamentais de forma especial. Com isso visou tornar as relações jurídicas que se processam no seio social mais estáveis, dentre estas, o direito à mobilidade urbana eficiente, por se tratar de uma necessidade do ser humano, como bem declara Balbo (2010, p.15): “A questão é de cidadania, muito mais grave e delicada que uma questão meramente econômica ou subordinada a interesses privados, é de interesse público”.

Por essa razão, a Emenda Constitucional n.º 82/2014 incluiu o direito à mobilidade urbana eficiente no rol dos direitos sociais, dispondo no art.10º da CF vigente que: “a segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas: compreende a educação, engenharia e fiscalização”.

Para a solução dos problemas de trânsito na cidade de Aracaju, são necessárias a implementação de políticas públicas que visem à melhoria dos sistemas de fiscalização e infraestrutura nas vias urbanas; criação e implantação de programas efetivos de educação para o trânsito; entre outras.

Uma das estratégias que deve ser implementada para garantir o direito à mobilidade urbana como componente possibilitador dos direitos fundamentais é a inclusão do transporte público como direito social, o que estimularia o poder público a procurar subsídios para o financiamento deste setor.

Meneses (*apud* FREITAS, 2018) também corrobora acrescentando como estratégias para alcançar uma melhor fluidez no contexto viário: melhorar a qualidade do transporte público e ampliar as ciclovias, o que somente será possível com o cumprimento das diretrizes de mobilidade urbana.

O serviço de transporte público é essencial, portanto, cabe ao Estado prestá-lo, seja de forma direta ou indireta, através de terceiros, desde que garanta sua universalização. Uma das caracte-

rísticas inafastável da prestação do serviço público é a observação dos princípios que o regem, tais como: princípio da generalidade, princípio da continuidade; princípio da eficiência; princípio da modicidade e o princípio da obrigatoriedade.

A generalidade é um princípio diretamente ligado à ideia de universalidade, ou seja, o serviço público deve ser oferecido a todos indistintamente (CUNHA, 2011).

Com relação ao princípio da continuidade na prestação dos serviços públicos, como o próprio nome já sugere exige que o serviço público seja prestado de forma contínua, ou seja, sem que haja interrupção ou suspensão, sendo esse uns dos argumentos mais utilizados para garantir o direito de acesso.

A eficiência, conforme Meirelles (2012), é um dos princípios com maior destaque na atividade administrativa, pode exigir que os agentes desenvolvam as atividades com perfeição, prontidão e rendimento funcional. Conclui-se que eficiência é cumprir as atividades da forma estabelecida em lei, com habilidade, presteza e de maneira satisfatória, visando o interesse social.

Através do princípio da eficiência a Administração Pública busca melhorares patamares de eficácia dos serviços públicos que conduzam a ganhos na qualidade de vida dos administrados. A ideia de modicidade está ligada à de moderação, isto é, limitação quanto à cobrança dos serviços prestados, cabendo ao prestador fixar valores que possam tornar viável o acesso ao serviço e que tais valores sejam compatíveis com a natureza social. Acerca do aludido princípio, Cunha (2011) expõe que é aplicado aos serviços públicos que sejam remunerados através de tarifas ou taxas, impondo-lhes preços módicos.

Outro princípio de suma importância é o da obrigatoriedade, que segundo Pinto; Torchia; Martín (2008, p. 16): “A obrigatoriedade de prestação do serviço que pesa sobre o prestador impede-o de efetuar discriminações de qualquer tipo a quem preencha as condições regulamentadas de receber tal serviço público”.

Retomando-se à questão da mobilidade no município de Aracaju, salienta-se que alguns projetos viários, visando melhoria da mobilidade urbana, vem sendo realizados por meio da parceria

firmada entre a Prefeitura Municipal com os Governos Estadual e Federal, dentre os quais é possível citar: Viaduto Jornalista Carvalho Déda, Viaduto do Distrito Industrial de Aracaju, o Viaduto Manoel Celestino Chagas, entre outros projetos, conforme ilustrado na Figura abaixo.

Vale ressaltar que as obras de infraestrutura viárias acima ilustradas são estratégias implementadas visando à melhoria da mobilidade, à valorização do espaço urbano e o atendimento das necessidades da população e agentes urbanos. Esse entendimento é compartilhado por Carvalho Filho (2013, p.61) quando afirma que a Administração pública tem a responsabilidade de prestar, de acordo com os imperativos da população, serviços para que satisfazam as obrigações essenciais ou secundárias da coletividade ou de interesse público.

Outro aspecto que merece destaque e que visou a melhoria da mobilidade urbana no município foi a criação do sistema cicloviário de Aracaju, o qual passou a ser reconhecido como uma estratégia de referência nacional, sendo considerado o melhor Projeto Cicloviário do país, recebendo premiação no Estado de São Paulo (PREFEITURA MUNICIPAL, 2019).

A partir da ampliação malha cicloviária em Aracaju, considerada a maior do Nordeste e a terceira do Brasil, a bicicleta passou a ser um meio de transporte bastante difundido, sendo utilizado por, aproximadamente, 40 mil ciclistas (PREFEITURA MUNICIPAL, 2019).

Os aspectos descritos apontam que algumas iniciativas foram implementadas para a melhoraria da mobilidade urbana no Município de Aracaju.

Diante dessa realidade, infere-se que algumas diretrizes estabelecidas no Plano de Mobilidade do município de Aracaju foram concretizadas e outras não. Considerando-se que a mobilidade urbana eficiente foi elevada ao status de direito fundamental, ao garantir esse direito por meio de um melhor acesso a serviços básicos e equipamentos sociais, pode-se reduzir as desigualdades. Acrescentando-se ainda a necessidade de inclusão social dos idosos no direito ao deslocamento seguro na cidade, bem como, de redução de custos ambientais.

O Código de Trânsito Brasileiro fomenta a atividade de conscientização no trânsito expandindo este contexto para as salas de aula, onde o processo de ensino e aprendizagem ocorra a partir uma interação entre professores e alunos que vise educar para o trânsito.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mobilidade urbana é hoje uma necessidade humana e, dada a sua relevância para a garantia do direito de ir e vir, foi elevada à categoria de direito fundamental, passando a exigir a participação de toda população, autoridades governamentais e jurídicas para a sua efetivação. A discussão sobre a mobilidade urbana eficiente como um direito fundamental somente ganhou destaque partir da Emenda Constitucional nº 82/2014, passando a suscitar o interesse dos operadores do Direito, uma vez que os direitos fundamentais sociais são requisições indispensáveis ao exercício da cidadania, garantindo liberdades e igualdade de oportunidades, inerentes à noção de uma democracia e um verdadeiro Estado de Direito.

A mobilidade urbana é um tema de grande relevância, por isso possui legislação específica, a Lei nº 12.587/2012, a qual estabelece as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, refletindo uma multiplicidade de situações, mas foi a Constituição de 1988, ao ser emendada, que tratou o assunto de forma mais detalhada, fazendo alusão à mobilidade urbana eficiente como um direito fundamental, inserindo ao art. 144 o parágrafo 10.

Assim, independentemente de ser um fator de desenvolvimento, a mobilidade urbana segura é uma necessidade do ser humano e uma garantia constitucional. Mas, para que esse direito seja efetivado, faz-se necessária a implementação de políticas públicas que visem a melhoria constante do sistema viário, envolvendo estratégias como: educação para o trânsito, planejamento e conservação da infraestrutura das vias, estabelecimento de normas para o uso do espaço e maior rigor na fiscalização para o cumprimento das leis. Salientando-se que é dever do Estado disponibilizar as condições necessárias, visando assegurar os direitos sociais, nesse caso, o direito à mobilidade urbana segura.

Verificou-se que, mesmo diante de determinações legais sobre o assunto em pauta, diversas são as situações observadas no Município de Aracaju que vêm negligenciando um direito já consagrado e enfatizado constitucionalmente. A argumentação para essa constatação ganhou força ao se questionar se as diretrizes estabelecidas no Plano Diretor do Município de Aracaju vêm sendo cumpridas?

A partir dos aspectos descritos constatou-se que, no que diz respeito à mobilidade urbana, a lei que disciplina a matéria atribui aos Municípios um papel relevante e nesse insere-se a elaboração do Plano Diretor para atender às necessidades da sociedade e atribuir função social ao espaço urbano. Todavia, os resultados da pesquisa apontaram que algumas diretrizes estabelecidas no Plano de Mobilidade do município foram concretizadas e outras, consideradas de grande relevância, não foram ainda contempladas, como por exemplo: reestruturação do sistema de transporte coletivo público por ônibus, criação de novos terminais, ampliação das ciclovias, entre outras.

Portanto, como guisa de conclusão, enfatiza-se que não é suficiente o Município possuir um Plano Diretor, é imprescindível colocá-lo em prática, para que a cidade atenda às necessidades básicas da população, sendo o direito à mobilidade urbana segura, uma delas. Para tanto, algumas medidas são necessárias, devendo envolver mais que investimento em infraestrutura, sendo indispensável a criação e implantação de programas efetivos de educação para o trânsito; mudança de comportamento e de cultura da população, implementação de políticas públicas que visem à melhoria dos sistemas de fiscalização; repressão de motoristas infratores; entre outras.

## REFERÊNCIAS

**ARACAJU. Lei Complementar nº 42 de 04 de outubro de 2000.** Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/se/a/aracaju/lei-complementar/2000/4/42/lei-complementar-n-42-2000-institui-o-plano-diretor-de-desenvolvimento-urbano-de-aracaju-cria-o-sistema-de-planejamento-e-gestao-urbana-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 03 jan. 2019.

- BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 1998.
- BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro. **Lei Nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Brasília: Senado Federal, 1997.
- BRASIL. **Constituição (1988) da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.
- BRASIL. **Lei 10.257, 10 de julho de 2001**. Estatuto da cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos. 3 ed. Brasília, DF. Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2005.
- CUNHA, Renato Alves Bernardo da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro**. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.
- DNIT- Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. **InSTRUÇÃO DE SERVIÇO / dg nº. 10 de 02 de setembro de 2013**.
- DNIT- Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. **Manual de Sinalização Rodoviária**. 3 ed. Rio de Janeiro: DNIT / ENGESUR 2010. Disponível em [http://ipr.dnit.gov.br/normas-e-manuais/manuais/documentos/743\\_manualsinalizacaoro](http://ipr.dnit.gov.br/normas-e-manuais/manuais/documentos/743_manualsinalizacaoro) do viaria.pdf. Acesso em out./2019.
- DNIT- Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. **Manual de pavimentação**. Publicação IPR – 719, DNER, Rio de Janeiro, 2007.
- FARIA, Eloir de Oliveira; BRAGA, Marilita Gnecco de Camargo. Propostas para minimizar os riscos de acidentes de trânsito envolvendo crianças e adolescentes. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, 2007.
- FRANÇA, Vera Lúcia Alves. **Aracaju: estado & metropolização**. São Cristóvão: Editora UFS, 1999.
- FREIRE, Paulo. **Educação como prática de liberdade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010.
- FREITAS, Adriana. **As diretrizes de mobilidade urbana de Aracaju estão sendo cumpridas?** Disponível em: <https://setransp-aju.com.br/2018/05/10/as-diretrizes-de-mobilidade-urbana-de-aracaju-estao-sendo-cumpridas/> Acesso em: 10 out. 2019.
- FREITAS, Matteus de Paula. **Acidentes de trânsito no Brasil e em Uberlândia (MG)**: análise do comportamento e a forma de utilização deste indicador para a gestão da mobilidade urbana (2010). Disponível em: <http://www.observatorium.ig.ufu.br/pdfs/2edicao/n5/Accidentes%20de%20transito%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

MARIN, L.; QUEIROZ, M. S. A atualidade dos acidentes de trânsito na era da velocidade: Uma visão geral. **Cadernos de Saúde Pública**, 16:7-21, 2013.

MARTINS, Joel. **O custo social dos acidentes com motos, uma avaliação para o município de Paranavaí**. Maringá: Universidade Estadual de Maringá, 2013.

MASCARENHAS, Claudio Henrique Meira et. Al. Lesões musculoesqueléticas em motociclistas vítimas de acidentes de trânsito. **Revista Eletrônica da Fainor**, Vitória da Conquista, v.3, n.1, p.78-94, jan./dez. 2014.

MEIRELLES, Hely. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo, Malheiros, 2012.

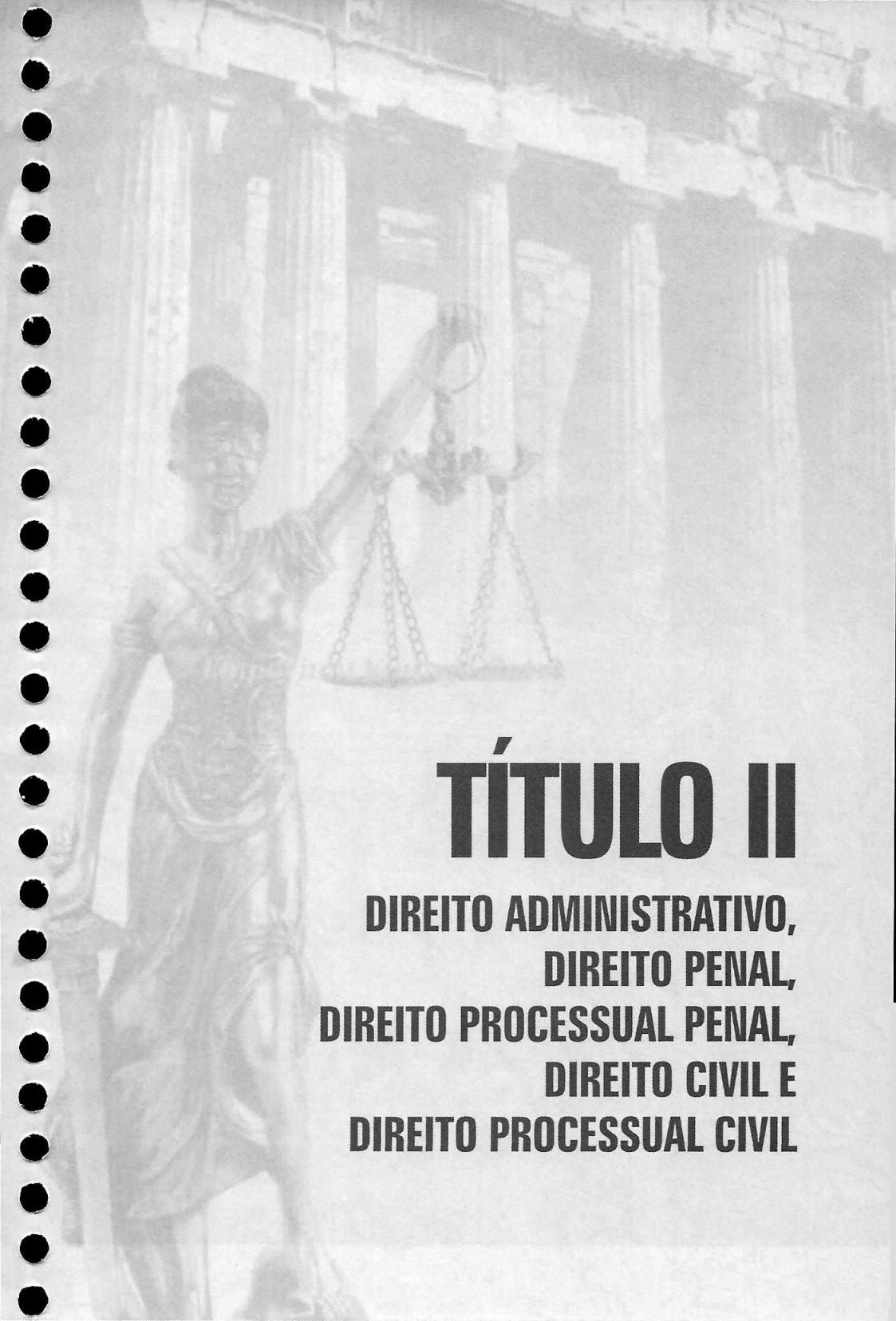
MOBILIDADE URBANA MUNICIPAL: A GESTÃO DO TRÂNSITO E O PLANO DE MOBILIDADE – Coletânea Gestão Pública Municipal: Gestão 2017-2020 – Brasília: CNM, 2016.

PORTO, Fernando. **A cidade do Aracaju (1855-1865)** – ensaio da evolução urbana.Vol. II, Aracaju: Coleção Estudos Sergipanos, 1981.

RODRIGUES, José Nivaldino. **Acidente de Trânsito:** manifestação contemporânea da violência social. Disponível em [http://www.estradas.com.br/sosestradas/articulistas/nivaldino/acidente\\_de\\_transito\\_manifestacao.asp](http://www.estradas.com.br/sosestradas/articulistas/nivaldino/acidente_de_transito_manifestacao.asp) Acesso em: 22 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

VASCONCELLOS, Eduardo. A. **A cidade, o transporte e o trânsito**. São Paulo: Prolivros, 2005.



# **TÍTULO II**

**DIREITO ADMINISTRATIVO,  
DIREITO PENAL,  
DIREITO PROCESSUAL PENAL,  
DIREITO CIVIL E  
DIREITO PROCESSUAL CIVIL**



# CAPÍTULO I

## ABUSO DE PODER POLÍTICO: UMA ANÁLISE DA CARACTERIZAÇÃO NECESSÁRIA PARA A CASSAÇÃO DE MANDATOS

*Paula Rodrigues da Silva<sup>1</sup>*

*Edson Oliveira da Silva<sup>2</sup>*

### RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo geral, analisar a caracterização do abuso de poder político à luz do que dispõe o Direito Eleitoral Brasileiro e legislação correlata. Nesse sentido, visa-se compreender como se tem realizada a caracterização do abuso de poder político para a cassação dos mandatos? Desse modo, foram analisados os conceitos, características e configurações do abuso de poder político. Portanto, prioritariamente, foram utilizadas as diretrizes oferecidas pela doutrina, legislações e jurisprudências das Cortes Eleitorais. Diante disso, a pesquisa buscou comprovar quais os requisitos para configuração do abuso de poder político como objeto eleitoral, particularmente no quesito que versa sobre as condutas vedadas aos agentes públicos que, quando praticadas durante o pleito eleitoral, são consideradas abuso do poder político. Por fim, apresentam-se os mecanismos para a caracterização do mencionado abuso que pode ter entre as sanções impostas a cassação do mandato.

**Palavras-chave:** Abuso de poder. Abuso de poder político. Cassação dos mandatos.

### 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar o abuso de poder político, apresentando conceitos, ocorrências, característi-

<sup>1</sup> Bacharela em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: paulatamar@hotmail.com.

<sup>2</sup> Professor do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: edsonpmse@hotmail.com.

cas e os mecanismos para sua vedação. Dessa forma, o trabalho analisou doutrinas e normas que tratam do abuso de poder político e o entendimento do Poder Judiciário acerca do tema proposto.

Preliminarmente, analisam-se as concepções de abuso de poder, abuso de poder político, abuso de autoridade e abuso de poder econômico fundamentando no posicionamento doutrinário. Em um segundo momento, argumenta-se a percepção de agente público associando o Direito Administrativo com a Legislação Eleitoral Brasileira. Do mesmo modo, foram realizadas distinções entre o uso indevido e o abuso de poder político, principalmente com base em conceitos e exemplos de ambos os temas.

Em um terceiro momento, dedica-se a uma breve análise sobre a perda ou cassação de mandatos, no qual se apresentou conceitos, características e forma de configuração como consequência do abuso de poder político. Diante desses fatos, verificou-se necessário analisar e compreender sobre o seguinte questionamento: como se tem realizada a caracterização do abuso de poder político para a cassação de mandatos?

Dessa forma, para auxiliar na assimilação e na solução do problema acima delineado, foram estabelecidos critérios, tais como: Quais os tipos de abusos de poder existentes e suas diferenças? Quais as características do abuso de poder político? Como se configura e em que momento ocorre o abuso de poder político? E qual o entendimento da doutrina e da jurisprudência acerca do abuso de poder político?

Para tal fim, são aplicados os artigos: 30-A que dispõe sobre a captação ou gastos ilícitos de recursos no período eleitoral, 41-A, discorre sobre a captação ilícita de sufrágio abordando as práticas proibidas de doar, oferecer, prometer ou entregar ao eleitor com intuito de obtenção de voto ou vantagem pessoal de qualquer natureza, ambos os artigos da Lei nº 9.504/1997. É importante ressaltar, que os artigos 30-A e 41-A destacam as práticas consideradas gravíssimas às eleições e que acarretam a cassação de mandato.

Ademais, foram analisadas outras práticas abusivas denominadas condutas vedadas aos agentes públicos, expressas nos artigos 73, 74, 75 e 77 da Lei nº 9.504/1997. Sendo assim, verificam-se que tais condutas são proibidas aos agentes públicos, servidores ou não e se praticadas podem afetar a uniformidade entre os candidatos e a integridade do pleito eleitoral, configurando abuso

de poder político e, consequentemente, a perda do mandato como sanção.

Em seguida, também foi analisado o art. 22, da Lei Complementar nº 64/1990, o qual expõe que se a ação for procedente, será decretada a inelegibilidade do agente público e os demais que com ele tenham colaborado para a execução da ação, por oito anos consecutivos as eleições em que se averiguou o ato ilícito, além disso, a cassação do mandato ou diploma do favorecido.

O arranjo metodológico utilizado recorreu a um estudo, predominantemente, qualitativo amparado por uma pesquisa bibliográfica. Este tipo de pesquisa tem por objetivo investigar acerca dos conhecimentos teóricos disponíveis nas doutrinas que tratam do tema estudado.

Por fim, pretende-se esclarecer a jurisprudência das Cortes Eleitorais, apresentando fatos ocorridos e suas decisões peculiares. Então, utilizou-se o método dedutivo, assim como de análise de matérias jurisprudenciais, Legislação Eleitoral, coleta de jurisprudência e revisão bibliográfica. Assim, o presente artigo abordará os aspectos gerais que envolvem o abuso de poder, focalizando o abuso de poder político, o abuso de autoridade, o abuso de poder econômico, configuração do abuso de poder político e as características do abuso de poder político que configuraram a cassação dos mandatos.

## 2 ABUSO DE PODER

O abuso de poder é uma circunstância ilegítima, em que permite a insignificância dos atos administrativos, podendo se configurar em umas das subsequentes possibilidades: o excesso e o desvio de poder. No excesso de poder, o administrador público, ainda que capacitado, ele extrapola ou exagera nas medidas determinadas pela legislação. Já no desvio de poder ou de finalidade o administrador público, mesmo que habilitado, executa o ato com objetivos variados dos subentendidos na lei. (PIRES, 2019).

Não divergem dessa posição Alexandrino e Paulo (2019) que descrevem o abuso de poder sendo atuação da prática ilegal das garantias supervisionadas pelo ordenamento jurídico à administração pública, dividindo-se em dois grupos significativos: O

excesso e o desvio de poder. Para os referidos autores, o excesso de poder configura-se quando os agentes públicos excedem suas atribuições e são nulos em conformidade com sua respectiva competência. Ao passo que o desvio de poder se refere ao objeto finalidade, por esse motivo o desvio de poder é designado desvio de finalidade e seus atos consumados serão sempre nulos.

Comparando-se os pontos de vista de Pires (2019) com o entendimento de Alexandrino e Paulo (2019) pode-se afirmar que os referidos autores acompanham a mesma linha de raciocínio e seguem a doutrina majoritária. A melhor explicação dos referidos autores consiste que nem toda ilegitimidade caracteriza-se abuso de poder, mas qualquer ação mediante abuso de poder é ilícita.

Portanto, descreve-se que o abuso de poder é a execução ilícita ou exorbitante do poder, sendo permitível que a prática seja revelada desde o início como ilegal, do mesmo modo que em um diagnóstico preliminar categórico e harmônico com o direito torna sua finalidade afastada. Nesse contexto, salienta-se a teoria defendida por Marinela (2020) por meio da qual o abuso de poder é definido como uso inadequado das prerrogativas atribuídas a autoridades ou agentes públicos que se distanciam dos propósitos exigidos pela lei. A autora mantém as mesmas ideias dos referidos escritores abordados e sustenta a existência de duas formas de abuso de poder, o excesso e o desvio de poder ou de finalidade.

Almeida (2019) conclui que quando os poderes forem aplicados com exorbitância ou com intuito distinto da legislação, configura-se abuso de poder. Desse modo, entende-se que o abuso de poder é gênero, tendo duas espécies: O excesso e o desvio de poder. O mencionado autor exemplifica que no excesso de poder quando um policial aborda uma pessoa com agressividade solicitando sua identificação, embora possua capacidade para requisitar o documento de identificação do suspeito, ultrapassou suas prerrogativas.

Em contrapartida, no desvio de poder verificou-se que o intuito da transferência do servidor público é ajustar as circunstâncias operacionais as atuais urgências das funções. Então, quando a remoção for usada de modo que venha a prejudicar o servidor, caracteriza-se desvio de poder ou finalidade.

Mazza (2020) afirma que o exercício desproporcional do poder ou abuso de poder é o modo que transforma o ato administrativo em inexistente, em todo o tempo que o agente executa injustamente determinada atribuição administrativa. Segundo o autor, a maior parte dos escritores pensam no mesmo sentido da doutrina majoritária, na qual presume que o agente público seja sempre competente.

Sob outra perspectiva, diverge desse posicionamento Carvalho Filho (2018), amparado numa percepção minoritária, reconhece que o abuso de poder seja executado por autoridade incompetente, principalmente na espécie excesso de poder. Conforme o autor, o excesso de poder é uma espécie de abuso exclusivo do comportamento do agente, distante da linha de sua capacidade administrativa. Logo, o excesso de poder torna-se prática de competência, à medida que o desvio de poder ou finalidade influenciaria no propósito do ato.

Destarte, ainda que o assunto seja muito controverso, acredita-se ser satisfatória a primeira explicação seguindo em harmonia com a corrente majoritária, em que o abuso de poder em ambas as espécies: excesso e desvio presumem que o agente seja sempre competente. Dessa forma, refere-se à interpretação mais defendida pela maioria dos referidos autores.

## 2.1 Abuso de Poder Político

Desde o nascimento do Estado, os governantes usufruíram do poder estatal em benefício particular, considerando insignificante a satisfação do seu povo. Entretanto, os princípios liberais afastaram o centro do domínio estatal do soberano e desencadeou no povo o desejo de votarem em seus pretendentes políticos. (ZÍLIO, 2016). Dessa forma, foram estabelecidas condições de superioridade conforme o arbítrio popular.

O poder político está relacionado com o poder do Estado. Refere-se ao poder soberano numa sociedade sistematizada, onde são submissos a ele todos os demais. Concretiza-se na imagem estatal e aprofunda-se no núcleo da administração pública. Dada sua essência fundamentalmente subjetiva, o Estado dialoga, escuta, enxerga e exe-

cuta por intermédio de seus agentes, que obviamente desempenham funções consagradas na sociedade, podendo suas ações influenciar no sentido de favorecer direta ou indiretamente. (GOMES, 2018).

Outro ponto que merece destaque é quando Gomes (2018) declara que o abuso de poder político pode ser apresentado similarmente por diversas formas, tendo como exemplos o uso inadequado do patrimônio público, prestação de serviços ou projetos sociais, modificação no rol de agentes públicos quer seja por remoção, interrupção ou exoneração e assim por diante. Tais práticas excessivas estão elencadas na Lei nº 9.504/1997, especialmente nos artigos 73 a 78, que apresentam um rol de condutas proibidas aos agentes públicos.

Para Machado (2018) o abuso de poder político pode ser conceituado como a utilização das garantias no exercício, ofício ou função pública com o intuito de conseguir benefícios no pleito eleitoral, danificando a autonomia do sufrágio.

Gomes (2018) corroborando com esse entendimento conclama que o abuso de poder político é reprovável por contaminar a legalidade e regularidade das eleições e caracteriza-se quando o exercício da administração pública é manifestado de forma habitual e favorável à população, tendo como finalidade o privilégio a algum candidato.

## 2.2 Abuso de Autoridade

Para Zílio (2016) o abuso de autoridade é o exercício ilegal, tanto por ultrapassar as fronteiras da legalidade quanto por incapacidade proveniente de agente público para adquirir benefício para si ou para outras pessoas nas eleições.

Castro (2018) destaca que o abuso de autoridade é a prática ilícita, não sendo específica somente aos chefes do poder executivo. O autor fundamenta-se no art. 73, *caput* da Lei nº 9504/1997 que veda alguns atos aos agentes públicos, sejam eles servidores ou não. Entretanto, todas as pessoas que exercem funções públicas se tornarão objetos da lei. Dessa forma, o legislador refere-se aos executores públicos, servidores ou não e apresenta seu melhor exemplo quando manifesta que do Prefeito ao gari, atingindo os

funcionários por tempo estabelecido, abrangendo os cargos de comissão e os que executam funções públicas não recompensadas.

Destarte, o abuso de autoridade está regulamentado pela Lei nº 13.869/2019, que define em seu artigo 1º que “os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído”.

Entretanto, nem sempre o abuso de autoridade é praticado somente no desempenho da função. Um exemplo típico e frequente é quando o agente age sob justificativa de executar sua função pública em benefício exclusivo, particular. Portanto, os crimes da Lei de Abuso de Autoridade também podem ser consumados pelo executor em gozo das férias ou licença. No entanto, não pode expressar o mesmo do aposentado, visto que ele não mantém mais vinculação com o Estado.

Desse modo, os crimes da nova Lei de abuso de autoridade são exclusivos, uma vez que só podem ser executados por agente público, que pode ser servidor público ou não. Além disso, particulares podem ser acusados e julgados por crime de abuso de autoridade, quando cometido o ato em concurso com agente público, desde que identificada a situação pessoal do coautor. Sendo assim, o artigo 2º em seus respectivos incisos apresenta um rol meramente exemplificativo de quem pode ser responsabilizado por abuso de autoridade.

Enfim, o parágrafo único define agente público para fins de ocorrência da Lei de abuso de autoridade. Observa-se que, em conjuntura com o *caput*, o art. 2º faz com que a lei atinja qualquer pessoa que exerça atividade de natureza pública, pouco importando se há remuneração ou não, como por exemplo, no caso de jurados e mesários.

## 2.3 Abuso de Poder Econômico

Para Castro (2018) o abuso de poder econômico é a conversão do voto por meio de mercado. É a aquisição direta ou indireta da liberdade de preferência do eleitorado. Machado (2018) afirma que ocorre abuso de poder econômico quando há utilização ilegal do patrimônio no transcorrer do decurso eleitoral, danificando princípios como o da autonomia do voto, uniformidade entre os candidatos e transparência.

Gomes (2018) acompanha o raciocínio de Machado (2018) e destaca que a denominação “econômico” está relacionada à definição de patrimônio, de maneira que o ilícito é considerado como a aplicação inadequada de bens ou quantia pelo agente, por meio atípico e excessivo, causando fragmentação da estabilidade eleitoral. Para o autor, consuma-se tal espécie de abuso de formas distintas, especificamente gastos de fundos de campanha além das medidas legais permitidas, oferta de benefícios aos eleitores, utilização de recursos monetários ilegitimamente recebidos, entre outros.

O posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral é no sentido de que a utilização de caixa dois caracteriza o abuso de poder econômico, com o fim de persuadir ilegitimamente a decisão do pleito eleitoral. Desse modo, o abuso de poder econômico constitui-se no exercício inadequado de fundos financeiros ou diversos meios de demonstração do poder econômico, de maneira a proporcionar a instabilidade no pleito eleitoral.

### **3. CONFIGURAÇÃO DO ABUSO DE PODER POLÍTICO Á LUZ DA LEGISLAÇÃO ELEITORAL BRASILEIRA**

#### **3.1 O Abuso de Poder Político na esfera do Direito Administrativo**

O termo agentes públicos tem significado abrangente. Consiste no complexo de pessoas que, a qualquer atributo, executam um cargo público como representantes do Estado. Esse exercício pode ocorrer remuneração ou não, fixa ou provisória, política ou jurídica. Desse modo, quando operam na esfera jurídica, esses agentes estão de qualquer modo ligados ao Poder Público. Ademais, o Estado se mantém presente por meio de pessoas físicas que em seu nome revelam deliberada vontade e é por isso que essa expressão é responsabilizada e exclusiva do Estado. (CARVALHO FILHO, 2018).

Para Di Pietro (2018) agente público é qualquer pessoa física que desempenha tarefas para o Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta. Entretanto, previamente à Constituição de 1988, permaneciam esquecidos os que concediam serviços às pessoas jurídicas de direito privado estabelecidos pelo Poder Público. Atualmente perante a Constituição de 1988, expõe-se que são qua-

tro as espécies de agentes públicos: agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares.

Por esse motivo, esse abuso ou utilização inadequada poderá ter fins eleitorais e a partir desse ato, a Justiça Eleitoral irá proceder no sentido de fiscalizar as ações excessivas, por meio de métodos característicos para preservar a legalidade do pleito eleitoral. Com a introdução do instituto da reeleição, o abuso de poder político e o seu uso excessivo adquiriram notoriedade no processamento eleitoral, não sendo obrigatório à desvinculação para as autoridades do executivo que concorram as eleições. Destarte, o manuseamento da máquina pública transformou-se em uma imensa desigualdade entre os candidatos que concorrem à reeleição e aqueles que almejam pela primeira vez disputar as eleições.

Dessa forma, é importante ressaltar que o abuso de poder ocorre com maior regularidade no âmbito administrativo. Pires (2019) define o abuso de poder como uma circunstância ilegítima, em que permite a insignificância dos atos administrativos, dividindo-se em duas espécies: O excesso e o desvio de poder. No excesso de poder, o administrador público, ainda que capacitado, extrapola ou exagera nas medidas determinadas pela legislação. Já no desvio de poder ou de finalidade o administrador público, mesmo que habilitado, executa o ato com objetivos variados dos subentendidos na lei.

Nesse sentido, Mazza (2020) destaca que o abuso de poder é o uso ilegal do poder que transforma o ato administrativo em nulo quando o agente desempenha inadequadamente determinada competência. Percebe-se então que o abuso de poder, assim com o seu uso indevido consiste em ato ilegal, podendo caminhar em diversas áreas do Direito. Então, a retificação desse ato decorrerá no âmbito administrativo, cível, penal e eleitoral. Na esfera eleitoral, quando um agente público atuar com excesso ou desvio de poder com a finalidade de manipular o eleitorado estará agindo de forma ilícita, incorrerá no abuso de poder.

### **3.2 O Abuso de Poder Político à Luz do Direito Eleitoral**

No contexto eleitoral, o abuso de poder relaciona-se especialmente a dois prismas: o político e o econômico. Entretanto, o po-

der político conseguirá retratar umas das particularidades do poder econômico, revelando sua natureza monetária ou econômica.

Para Castro (2018) o abuso de poder deve ser compreendido como o uso ilegal do dinheiro nas campanhas, a utilização do instrumento público em benefício de pretendentes ao pleito ou o uso ilícito dos mecanismos de comunicação. Nesse sentido, tais particularidades de abuso ou de uso inadequado de poder em vinculação ao Direito Eleitoral servem para corromper os eleitores, afastando sua autonomia e causando prejuízos à soberania do sufrágio e à igualdade entre os candidatos.

Segundo Gomes (2018), o abuso de poder político conceitua-se como direito, condição ou posicionamento jurídico, tendo como objetivo comprometer o debate democrático. Da mesma forma, enfatiza o mencionado autor, que não existe determinação objetiva e definitiva de abuso de poder e os juristas são responsáveis por classificar as situações de casos específicos para julgar se um caso é ilícito, podendo ser realizado de diferentes maneiras, agredindo e desestruturando o pleito eleitoral.

Conforme o art. 222 do Código Eleitoral Brasileiro é também anulável a votação quando viciada de falsidade, fraude, coação, pela interferência do poder econômico ou poder de autoridade, uso de meios vedados ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedados por lei – em síntese, condutas que descumpram a estabilidade, a regularidade e a isonomia do processo eleitoral e a liberdade do eleitorado.

### **3.3 O Uso Indevido e o Abuso de Poder Político**

O uso inadequado de poder compreende-se pelo mau uso, uso da má-fé ou com desvio de finalidade de direito, condicionamento ou posicionamento jurídico, existindo ou não o desvirtuamento dos institutos jurídicos comprometidos. (GOMES, 2018).

De acordo com Gomes (2018), o uso impróprio de poder se materializa quando o agente atua ultrapassando as esferas de sua competência ou mesmo internamente quando planeja ou executa condutas que repercutirão no pleito eleitoral, desrespeitando a igualdade entre os candidatos. Portanto, não é a forma como o

agente praticou a conduta e sim a profundidade com que os eleitores foram atingidos.

Sob outra perspectiva, Zílio (2016) aborda que o abuso de poder político dispõe de particularidades específicas, não subsistindo a simples violação à lei, ele apresenta proporções superiores ao uso indevido, ofendendo a credibilidade do sufrágio eleitoral e, por esse, motivo deverá ser coibido duramente.

Para Machado (2018) o abuso do poder político é o uso das atribuições de cargo, emprego ou função pública como forma de obtenção de benefícios na competição eleitoral, danificando a autonomia do voto. Conforme a autora, o poder político lícito é prerrogativa permitida ao agente público para melhor executarem estipulada função, um exemplo, é o poder concedido ao chefe do executivo para sistematizar o instrumento público com o objetivo de efetivar o interesse coletivo. Sucederá o abuso de poder sempre que o agente público exorbitar suas garantias ou buscar atingir fins distintos dos que fundamentam suas prerrogativas. Porém, a partir do momento que o chefe do executivo aplica suas atribuições para favorecer um político ou o próprio pleito eleitoral, nitidamente estará agindo com o abuso de poder.

De acordo com Castro (2018) tanto o abuso de poder político quanto o abuso de autoridade são práticas ilícitas, mas não são exclusivas apenas aos chefes do poder executivo. O autor ressalda-se no art. 73, *caput* da Lei nº 9504/1997 que veta algumas ações aos agentes públicos, sejam eles servidores ou não. Todavia, todas as pessoas que desempenham cargos públicos serão alvos da lei. Desse modo, o legislador menciona executores públicos, servidores ou não e expõe seu melhor exemplo quando manifesta que do Prefeito ao gari, atingindo os funcionários por tempo estabelecido, abrangendo os cargos de comissão e os que executam funções públicas não recompensadas.

Examinando tais concepções, aparentemente observa-se que o uso indevido e o abuso são personagens reconhecidos na esfera eleitoral. Logo, essa interpretação não é a que deve predominar. O poder político é uma definição uniforme, isto é, ele não será distinto de acordo com a área do direito em que for investigado. Todavia, a sua execução será mais ou menos arbitrária e democrática.

Castro (2018) ainda declara que o abuso de poder político quase sempre é realizado a partir do poder econômico da administração. Os projetos e atos do governo, aplicados pelos agentes públicos para manipular os eleitores, são patrocinados por meio dos recursos públicos, daí que aquele que manobra a máquina pública a favor de candidatos e partidos políticos acaba utilizando o poder econômico da administração para dissimular o eleitor e induzi-lo ao voto.

Nessa mesma perspectiva, Machado (2018) expõe que o abuso de poder econômico ocorre quando há uso indevido do patrimônio ao longo do processo eleitoral, já o abuso do poder político é definido como o exercício das prerrogativas da função pública para conseguir vantagens na competição eleitoral, danificando a autonomia do voto.

Assim, pode-se afirmar que o abuso de poder econômico e político estão relacionados e se configuram quando o abuso de poder político é exercido alicerçado no poder econômico da administração. Dessa forma, há uma conexão entre os abusos aqui apresentados que ocorrem simultaneamente, envolvendo possuidor de função pública e o uso indevido dos recursos financeiros para corromper a legalidade e a regularidade do pleito eleitoral. Com isso, é de relevante importância analisar as características específicas que configuram o abuso de poder, principalmente as que ensejam na perda do mandato, como se analisará no capítulo seguinte.

## **4 CARACTERÍSTICAS DO ABUSO DE PODER POLÍTICO QUE CONFIGURAM A CASSAÇÃO DE MANDATOS**

### **4.1 Cassação ou Perda de Mandatos**

A cassação é instituto de Direito Público, sendo um gênero de cancelamento de ato antecedente publicado. De acordo com Gomes (2018), a cassação suspende ato precedente, anulando e destituindo-lhe a execução no mundo jurídico. A cassação pode ser administrativa ou política. A administrativa funda-se em critério de conveniência, ocasião ou na ilegitimidade do ato administrativo desfeito. A cassação política consiste na perda de direitos políticos, cargo ou função pública, a título de sanção. Com a perda ou extin-

ção da função pública-eletiva, afasta o agente público de atuar na administração estatal, restringindo sua cidadania. Na literatura jurídico-legal é comum o emprego da palavra cassação para expressar a extinção do mandato em razão de responsabilização de seu titular por ilícitos eleitorais.

Diante disso, é importante ressaltar que nesse contexto a cassação tem o mesmo sentido de perda do cargo ou mandato como sanção pelo evento ilícito e gravoso, ou seja, o agente público, ao cometer um ato ilegal com potencialidade de influenciar o eleitor, perderá o cargo adquirido democraticamente nas eleições.

Dessa forma, nota-se que, apesar de existir uma ampla legislação reguladora das eleições, as práticas ilícitas estão cada vez mais em ascensão, nas quais os agentes públicos continuam praticando condutas que ferem a lisura do pleito eleitoral. Nesse sentido, é de fundamental importância que haja uma justiça mais acelerada e políticos com menos apego ao poder. Sendo assim, é possível identificar alguns meios que concretizam a cassação de mandatos e dentre eles está o abuso de poder político, que será abordado no tópico seguinte.

Em harmonia com o entendimento de Gomes (2018), a eleição será cancelada sempre que existir vício de abuso de poder político ou de autoridade, abuso de poder econômico, aplicação de publicidade vedada, adulteração, fraude, captação ilícita de sufrágio, conduta vedada, assim como captação ou compra ilícita de fundos eleitorais. O cancelamento do mandato origina-se da suposição de que os acontecimentos dessas práticas são suficientes para prejudicar o pleito eleitoral.

## 4.2 Abuso de Poder Político e Condutas Vedadas

É de fundamental relevância especificar que não é somente os agentes públicos, servidores em geral podem executar essa prática abusiva no pleito eleitoral, de modo que o agente público se favorecerá das prerrogativas do cargo para privilegiar a sua candidatura ou de outrem durante o pleito eleitoral.

Em um estudo restrito, observa-se que a doutrina identifica os agentes políticos, assim sendo: Presidente da República, Sena-

dor, Governador, Deputado Estadual, Deputado Federal, Deputado Distrital, Prefeito, juiz, Ministro, Conselheiros, Ministros do Tribunal de Contas e os Representantes Diplomáticos.

Castro (2018) descreve que esses agentes públicos, em época eleitoral, utilizam-se da sua função de notoriedade para favorecer candidaturas. Constantemente foi ato rotineiro o uso do instrumento público em favorecimento de candidatos que têm a admiração do Administrador. Dessa forma, no momento que o Prefeito, o Governador ou o Presidente pretendem se reeleger ou eleger seu substituto, a administração inteira se dedica em manifestar-se eficiente aos eleitores, para induzir sobre a necessidade de continuidade daquele governo. Ademais, as obras públicas aumentam, realizam-se muitas inaugurações e, dessa forma, as campanhas de publicidade são impulsionadas, sempre relacionando as benfeitorias direcionadas ao povo com o administrador atual. Tais condutas de governo, em outros momentos compreendidos lícitos, são capazes de caracterizar abuso do poder político, visto que evidenciam fim eleitoreiro.

Para Machado (2018) a luta em oposição ao abuso do poder político está profundamente associada à proibição da execução de algumas condutas por possuidores de poder e candidatos no decorrer do pleito eleitoral, especialmente três meses antes das eleições.

Nesse sentido, é importante ressaltar os artigos que destacam as práticas consideradas gravíssimas às eleições e que acarretam a cassação de mandato tais como: a captação ilícita de recurso, a captação ilícita de sufrágio.

Gomes (2018) destaca que, comprovada a captação ou gastos ilícitos de recursos para fins eleitorais, será negado ou cassado o mandato ao candidato. Dessa forma, o termo captação ilícita a que se refere o artigo 30-A da Lei nº 9.504/1997 relaciona-se tanto à origem quanto ao modo de conseguimento de recursos. Logo, comprehende não só o alcance de recursos de fontes ilícitas e proibidas, mas igualmente sua consecução de forma ilícita, embora aqui a fonte seja lícita. Como exemplo, tem-se os fundos adquiridos ilegalmente, que constituem o intitulado ‘caixa dois’ para campanha eleitoral. Outro dispositivo a ser citado é o art. 41-A, que foi

acrescentado à Lei das Eleições através da Lei nº 9.840/1999. Nele são abordadas as condutas coibidas pelo artigo 299 do Código Eleitoral Brasileiro.

A Lei nº 9.840/1999 com o artigo 41-A estabelece uma relação com o candidato que doar, oferecer, prometer ou entregar ao eleitor com a finalidade de conseguir voto ou vantagem pessoal de qualquer espécie. Assim, a captação ilícita de sufrágio demonstra o surgimento do ato ilegal nas eleições, prejudicial ao livre arbítrio do eleitorado. Além disso, será imposta a sanção de multa ou cassação do registro ou do mandato dos agentes e favorecidos pela conduta praticada, sendo constituída geralmente quando o eleitor for prometido, oferecido ou concedido recursos ou benefícios com a finalidade de receber votos.

Outrossim, com o objetivo de impossibilitar uma exagerada discrepância por meio dos candidatos, a Lei nº 9.504/1997 determinou, nos artigos 73 e seguintes, algumas vedações aos agentes públicos no decorrer do pleito eleitoral. Logo, pretende-se proibir o uso ilícito dos fundos públicos em benefício de candidato, partido ou coligação. Isto é, com tantas limitações busca-se impedir o abuso do poder político.

O exercício das condutas proibidas submete o agente, o candidato, o partido e a coligação beneficiados à representação prevista no art. 73, parágrafo 10, da Lei nº 9.504/1997. Os prováveis resultados jurídicos serão de acordo com o fato, a interrupção instantânea da conduta vedada, aplicabilidade de multa, cassação do registro ou do diploma do candidato beneficiário e indiretamente a inelegibilidade (art. 1º, I, j, da LC nº 64/1990).

A vedação do art. 74 da Lei nº 9.504/1997 dirige-se ao art. 37, § 1º, da CF/1988, consentindo que o descumprimento da lei compreendido na legislação constitucional tenha efeito diretamente na seara eleitoral. (CASTRO, 2018). De acordo com o art. 74, configura-se abuso de autoridade a violação do que está determinado no parágrafo 1º do artigo 37 da Carta Marga, restando ao violador, se concorrente for, a cassação do registro ou do mandato.

Ademais, o art. 74 traz para os dias atuais efeitos instantâneos no Direito Eleitoral Brasileiro, com o propósito de elimi-

nar o abuso de poder político, impedindo a eleição do agente que exorbitou do poder e infringiu os princípios da legalidade e da isonomia das eleições. Sobre o tema, o artigo 37, parágrafo 1º da CF/1988 dispõe o seguinte acerca da publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos “[...] deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”. (BRASIL, 1988).

Observa-se no dispositivo que infelizmente tais convicções e princípios são regularmente desrespeitados pelos governantes, que permanecem a praticar condutas ilícitas de propaganda pessoal à custa dos altos tributos usurpados do povo. Entretanto, é notório que durante o processo eleitoral se gasta o mínimo com propaganda educativa, informativa ou de instrução social. Contudo, é gigantesca a quantidade de recursos públicos desembolsados para propagandas fúteis, tais como: construções não iniciadas ou inacabadas, serviços inúteis e sem expressão para sociedade e com informações vazias que só servem para divulgar o próprio agente que possibilitou tal propaganda institucional financiada pelo erário. Nesse seguimento, configurada a violação ao art. 37, § 1º, da CF/1988, torna o executor, se candidato, sujeito a cassação do mandato ou do diploma.

#### **4.3 O Abuso de Poder Político nos Meios de Comunicação**

O abuso de poder nos meios de comunicação apresenta-se quando esses colaboram com um candidato em prejuízo do outro. As ocorrências dessa forma de ilegalidade, geralmente estão vinculadas aos abusos de poder político e econômico.

Nesse sentido, Almeida (2017) expõe que o abuso de poder nos meios de comunicação é a execução ou uso exagerado, inadequado ou corrompido dos meios de imprensa, tais como: jornais, revistas, livros, periódicos, rádio, televisão e internet no pleito eleitoral pelo candidato, partido e coligação, causando irregularidades a habitualidade e a legalidade das eleições.

Machado (2018) destaca que perante a probabilidade daqueles que estão no poder usufruírem da mídia para beneficiar as respectivas campanhas ou de qualquer candidato exclusivo, observa-se que o abuso de poder nos meios de comunicação, também pode estar relacionado ao abuso de poder político.

Desse modo, é possível compreender que o abuso de poder nos meios de comunicação conceitua-se como a utilização excessiva e indevida dos veículos de interlocução no pleito eleitoral pelos detentores de poder, provocando prejuízos à regularidade e à legalidade do sufrágio. É importante ressaltar ainda que o abuso de poder nos meios de comunicação está particularmente vinculado ao abuso de poder político, visando a possibilidade que os agentes políticos possuem de utilizar-se dos meios midiáticos para beneficiar a si e a outrem no decurso eleitoral.

Para Gomes (2018) a publicidade política é mecanismo de propagação de convicções ideológicas com intuito de conquistar e de se preservar no poder estatal. Portanto, a publicidade auxilia nas difusões das realizações daqueles que se encontram no poder, como decorrência do direito à informação, da mesma forma serve para dar comunicação aos projetos dos que planejam atingi-lo.

Portanto, no campo eleitoral, o abuso de poder é um ato civil ilegal de eleições, configurado pelo uso indevido da influência causada pelo poder estatal ou privado para manipular os eleitores.

Por fim, constata-se que o abuso de poder político apenas será lembrado quando a administração pública for executada com o propósito de corromper a estabilidade do pleito eleitoral, nem sempre se pode expressar que qualquer ação que favoreça uma multiplicidade de eleitores, ainda que em ano de eleição, caracteriza ato ilícito. Entretanto, sendo o candidato legítimo beneficiário ou vencido, tais condições não distanciam o abuso.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como propósito analisar pontos inerentes ao abuso de poder político sem a presunção de que os aspec-

tos aqui traçados findem o conteúdo. Entretanto, este estudo será apenas um início de um imenso percurso, com a finalidade de impulsionar os debates a respeito de um tema tão contemporâneo e pouco estudado pelos executores do direito.

Dessa forma, alguns preceitos importantes foram observados acerca da pesquisa realizada. Com relação ao abuso de poder político, foram analisadas algumas reflexões sobre os conceitos, características, distinções entre os abusos de poder político, autoridade, econômico, uso indevido, causas e coibições, sempre tendo como fundamento o Direito Eleitoral Brasileiro. Verificou-se que a doutrina apresenta conteúdos similares a definição de abuso de poder político, respaldando-se no uso inadequado da máquina pública ou do poder pecuniário em privilégio de um concorrente ou de outrem e em desvantagem dos demais, provocando instabilidade na disputa do pleito eleitoral.

Destarte, após análise do que foi pesquisado constatou-se que a caracterização do abuso de poder político para a cassação dos mandatos tem sido eficiente, sendo realizada através da identificação de práticas ilícitas executadas pelos agentes públicos. Dessa forma, para se configurar o abuso não é preciso que o ato seja somente ilícito, basta que a sua motivação tenha finalidade eleitoreira e seus efeitos graves a ponto de desequilibrar a uniformidade entre os concorrentes e os resultados das eleições sejam danificados, tornando a autonomia e o arbítrio dos eleitores lesionados. Entretanto, é importante ressaltar que necessariamente o candidato tenha que vencer as eleições, independente do resultado, a potencialidade deverá ser investigada conforme a gravidade do fato.

Nesse sentido, foram verificados alguns dispositivos que serviram de parâmetros para a configuração do abuso de poder político, quais sejam: os artigos 30-A, 41-A e os artigos 73, 74, 75 e 77, todos da Lei nº 9.504/1997, que coibem as condutas vedadas aos agentes públicos, contribuindo principalmente para a investigação dos atos excessivos. Do mesmo modo, os métodos para suprimir o abuso de poder político estão expressos na LC nº 64/1990 que prevê em seu inciso XIV a cassação do registro, diploma ou mandato do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder político, econômico, desvio, abuso de autoridade ou dos meios de comunicação.

A Legislação eleitoral muitas vezes age de forma moderada na execução das sanções de cassação de mandatos e inelegibilidade. Porém, eventualmente exorbitante em alguns casos, comprovando no transcorrer desta pesquisa, circunstâncias em que o agente público sendo usufruidor da prática abusiva e derrotado nas eleições, são escassas para dispensar a ilegalidade. Contudo, a intensidade da conduta ilícita, configura fundamento indispensável para caracterizar o abuso de poder. Diante do exposto, ao analisar as leis, a doutrina e a jurisprudência os objetivos desta pesquisa foram atingidos e contribuíram para a resolução do problema. Porém, pode-se compreender que o Processo Eleitoral ainda se encontra em condição de desenvolvimento, carecendo de maior consistência quanto à sua efetivação das leis, particularmente aos ilícitos cometidos nas campanhas eleitorais, assim como se deseja investigações e sanções efetivas quando da caracterização do abuso do poder político.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: SaraivaJur, 2019.

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de Direito Eleitoral**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 02 abr. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp64.htm). Acesso em 20 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade e altera outras normas. Brasília, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm). Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilí-

cito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm). Acesso em: 18 abr. 2020.

**BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.** Estabelece normas para as eleições. Brasília, 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm). Acesso em: 15 abr. 2020.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2019.

CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral.** Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral.** São Paulo: Atlas, 2018.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Direito Eleitoral.** São Paulo: Atlas, 2018.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo.** São Paulo: Saraivajur, 2020.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraivajur, 2020.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PIRES, Gabriel Lino de Paula. **Manual de Direito Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

## CAPÍTULO II

### A FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E O SEU RECONHECIMENTO NA LINHA SUCESSÓRIA: POSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO EM SERGIPE

*Raquel da Silva Santana<sup>1</sup>*

*Edson Oliveira da Silva<sup>2</sup>*

*Eudes de Oliveira Bomfim<sup>3</sup>*

#### RESUMO

O tema da pesquisa a ser realizada discute sobre como o filho socioafetivo é considerado na linha sucessória no momento da abertura da sucessão e, em específico, como isso tem ocorrido no estado de Sergipe, sendo analisado como tem sido o posicionamento nas decisões do judiciário relacionado ao tema e também como tem se posicionado os tribunais superiores. Os métodos de pesquisas a serem utilizados serão os bibliográficos e as análises de casos jurisprudenciais. A filiação socioafetiva é uma construção de vínculo entre pais e filhos ligados pelos laços da afetividade, dessa maneira, busca-se verificar como esses laços são respeitados no momento da sucessão. Portanto, a referente pesquisa vem para contribuir com a desmistificação de que o filho socioafetivo deve ser abstraído no momento da sucessão e trazer a relevância do seu reconhecimento.

**Palavras-chave:** Socioafetividade. Filiação. Sucessão.

---

<sup>1</sup> Bacharela em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: [raquelsant@hotmail.com](mailto:raquelsant@hotmail.com).

<sup>2</sup> Professor do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: [edsonpmse@hotmail.com](mailto:edsonpmse@hotmail.com).

<sup>3</sup> Professor do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: [eudes.bomfim1977@gmail.com](mailto:eudes.bomfim1977@gmail.com).

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade constantemente passa por mudanças, sejam elas culturais ou comportamentais, para citar algumas e que são influenciadas por mudanças tecnológicas, ou seja, existe uma modernização que fortalece alterações em todos os âmbitos sociais. Com relação ao instituto da família e o conceito do que seja formação familiar passar por grandes mudanças, em razão da grande diversidade que a sociedade está vivenciando. Porém, já se encontram consolidados alguns tipos de família, como os formados por meio de casamentos e uniões estáveis.

Diante das diversas estruturas de família reconhecidas, no que diz respeito a sua composição; destacando às formas de filiações, além da possibilidade das filiações biológicas e aquelas provenientes da adoção; deve-se ser observada uma nova forma que também vem tendo o seu reconhecimento: trata-se da filiação socioafetiva, aquela na qual o fator consanguíneo que une as pessoas não se torna o mais importante, e sim o afeto, que prevalece de maneira mais intensa e, juntamente com ele, o reconhecimento da posse do estado de filho.

Para compreender a filiação socioafetiva devem ser relegados os laços biológicos ou jurídicos, pois, esta filiação está relacionada completamente com a afetividade entre os pais que criam determinada criança ou adolescente por escolha, depositando a este cuidados, carinho, amor, ternura e dedicação, além de considerar o mesmo como filho, por afeto, sendo chamados de filhos socioafetivos. (WELTER, 2003).

A grande questão diante dessa situação social é definir como ficará juridicamente resguardado o direito sucessório dos filhos socioafetivos, quando se indaga: será que se dará de forma igualitária para com os filhos biológicos ou adotivos?

O direito sucessório tem a característica de transmitir os bens decorrentes da morte do seu titular responsável, dando continuidade na relação jurídica, que cessou para uma respectiva pessoa falecida, sendo investido o direito a outro sujeito, ocorrendo assim à mudança do titular. Nesse viés, o artigo 1.784 do

Código Civil estabelece que: “Aberta à Sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (BRASIL, 2002).

Os primeiros que possuem legitimidade para o recebimento da herança são os descendentes, devendo ser analisado o princípio da Igualdade entre os filhos. Portanto, nessa primeira análise, já se pode dizer que não deve haver diferença entre os filhos, sejam, eles biológicos, adotivos ou socioafetivos. Assim, dentro dessa premissa legal, esta pesquisa pretende analisar como o reconhecimento da filiação socioafetiva ocorre em relação aos direitos sucessórios, em específico como tem se comportado o judiciário no estado de Sergipe.

## 2 DA FORMAÇÃO FAMILIAR E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

A família é uma das formas de representação da sociedade, é nela que está firmada a base das relações, sejam elas: econômicas; intelectuais; culturais; religiosas, etc. Segundo Diniz (2012, p. 17):

Constitui o direito de família o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas do matrimônio, a dissolução deste, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela.

Ao longo do tempo o conceito de família sofreu transformações como já mencionado anteriormente, sendo necessário, dessa forma, que haja uma continuidade do amparo judicial, que possa acompanhar as mudanças sociais que surgirão nesse processo de transformação. Para Gagliano e Pamplona Filho (2018, p.3) “A família é, sem sombra de dúvida, o elemento propulsor de nossas maiores felicidades e, ao mesmo tempo, é na sua ambiência em que vivenciamos as nossas maiores angústias, frustrações, traumas e medos”.

Antes desse processo de evolução social ocorrer, a família era baseada na forma patriarcal, na qual o pai tinha todo o controle do funcionamento familiar, sendo a mãe e os filhos subordinados a ele. Porém, com a transformação social, surge a necessidade de modificar essa forma arcaica de se manter a família, dando espaço a uma liberdade no planejamento familiar, em que cada núcleo familiar possui a sua peculiaridade, seja nas pessoas que o compõem, ou na forma como foi constituído. Este planejamento encontra-se resguardado no artigo 226 Constituição Federal de 1988 e, dessa forma, as mudanças existentes em cada família deverão ser resguardadas e respeitadas. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018).

Desta forma, as mudanças existentes no âmbito familiar, decorrentes da evolução social, devem ser resguardadas com base na Constituição Federal com base no artigo mencionado acima, sendo respeitado o livre direito de escolha dos membros que irão compor a família que será construída.

## 2.1 Princípios Norteadores

Diante do tema em análise, de início, será abordado o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, devendo se destacar a aplicação do referido princípio no direito de família e sucessório, devido a sua natureza de valor supremo. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto na Carta Magna, em seu artigo 1º, inciso III, destaca um dos fundamentos inerentes ao direito do ser humano, pelo qual ele deve ter a sua dignidade respeitada e resguardada. (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, é que a família ganha relevante proteção Legal, já que é na família que ocorre o desenvolvimento de cada fase do ser humano, na qual se encontra fundamentado a formação da personalidade e características pessoais. Sendo assim, o princípio da dignidade da pessoa humana sustenta essa base tão importante para o ser humano, para que seja mantida sólida para todo o tipo de cidadão. Por isso, torna-se fundamental a sua aplicabilidade nas famílias compostas por filhos de todos os tipos, inclusive, aqueles advindos da afetividade. (FIUZA, 2014).

Dessa forma, pode-se concluir quão fundamental é esse princípio para o desenvolvimento familiar e sua estruturação. Nesse sentido, está mencionado na Constituição Federal: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; [...]” (BRASIL, 1998).

Outro princípio que deve ser mencionado é o Princípio da Função Social da Família, que, segundo Fiúza (2013), está diretamente ligado com o desenvolvimento social e pessoal de cada cidadão que se encontra inserido em um núcleo familiar, seja ele composto por qualquer uma das formas existentes. Com isso, a família representa a base da sociedade, e por isso tem sua importância na modificação ou consolidação da personalidade do ser humano, sendo tal princípio ligado ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Ainda, deve-se considerar e destacar o Princípio da Afetividade, que é constituído por meio das relações entre as pessoas, seja no âmbito social, seja no âmbito familiar. É através dessas relações que se constrói a fundamentação e consolidação do respectivo princípio, que é observado nas manifestações de carinho, cuidado, amor, ternura e respeito mútuo, entre filhos para com os pais e dos pais para com os filhos.

Diante disso, o artigo 227 *caput* e parágrafo sexto do texto constitucional traz de forma implícita o princípio da afetividade, que não possui uma norma ou fundamentação jurídica direta para o seu embasamento, mas, nem por isso, deixa de ser tão importante para compreensão hermenêutica do texto constitucional. No mencionado artigo da Constituição, também se encontra uma das fundamentações para o Princípio do Melhor Interesse do Menor, que, como visto, é dever da família e também do Estado a garantia de todo o amparo para o mais adequado desenvolvimento possível da criança e do adolescente, inclusive no desenvolvimento do núcleo familiar em que ele está inserido.

A outra fundamentação principiológica essencial para compreensão do tema está localizada no Estatuto da Criança e do Ado-

lescente que, em seu artigo 1º, estabelece: "Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e do adolescente". (BRASIL, 1990). Ao analisar o conjunto contextual e legal disposto no mencionado Estatuto, deve-se enfatizar o Princípio da Igualdade entre os Filhos, pelo qual os filhos devem ser considerados de forma igualitária. Fiúza (2014) aponta que não deve existir distinção na relação e no tratamento dos filhos, sejam eles decorrentes da adoção, ou biológicos. No mesmo viés, a proteção legal evidencia que não deve haver distinção de tratamento entre homens e mulheres.

Sendo assim, o princípio da igualdade entre os filhos vem justamente para inibir qualquer ação de tratamento desigual, pela qual não pode um filho receber mais privilégios legais do que o outro, se estendendo inclusive na forma de cuidados, depositados sobre ele, ou na forma de como se dará o seu direito no momento da abertura da sucessão.

Apesar de a Constituição Federal ter sido promulgada em 1988, trazendo anseio social que respaldasse essa compreensão, é preciso compreender que às gerações passadas, ainda vivas, ainda tem enraizadas em suas compreensões, em razão de sua formação, valores que hoje são tidos como ultrapassados e até mesmo ilegais, sendo de grande importância o constante combate aos conceitos pré-concebidos antes desta transformação social e Legal, para que esse tipo de comportamento não reverbera na sociedade atual. Para fortalecer a base normativa, o Código Civil, em seu art. 1.596 define que: [...]" Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". (BRASIL, 2002).

Numa primeira leitura, pode-se entender que a lei só contemplou em igualar dos direitos dos filhos por adoção, todavia, pelo conjunto principiológico e normativo trazido se verificam que o ordenamento jurídico brasileiro permite estender esses direitos a todo e qualquer filho, inclusive os socioafetivos. Sendo assim, qualquer forma de desigualdade ou de discriminação entre os filhos deve ser suprimida, pois, independente da forma de como se resultou a filiação, o respeito, a consideração e o direito para com os filhos deve se dar de forma equânime.

## 2.2 Filiações Biológica e Socioafetiva

A filiação biológica é aquela característica da consangüinidade, estando totalmente fundamentada na genética, reconhecida por meio do DNA. Por muitos anos esse era o único tipo de filiação considerada como legítima, ou seja, filhos advindos de outras formas eram considerados filhos ilegítimos ou bastardos, sendo assim, para que um filho pudesse ter seus direitos garantidos, somente se daria através da comprovação de sua legitimidade (WELTER, 2003). Porém, a legislação civil rompeu com essa compreensão, conforme trazido pelo Código Civil de 2002 em seu artigo. 1.593: "Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.". (BRASIL, 2002).

Em contraponto, a filiação socioafetiva é resultado da relação de afeto entre pais e filhos afetiva e socialmente envolvidos. Este tipo de filiação se concretiza através da afetividade, ou seja, dos cuidados que são depositados à criança ou adolescente, que é considerado, em todos os aspectos, como filho, principalmente no tocante ao amor, cuidado e dedicação. Conforme mencionado por Welter (2003, p. 148), a filiação socioafetiva está entrelaçada a laços de afeto, que é demonstrado não só para o filho socioafetivo, mas também, para todas as pessoas que convivem com a família em que ele está inserido.

No mesmo viés, vale destacar a demonstração de afeto perante a sociedade, que ajudará a consolidar e reafirmar a existência da filiação. Podem-se identificar três fatores importantes para o reconhecimento da posse do estado de filho: (i) a apresentação pelo nome da família que o filho socioafetivo encontra-se inserido, (ii) a forma como ele é tratada como membro da família perante a sociedade e (iii) a fama que ele possui como filho dos seus pais socioafetivos e também perante a sociedade. Com efeito, não se podem diferenciar as filiações biológica e afetiva sob o viés do afeto e jurídico, já que o ordenamento jurídico brasileiro equipara os filhos em relação aos seus direitos.

## 2.3 Do Reconhecimento das Filiações e o Reconhecimento em Cartório

Existem, no direito, formas de reconhecer a filiação. Tratando-se das filiações biológicas, aquelas que têm como meio probatório o aspecto consanguíneo e genético (DNA), o seu reconhecimento se dará no momento do nascimento da criança e que, logo em seguida, os pais têm a necessidade de fazer o Registro Civil do seu filho (a) por meio da expedição da Certidão de Nascimento (WELTER, 2003). Dessa forma, torna-se efetivada a paternidade e a maternidade da criança. Nesse sentido, menciona o Código Civil (BRASIL, 2002) no Art. 1.603 que “A filiação se prova pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.”.

Com relação às filiações advindas por meio do instituto da adoção, deverão ser respeitados todos os trâmites jurídicos e processuais necessários para o reconhecimento dessa forma de filiação. Vale ressaltar que é de suma importância seguir o que também se encontra disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seus artigos 19 e 20. (BRASIL, 1990). Pode-se constatar que a criança e o adolescente têm o direito de ingressar em um seio familiar que assegure a esses um desenvolvimento adequado e integral. Esse ambiente deve ser designado tanto para filhos advindos da relação de casamento, quanto para aqueles advindos da adoção, se enquadrando também os filhos socioafetivos, sendo legalmente repudiada qualquer forma de discriminação.

Dentro dos tipos de reconhecimento de filhos, surge a possibilidade de ocorrer em cartório; na via extrajudicial. Nesse ponto, destaca-se o recente Provimento nº 83/2019, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que autoriza o reconhecimento de forma voluntária da paternidade ou maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos. O provimento estabelece que: “Considerando a possibilidade de reconhecimento perante o oficial de registro civil das pessoas naturais e, ante o princípio da igualdade jurídica e de filiação, de reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva.”. (BRASIL, 2019). Importante observar que este provimento alterou a disposição anterior definida pelo CNJ, em es-

pecífico a Seção II do Provimento nº 63/2017, que antes permitia o reconhecimento voluntário desse tipo de filiação para pessoas de qualquer idade.

Porém, houve importantes inovações trazidas por àquele novo provimento, pelo qual a criança ou adolescente poderá ter seu reconhecimento feito de forma extrajudicial, perante os cartórios. Outra alteração relevante é com relação ao consentimento do filho que irá ser reconhecido, pois, se o filho for menor de 18 anos, será exigido o consentimento, porém, no provimento anterior esse consentimento se dava para filhos maiores de 12 anos, de forma que as crianças de 0 a 11 anos não poderão utilizar-se desse meio para obter o reconhecimento, devendo recorrer ao Poder Judiciário (CALDERÓN, 2019).

Diante disso, é possível analisar as alterações trazidas pelo provimento nº 83/2019 que revogaram a anterior do provimento de nº 63/2019, destacando-se que pela nova normativa apenas pessoas acima de 12 anos poderão se valer do registro da filiação socioafetiva, devendo o vínculo socioafetivo ser estável e de forma exteriorizada e, também, deve haver a participação do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, de forma direta na serventia extrajudicial, além de que, nessa modalidade, somente é possível a inclusão de um ascendente socioafetivo.

### **3 DO RECONHECIMENTO DA PARENTALIDADE SOCIOFETIVA PARA ENTRADA NA LINHA SUCESSÓRIA**

#### **3.1 Da Sucessão e seus Fundamentos**

A sucessão ocorre na passagem da responsabilidade que uma pessoa possuía sobre algo, porém, devido ao evento morte, é necessária que seja feita a sucessão para quem assumirá a titularidade daquele algo. Gonçalves (2017) faz um comparativo com o que acontece no momento da sucessão ao que acontece em um ato de compra e venda, ou até mesmo, quando um cedente sucede um cessionário, pois, são situações de passagem de titularidades sobre algo, sendo que, da mesma forma, acontece na sucessão.

Desta maneira, a sucessão não ocorre somente na passagem da titularidade, mas também pode acontecer em outros ramos do direito, como no direito de família e no direito das coisas, podendo assim caracterizar a ocorrência da sucessão intervivos (GONÇALVES, 2017).

Vale ressaltar que, do evento morte, se inicia a mudança da titularidade e do direito sobre os bens deixados pelo de cujus. Dessa forma, é caracterizado o marco inicial para que aconteça a transmissão dos bens para os herdeiros legitimados e testamentários, para que, assim, possam receber o que se encontra reservado por direito. Fala-se nesse momento da sucessão por causa mortis.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2018, p. 236) “[...] compreende-se por Direito das Sucessões o conjunto de normas que disciplina a transferência patrimonial de uma pessoa, em função de sua morte”. Ainda dentro desse conceito, pode-se identificar o posicionamento de outros autores, como Diniz (2011, p. 34) que define que “A morte natural é o cerne de todo o direito sucessório, pois só ela determina a abertura da sucessão, uma vez que não se comprehende sucessão hereditária sem o óbito do de cujus, dado que não há herança de pessoa viva (*viventis nulla est hereditas*)”. Para a autora, o evento da sucessão somente poderá ocorrer após a morte da pessoa que possuía a legitimidade dos bens, sendo assim, compreendida e legitimada a sucessão hereditária.

Existem alguns fundamentos de transmissão sucessória para que ocorra a transmissão da herança, os quais também sofreram modificações a depender do momento e época em que se encontrava a sociedade. A título de exemplo, cita-se um dos primeiros fundamentos sociais que ocorria baseado na religião, em que o chefe da família, após o seu falecimento, passava para o seu filho a responsabilidade de seguir em seu lugar como líder religioso. Nesse viés, Gonçalves (2017, p. 25) menciona que:

O fundamento da transmissão sucessória, ou seja, a razão pela qual se defere a uma pessoa indicada por lei, ou pela vontade manifestada

em vida pelo autor da herança o acervo de direitos e obrigações que até então a este pertencia, apresenta variações conforme o momento histórico que se esteja a analisar e a corrente de pensamento a que se queira filiar.

O primeiro fundamento da sucessão foi de ordem religiosa. A propriedade e a familiar e a família era chefiada pelo varão mais velho, que tomava o lugar do *de cuius* na condução do culto doméstico.

Dito isto, verifica-se que os fundamentos da sucessão podem variar de acordo com o que acontece em determinada época, quando era comum que o filho mais velho assumisse o papel do pai falecido. Em outros tempos, também se identifica outros tipos de fundamentos, a exemplo da necessidade de conservação do patrimônio constituído por uma determinada família, em que, com a ocorrência do falecimento da pessoa, que era responsável por cuidar das propriedades da família, surgia à preocupação de quem poderia continuar administrando toda a propriedade deixada. Gonçalves (2017, p. 25) também afirma que:

Quando, todavia, a propriedade passa a ser individual, o fundamento da sucessão desloca-se para a necessidade de conservar o patrimônio dentro de um mesmo grupo, como forma de manter poderosa a família, impedindo a divisão de sua fortuna entre os vários filhos. É então que se desenvolve o período medieval da primogenitura, iniciando-se a discussão filosófica e jurídica a respeito de seu fundamento.

Sendo assim, pode-se verificar que alguns fundamentos variam e podem ser utilizados como referência no momento da necessidade de suceder alguém em uma posição, seja ele baseado em um fundamento de base religiosa ou no momento de preservação da propriedade. Fato é que, independentemente do fundamento, a sucessão ocorre com àqueles que compõe o núcleo familiar, marcado pelo vínculo sanguíneo, mas sobretudo afetivo, que ensejará a sucessão.

### **3.2 Da Sucessão Socioafetiva e o Posicionamento dos Tribunais Superiores**

Como analisado, de forma geral, pelos doutrinadores citados neste Artigo, com a abertura da sucessão os herdeiros legítimos e testamentários terão o seu direito garantido, porém, em razão da ausência da indicação expressa na lei em relação aos filhos socioafetivos, surge a indagação: como se dará o direito sucessório dos filhos socioafetivos? Esses que não possuem nenhum vínculo biológico como forma de garantia de direitos, mas possuem os laços de afeto como forma de ligação.

Em razão das transformações sociais e princípios legais aqui trazidos, diversos Tribunais de Justiça têm sustentado o entendimento que considera a garantia do direito sucessório para os filhos advindos das filiações socioafetivas. Apesar do Código Civil não fazer menção direta à filiação socioafetiva, o conjunto hermenêutico legal, como demonstrado, permite a extensão desses direitos oriundos do parentesco consanguinidade aos filhos socioafetivos, equiparados legalmente aos filhos por adoção.

A linha sucessória trazida pelo artigo 1.845 do Código Civil, a qual apresenta os descendentes como herdeiros necessários, é plenamente aplicável aos filhos socioafetivos, pois os mesmos já obtém o reconhecimento do parentesco civil, apresentado pelo artigo 1.593 do Código Civil, que tem seu embasamento reafirmado no Enunciado nº 256 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CFJ), que prevê: “A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.”.

Dessa forma, uma vez reconhecido o filho pela afetividade, passa a ele serem reconhecidos os efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais, o que também encontra respaldo no Enunciado nº 519 da V Jornada de Direito Civil do CFJ, que prevê: “O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai (s) e filho (s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.”.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) corrobora com esse entendimento, tendo julgado em 2020 o Agravo Interno em Recurso Especial 1211354/RS, o qual, com base no julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário 898.060, com repercussão geral (Tema 622), conclui que “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios.” (BRASIL, 2016).

Com este entendimento cristalizado pelos Tribunais Superiores, consolidou-se o entendimento que a excelsa Corte já vinha firmando, consolidando o entendimento trazido pelo Ministro Luiz Fux, por meio do Recurso Extraordinário, nº 898.060, quando abordou do reconhecimento civil, e da garantia dos direitos afetivos compreendidos na Constituição Federal de 1988.

Diante desse entendimento trazido pelos Tribunais Superiores em relação ao tema e da necessidade constitucional e processual de que a jurisprudência nacional seja íntegra e coerente, ressalta-se que os julgados atuais consolidam a importância do acompanhamento jurisprudencial em relação às constantes modificações e evoluções da sociedade.

Nesse sentido, diante do respaldo jurisprudência superior, restou consolidado que a previsão trazida no artigo 1.593 do Código Civil de que o parentesco natural ou civil pode resultar em garantias pessoais e patrimoniais, devendo estender-se aos filhos advindos das relações socioafetivas, que poderá ter o reconhecimento da filiação socioafetiva reconhecida em seu assentamento de registro civil, assim como o da biológica.

### **3.3 Da Sucessão Socioafetiva e o Posicionamento do Tribunal de Justiça de Sergipe**

Tendo visto o posicionamento das Cortes Superiores de justiça brasileira em relação ao tema, é essencial verificar se o Estado de Sergipe, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, também tem se posicionado em consonância àquele entendimento em relação à matéria.

De início, pondera-se a dificuldade de ter acesso aos dados de processo dessa natureza em razão de tramitarem em segredo de justiça. Contudo, pela pesquisa jurisprudencial, apesar de escassa, é possível encontrar entendimento recente do Tribunal Sergipano, que enfrentou o tema pela 1<sup>a</sup> Câmara Cível. Para exemplificar, vejam-se algumas dessas decisões.

A Apelação Cível, Processo nº 201900707584, julgado em 10/02/2020, na qual, por unanimidade, o grupo II da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe deu conhecimento ao recurso, porém, para lhe negar provimento. Em seu voto, a relatora Desembargadora Iolanda Santos Guimarães, acompanhada por seus pares, posicionou-se no sentido de que havendo o demandante sido reconhecido como filho legítimo do de cujus (filiação socioafetiva reconhecida no processo n.º 201673000048), não existiria a possibilidade legal de incluir os ascendentes/apelantes na ordem de vocação hereditária. (SERGIPE, 2020).

Em outro julgado, Processo nº 201900711188, o Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o registro civil da paternidade biológica não impede o reconhecimento da socioafetiva, podendo o filho (a) possuir ambas em seu registro civil; o que evidencia a sintonia com os julgados dos Tribunais Superiores e a jurisprudência mais contemporânea. No mesmo sentido, foi o recente julgado, também da lavra da Desembargadora Iolanda Guimarães, pelo qual se reconhece a posse de estado de filho ao filho socioafetivo e, por conseguinte, a relação de paternidade socioafetiva. (SERGIPE, 2019a)

Ao analisar o Processo nº 201800730975, julgado em 04/06/2019, observa-se o pedido para que seja reconhecida a paternidade socioafetiva *pos mortem* e também o reconhecimento do direito a herança da autora em relação ao de cujus, que sempre se comportou como o verdadeiro pai da infante, destinando a mesma os cuidados de pai necessários para sua criação e formação, como amor, segurança e afeto, evidenciando que o vínculo afetivo é o marco para caracterizar o vínculo socioafetivo. A partir do reconhecimento desse vínculo é possível partir para o reconhecimento dos demais direitos para a ocorrência do reconhecimento sucessório.

rio, que inclusive pode se sobrepor ao vínculo biológico. (SERGIPE, 2019b).

Dessa forma, verificou-se que o Tribunal de Justiça de Sergipe, em decisões recentes, vem acompanhando o entendimento contemporâneo trazido pela legislação em vigor e confirmado pelos Tribunais Superiores a respeito do tema, no sentido de que, com o reconhecimento da parentalidade socioafetiva, a mesma também assegura o direito sucessório.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Esta pesquisa teve como objetivo fazer uma análise legal e jurisprudencial referente aos tipos de filiação e as suas formas de reconhecimento, discorrendo sobre a equiparação daquelas correntes da adoção e as advindas da socioafetividade à filiação biológica, vindo, a seguir, voltar sua análise para o reconhecimento da filiação socioafetiva no âmbito sucessório.

Nos primórdios da sociedade, a família conceitual era formada pela imagem patriarcal, tendo forte influência da hierarquia do pai para com os filhos e também seria apenas formalizada por meio de matrimônio, sendo que descendentes provenientes de relações extramatrimoniais eram desconsiderados. Os tempos passaram, e o instituto família tomou outras molduras e formas de concepção, não sendo mais possível somente essa forma enrijecida de estrutura familiar.

Com a evolução da sociedade e do direito, foi verificada a existência da prevalência do vínculo socioafetivo, ou seja, aquele que decorre da relação de afeto, sobre o vínculo biológico. A posse do estado de filho, requisito essencial para o fortalecimento da relação socioafetiva, que se constitui através dos laços de afetividade, por meio das variadas formas de carinho e cuidado que são depositadas no decorrer da vida.

Diante disso, o tema abordado é de suma importância, pois evidencia a constante modificação social e jurídica que convalidam o surgimento de variadas formas de família na sociedade atual e,

com isso, surge à necessidade de atualização dos julgamentos nos Tribunais de Justiça Brasil afora, para uma melhor adequação do direito, diante das inúmeras e distintas demandas que versam sobre a matéria.

Portanto, tendo por referência a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente não se pode permitir formas de tratamento desiguais entre os filhos, cuja prática era comum em outros tempos, em uma sociedade passada, em que as pessoas ignoravam esses valores e permitiam tratamentos discriminatórios perante os filhos advindos das relações extraconjugais, de adultério ou não, ou até mesmo aqueles filhos advindos de uma adoção, como também os socioafetivos.

Pela pesquisa foi possível também a constatação das formas de diferentes concepções de filiação, sendo elas: a biológica; a jurídica e a socioafetiva. A biológica que se fundamenta no conceito genético; a jurídica que se formaliza por meio de uma decisão judicial e a socioafetiva que se exterioriza através da relação afetiva e independe do vínculo biológico ou jurídico.

Verificou-se ainda que, com relação ao ingresso do filho socioafetivo no âmbito sucessório, já existe o reconhecimento judicial do parentesco socioafetivo, podendo, assim, esse filho ganhar mais notoriedade no ingresso à sucessão diante das demais filiações já reconhecidas, sendo respeitado o fundamento previsto no Artigo. 227, §6º da Constituição Federal.

Foi analisando também como tem sido o posicionamento dos Tribunais Superiores, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal de Federal, os quais consolidam entendimentos favoráveis referentes ao reconhecimento da filiação socioafetiva no momento da sucessão, tendo ainda trazido que o reconhecimento biológico não poderá impedir o reconhecimento socioafetivo no registro civil, podendo o filho possuir em seu assentamento ambas as paternidades.

Feita a análise legal e jurisprudencial, passou-se a buscar a posição do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, quando foi possível constatar que há recentes julgados favoráveis para assegurar os direitos da filiação socioafetiva, apesar de que deve-se ressalvar a necessidade de analisar cada caso de forma específica, inclusive para que o reconhecimento dessa modalidade de filiação

não seja feita de forma generalizada, pois se devem respeitar os fundamentos já mencionados, sendo um dos principais o afeto e, com isso, se evita qualquer tipo de injustiça diante das circunstâncias que serão apresentadas ao juízo.

Portanto, pode-se constatar que o Tribunal de Justiça ser-gipano vem decidindo conforme entendimento contemporâneo existente no ordenamento jurídico brasileiro para reconhecer que o vínculo afetivo pode superar os fundamentos que antes eram unicamente biológicos, sendo assim, oportuno o reconhecimento de ambas as paternidades (biológica e socioafetiva) e também os seus efeitos legais e patrimoniais, inclusive. Com isso, assegura-se a aplicação de todos os princípios supracitados, devendo eles serem considerados em qualquer decisão que analise situações congêneres.

## REFERÊNCIAS

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, 05 de out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 13 mar. 2019.

**BRASIL. Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil Brasileiro. 10 jan. 2002. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan.2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110406.htm). Acesso em: 12 mar. 2019.

**BRASIL. Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 12 mar. 2019.

**BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário, nº 898.060, São Paulo, Relator (a): Min. Luiz Fux, Trânsito em julgado 21/09/2016.** Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2020.

**CALDERÓN, Ricardo. Primeiras Impressões sobre o Provimento 83 do CNJ.** Disponível em: [http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20\(revisado%202021%20agosto\)%20-%20calderon%20-%20FIN\\_AL%20-%20com%20refer%C3%A3ncias.pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/FINAL%20Coment%C3%A1rios%20Provimento%2083-2019%20CNJ%20(revisado%202021%20agosto)%20-%20calderon%20-%20FIN_AL%20-%20com%20refer%C3%A3ncias.pdf). Acesso em: 09 mai. 2020.

**CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Provimento nº 83, de 14 de Agosto de 2019.** Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento\\_83\\_14082019\\_15082019\\_095759.pdf](https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_83_14082019_15082019_095759.pdf). Acesso em: 08 mai. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** – vol.1.Teoria Geral do Direito Civil, 29. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

FIUZA, César. **Direito civil:** Curso completo. 17. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, vol. 6: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

GEGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, vol. 7: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. vol.6. Direito de Família. 14. ed. São Paulo: Saraiva.2017.

OLIVEIRA, Eliana Maria Pavan de; SANTANA, Ana Cristina Teixeira de Castro. Paternidade Socioafetiva e seus Efeitos no Direito Sucessório. **Revista Jurídica Uniaraxá**, Araxá, v. 21, n. 20, p. 87-115, ago. 2017.

SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, 1<sup>a</sup> Câmara Cível, Juiz Convocado(a): João Hora Neto, Apelação Cível, Processo nº 201900711188. 2019a. Julgado em: 02/07/2019 Disponível em: [https://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp\\_numprocesso=201900711188&tmp\\_numacordao=201916117&tmp.expressao=](https://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201900711188&tmp_numacordao=201916117&tmp.expressao=) Acesso em: 05 maio. 2020.

SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, 1<sup>a</sup> Câmara Cível, Relator(a): Iolanda Santos Guimarães, Processo nº 201800730975. 2019b. Julgado em 04/06/2019. Disponível em: [https://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp\\_numprocesso=20180073\\_0975&tmp\\_numacordao=201913503&tmp.expressao=](https://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=20180073_0975&tmp_numacordao=201913503&tmp.expressao=) Acesso em: 05 maio. 2020.

SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Grupo II da 1<sup>a</sup> Câmara Cível, Relator(a): Desa. Iolanda Santos Guimaães), Apelação Cível, Processo nº 201900707584. 2020. Julgado em 10/02/2020 Disponível em: [https://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp\\_numprocesso=201900707584&tmp.numacordao=20201718](https://www.tjse.jus.br/tjnet/jurisprudencia/relatorio.wsp?tmp_numprocesso=201900707584&tmp.numacordao=20201718). Acesso em: 05 mai. 2020.

WELTER, Belmiro Petro. **Igualdade entre as Filiações Biológicas e Socioafetivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.



## CAPÍTULO III

### INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) FRENTE À COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Jasmine Andreas Dias de Oliveira<sup>1</sup>*

*Edson Oliveira da Silva<sup>2</sup>*

*Eudes de Oliveira Bomfim<sup>3</sup>*

#### RESUMO

O artigo trata sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, instituído no ordenamento jurídico brasileiro em 2015, com a Criação do Novo Código de Processo Civil, destacando e questionando a constitucionalidade e legitimidade dos Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais para julgarem os Incidentes frente à competência do Superior Tribunal de Justiça. Apresentando a criação e objetivo do instituto, bem como as causas e consequências jurídicas através do estudo de livros, artigos, leis e regimento interno. O artigo é de interesse e importância aos que estudam e defendem o cumprimento do direito processual sem ferir o direito material, respeitando o sistema processual vigente, a competência e legitimidade para julgamento de cada órgão julgador. O estudo versa em torno da indagação: Os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais são os verdadeiros legitimados para julgar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas? Sendo possível concluir no presente estudo que o Supremo Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal são os verdadeiros legitimados para julgarem Incidentes de Demandas Repetitivas, sob pena de violação do objetivo do próprio instituto, a isonomia e a segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Competência. Superior Tribunal de Justiça. Consequências.

---

<sup>1</sup> Bacharelanda em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: lizanemaria@gmail.com

<sup>2</sup> Professor do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: edsonpmse@hotmail.com

<sup>3</sup> Professor do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: eudes.bomfim1977@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Criado em 2015, passando a entrar em vigor em 18 de março de 2016, o Novo Código de Processo Civil (CPC), inovou ao trazer o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), que tem origem no direito Alemão, aplicado em caráter de urgência, oportunizando o direito de *opt out* (OLIVEIRA, 2019), o IRDR foi instalado no ordenamento jurídico brasileiro de forma definitiva, cabendo aos legitimados proporem o Incidente.

O IRDR foi aplicado no ordenamento jurídico com o objetivo de realizar a uniformização jurisprudencial em virtude da crescente litigiosidade repetitiva, que versam sobre a mesma matéria de direito, garantido de forma efetiva a isonomia e a segurança jurídica, nos casos de julgamento de casos repetitivos, nos termos do art. 928, inciso I, do Código de Processo Civil (CPC).

Previsto nos artigos 976 ao 987 do CPC, o IRDR pode ser instaurado pelos legitimados, sendo julgado no âmbito dos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais, ficando os efeitos das decisões restritos aos processos que tramitam na área de competência originária que deu início ao incidente.

Ao que se refere à competência do Supremo Tribunal de Justiça para julgamento do IRDR, não existe previsão legal expressa, existindo decisões jurisprudenciais acerca da possibilidade de instauração do incidente diretamente no órgão Superior por meio da interpretação de exclusão, uma vez que não existe nenhum dispositivo legal que impeça ou proíba a interposição diretamente no STJ.

Diante desse contexto este estudo levanta a seguinte questão: os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais são os verdadeiros legitimados para julgar o IRDR?

Para responder essa indagação, este artigo procurou analisar o entendimento firmado por grandes juristas como Fredie Díder Júnior e Sofia Temer, entre outros, em conjunto com o estudo do Código de Processo Cível e o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, fomentando a discussão do artigo com questionamentos que versam sobre a constitucionalidade e legitimidade dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais para julgarem

os Incidentes de Demandas Repetitivas sem ferir o objetivo para o qual foi instalado no ordenamento jurídico brasileiro, o da garantia da isonomia e da segurança jurídica. Apresentando, também, argumentos que defendem a legitimidade dos Tribunais Superiores como verdadeiros legitimados para julgamento do IRDR, analisando, especialmente, a competência do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, existindo previsão no art. 271-A do Regimento Interno do STJ quanto à possibilidade de suspensão dos processos em âmbito nacional por parte do Presidente do Tribunal a requerimento dos legitimados a instauração do incidente, exceto por parte do juiz e do relator, quando houver a necessidade de segurança jurídica e de excepcional interesse social.

Nessa esteira, o presente estudo visa abranger os principais temas relacionados ao incidente, bem como a interferência do âmbito do Superior Tribunal de Justiça e consequências jurídicas, por meio do estudo de legislações, livros, jurisprudência, regimentos e doutrina relacionados ao objeto de estudo.

## **2 COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E EFEITOS DO IRDR**

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem como natureza jurídica o incidente processual, conforme o próprio nome o sugere. Para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas é necessário o cumprimento dos requisitos previstos no art. 976, do CPC, que está relacionada à existência de repetitivas ações unicamente de direito, material ou processual, que versem sobre a mesma controvérsia, o risco a isonomia e a segurança jurídica, causa repetitiva pendente para julgamento e a inexistência de afetação de recurso repetitivo em tribunal superior.

Tratando-se de um incidente que não exige o pagamento de custas processuais, o pedido de instauração do IRDR deve ser dirigido ao presidente do tribunal pelos legitimados do art. 977, incisos I, II e III, do CPC (BRASIL, 2015), após a admissibilidade do incidente todos os processos que versem sobre a mesma matéria suscitada serão suspensos no período de até um ano, período em que deverá ocorrer o julgamento de IRDR.

O Incidente tem a possibilidade de revisão da tese jurídica, denominado por Didier Júnior (2016) como superação do precedente obrigatório formado de modo concentrado. A revisão poderá ser pleiteada de ofício, pelo Tribunal que julgou o incidente instaurado ou pelo Ministério Público e Defensoria Pública (BRASIL, 2015), devendo ser proposto a instauração de um novo incidente da mesma forma que o precedente anterior revogado foi instaurado, tendo como prioridade para julgamento do novo incidente o mesmo Tribunal que julgou a tese fixada, seja pelos fundamentos de revogação ou modificação, seja pelos fundamentos econômicos, políticos e sociais presentes na matéria suscitada no incidente. Cabendo realização de audiências públicas, a presença e participação popular, estatal e de órgãos que colaborem com a nova tese jurídica a ser firmada, nos termos do art. 927, § 2º, CPC.

Destaque-se que para existir uma nova análise sobre a matéria discutida no incidente instaurado, ainda que transitado em julgado, é necessária a interposição do recurso especial perante o STJ ou recurso extraordinário perante o STF, para que todos os processos que versem sobre a matéria discutida sejam suspensos até um ano. Em caso de fixação de uma nova tese, a decisão proferida deverá ser fundamentada de forma adequada e específica, com base nos princípios da segurança jurídica, da proteção, da confiança e da isonomia nos moldes do art. 927, § 3º, CPC. (BRASIL, 2015).

Não é cabível o incidente em casos em que já tenha ocorrido o julgamento, sendo este um obstáculo à formação concentrada do precedente obrigatório. Portanto, o IRDR está condicionado à existência da pendência de julgamento de um processo com controvérsia unicamente de direito, material ou formal. Caso ocorra a ausência do cumprimento de algum dos requisitos necessários para a admissibilidade do Incidente, poderá o relator conceder o prazo de cinco dias para que o vício seja sanado, sob pena de inadmissão.

Para Didier Júnior (2016) o IRDR possui dois objetivos no processo decisório, o de decidir o processo que originou o incidente e o de criar uma tese jurídica sobre a matéria de direito discutida. Devendo o julgador se balizar julgando nos limites proposto

e dentro da natureza do pedido, razão pela qual é tão importante a escolha de processos pilotos que tenham ampla possibilidade de discussão das matérias envolvidas, denominada por Temer (2015) como “representatividade argumentativa”. Por fim, o IRDR não pode ser instaurado nos casos em já tiver decisões no STJ ou STF acerca da matéria suscitada.

### **3 O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

#### **3.1 Competência do STJ E os Efeitos das Decisões**

Como já tratado, para que haja a instauração do incidente, antes de tudo, devem existir decisões conflitantes entre si que versem sobre o mesmo direito alvo de litígio, admitindo ou rejeitando a mesma solução jurídica, uma vez que sem divergência de entendimento e decisões não há que se falar em risco à isonomia e a segurança jurídica, devendo o IRDR ser instaurado quando existir pendência para julgamento no Tribunal, sendo a tese jurídica fixada base de casos atuais e futuros que versem sobre a mesma questão de direito.

Para que ocorra a suspensão dos processos que versem sobre a mesma matéria discutida no IRDR é preciso que ocorra uma limitação da disciplina alvo de discussão, para Didier e Temer (2016) é necessário que a matéria suscitada que busca a uniformização seja bem definida, de forma, a saber, exatamente quais processos serão afetados com a decisão, não sendo suficiente apenas a questão jurídica, devendo ocorrer à identificação da questão a ser submetida a julgamento, como também é importante ser identificado às razões que deram ensejo a controvérsia.

Tal quesito é tão importante para a fixação da tese jurídica que os processos que forem submetidos à tese fixada deverão não só conter a mesma questão jurídica suscitada, como também deverão estar ligados a todas às questões afetadas, uma vez que a ausência de relação entre a tese jurídica fixada e as circunstan-

cias fáticas presentes na ação afetada ocorrerá um julgamento com base em fundamento que não foi concedido às partes a oportunidade de contraditório.

Após a admissão do incidente, os processos que versem sobre a mesma matéria de direito serão suspensos e essa suspensão será comunicada aos juízes e órgãos competentes por meio de ofício, que, ao identificarem a necessidade de suspensão de processos de suas respectivas competências e de vinculação ao Tribunal julgador, manifestarão nos autos do incidente sobre a afetação ou não da matéria.

De acordo com o art. 926, *caput*, do CPC, os Tribunais devem uniformizar a jurisprudência e mantê-la de forma estável e coerente. Logo, pairam dúvidas se o próprio Incidente em análise não fere o próprio dispositivo que o criou, posto que na prática o julgamento de IRDR em Tribunais diferentes sobre o julgamento da mesma matéria de direito podem ter decisões antagonicas.

Nesse toar, é importante destacar o papel fundamental do STJ como sua competência atribuída no artigo 105, da Carta Magna, trata sobre processar e julgar conflito, principalmente sobre os efeitos das decisões proferidas pelo Superior Tribunal, *erga omnis*.

Diferentemente das decisões proferidas por TJ e TRF, que possuem efeito apenas para as varas de vinculação aos seus respectivos territórios, as decisões proferidas pelo STJ afetam todas as Varas e Tribunais do território nacional, devendo ocorrer a vinculação e subordinação das teses jurídicas fixadas pelas ações individuais ou coletivas julgadas.

Muitos doutrinadores, a exemplo de Didier Júnior e Carneiro (2016), entendem que o STJ é competente para analisar e julgar o IRDR em casos que versem sobre a competência recursal originária ou ordinária, por não existir nenhum critério impeditivo no CPC.

### **3.2 Análise do Art. 271-A do Regimento Interno do STJ e as Consequências Jurídicas**

Ao que se refere à possibilidade de instauração do IRDR diretamente no STJ, não existe previsão legal expressa, existindo de-

cisões jurisprudenciais acerca da possibilidade de instauração do incidente diretamente no órgão Superior por meio da interpretação de exclusão, uma vez que não existe nenhum dispositivo legal que impeça ou proíba a interposição diretamente no STJ.

Existindo, entretanto, previsão no art. 271-A do Regimento Interno do STJ quanto à possibilidade de suspensão dos processos em âmbito nacional por parte do Presidente do Tribunal a requerimento dos legitimados a instauração do incidente, exceto por parte do juiz e do relator, quando houver a necessidade de segurança jurídica e de excepcional interesse social.

Regulamentada pelo art. 271-A do RISTJ, o qual estabelece que o Presidente do Tribunal poderá, “considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, suspender, em decisão fundamentada, todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente”. (BRASIL, 2020).

Assim, questiona-se: será que o único competente para julgar o IRDR seria o próprio STJ e o STF quando se tratar de matérias de sua competência, conforme previsão Constitucional? A previsão processual de competência dos Tribunais para julgar e processar o IRDR não fere a competência do STJ?

Apesar de existir a previsão legal, no art. 982, § 3º, do CPC, sobre a possibilidade de interposição do recurso especial ou do recurso extraordinário em face da decisão proferida no incidente, para que haja o efeito suspensivo em todo o território nacional, é sabido que em decorrência da dificuldade de seguimento dos recursos Especial e Extraordinário muitos advogados não insistem no seguimento do recurso.

Art. 982. Admitido o incidente, o relator: [...] § 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado. (BRASIL, 2015).

Um dos motivos pelos quais houve a necessidade da criação do art. 271-A do RISTJ, tão importante para regulamentar o que o Código de Processo Civil deixou a mercê de críticas e indagações quanto à real aplicação nos casos práticos.

## 4 DAS VIOLAÇÕES

As problemáticas em questão/apontadas versam (em razão) sobre a possibilidade do julgamento do IRDR por parte dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais julgarem sobre matéria de direito idênticas e decidirem de forma antagônicas e, até mesmo, desconexas ferindo direitos Processuais e Constitucionais.

Percebe-se que os dois pilares ensejadores e norteadores da criação do Incidente, quais sejam: o risco a isonomia e a segurança jurídica, são alvo de questionamento desde os mais singelos, a exemplo: o efeito *erga omnis* apenas aos Tribunais de competência originária que originou o incidente; aos mais complexos, a exemplo: a necessidade da intervenção de Tribunais Superiores para a solução do incidente que poderia e deveria ser proposto a este diretamente, evitando, assim, a morosidade processual, a violação à independência funcional dos magistrados, o risco a isonomia e própria segurança jurídica.

Segundo Abboud (2015), à violação à independência do magistrado ocorre quando insurge sobre os magistrados decisões prolatadas por órgãos superiores sem a previsão na Constituição Federal.

Apesar de existir a previsão legal, art. 982, §3, do CPC, criado com o objetivo de asseverar a segurança jurídica, que trata sobre a possibilidade de interposição do recurso especial ou do recurso extraordinário em face da decisão proferida no incidente, para que haja o efeito suspensivo em todo o território nacional, é sabido que em decorrência da dificuldade de seguimento dos recursos Especial e Extraordinário muitos advogados não insistem no seguimento do recurso.

Logo, percebe-se que a criação do próprio IRDR como forma de garantir a isonomia e a segurança jurídica por si só não suficiente para que isso ocorra, sendo necessária a instauração do

recurso especial ou extraordinário para garantir o que anteriormente já estava previsto, porém, centralizado aos verdadeiros legitimados para decidirem controvérsias sobre questões unicamente de direito material ou processual, o STJ e o STF.

Apesar de não ser objeto de estudo deste artigo a análise da competência do STF, inegável que esse também é competente e legitimado para julgamento do IRDR de forma originária. Em outra vertente, é sabido que na prática forense não é comum a interposição de recurso até os Tribunais Superiores, quer seja pela dificuldade processual, quer seja pela inadmissibilidade do recurso na análise dos pressupostos de admissibilidade.

Os advogados não recorrem das decisões até o STJ, quando mormente decidem interpor recurso especial, tal recurso não é admitido, sendo denegado seguimento ao recurso, seja em razão do não cumprimento dos requisitos de admissibilidade do recurso, quer seja pela incidência e aplicabilidade da Súmula 7 do STJ, que trata sobre o não cabimento de recurso especial para reanálise de provas.

Diante do exposto, indaga-se, na realidade dos tribunais e frente aos empecilhos de interposição do recurso especial e o seu regular julgamento, a isonomia e a segurança jurídica realmente tem imperado?

Na hipótese de existir em um tribunal o entendimento firmado no IRDR as demais ações ingressadas após o entendimento firmado, estas serão de imediatas julgadas com a improcedência liminar do pedido, em evidente cerceamento de defesa, posto que, em casos piriformes, poderá existir em outros tribunais com decisões de IRDR sobre a mesma matéria com entendimento divergente.

Tal situação ocorre em virtude das decisões de IRDR possuírem apenas o efeito vinculante sobre os processos dos tribunais locais, diferente das decisões do STJ que possuem efeito erga omnes, com força vinculante sobre todos os tribunais pátrios.

Preconiza o artigo 958 da CPC que só poderá haver efeito suspensivo no incidente caso os legitimados queiram, em sede de recurso especial ou recurso extraordinário, o efeito suspensivo em todo território nacional (BRASI, 2015). Logo, percebe-se que, sem a interposição do recurso especial ou extraordinário, não terá como ocorrer a suspensão de dois ou mais processos que versem sobre a mesma matéria de direito do IRDR em âmbito nacional.

Ora, qual o objetivo do legislador ao criar um incidente que necessita da interposição do recurso especial ou extraordinário para aplicar o efeito suspensivo em âmbito nacional? Qual razão haveria da instauração do incidente que também irá vir a tratar sobre o mesmo tema?

É possível perceber que com o julgamento por parte dos Tribunais de Justiça e por parte dos Tribunais Regionais não haverá o efeito de suspensão dos demais processos que versem sobre a mesma matéria de direito em âmbito nacional, somente em âmbito local. Cumpre destacar que tal entendimento só é válido nos casos em que não ocorra a decisão de incidente de demandas repetitivas sobre a matéria discutida em Tribunais Superiores.

Evidencia-se que os julgamentos em sede de incidente geram decisões que acabam violando alguns direitos, uma vez que o ideal seria tratar no julgamento das demandas os desiguais na medida da sua desigualdade, aplicando a denominada igualdade material. O *animus* em reduzir o número de ações nos tribunais que versem sobre a mesma matéria, de forma geral, impossibilitam os eméritos julgadores analisar cada caso de forma imparcial que detalhava sobre a questão aduzida no processo.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR – demonstrou que o legislador ao inovar trazendo tal instituto para o ordenamento jurídico brasileiro, com base em experiências em aplicações em outros países, como na Alemanha, aplicou-o de forma permanente, instalando um incidente que em outros países eram aplicados de forma temporária, que busca a diminuição de litigiosos processuais que versam sobre a mesma causa unicamente de direito, garantindo, assim, a isonomia e a segurança jurídica.

Todavia, o presente estudo demonstrou que na prática a instauração do Incidente no âmbito dos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais causam violações processuais e constitucionais, inclusive ferindo o direito a isonomia e a segurança jurídica.

Dessa forma, apesar de brilhantíssima a previsão processual sobre o Incidente de Demandas Repetitivas, é possível perceber que o legislador deixou lacunas quanto à constitucionalidade dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais serem de fato os únicos legitimados para julgarem o incidente, assim como deixou questionamento quanto os efeitos em âmbito nacional, uma vez que em caso de decisões divergentes, os principais objetivos da instituição do IRDR no ordenamento jurídico, a isonomia e a segurança jurídica, deixam de fazer sentido.

Diante da análise do entendimento dos juristas estudados e abordados neste artigo, é possível perceber que os Tribunais Superiores, STJ e o STF, são os verdadeiros legitimados para analisarem e julgarem os Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, principalmente, quando se trata sobre a aplicação do efeito suspensivo em todo o território nacional, como forma de impedir decisões divergentes sobre o mesmo tema, bem como a violação a isonomia e a segurança jurídica.

Outrossim, é importante ressaltar que a designação do IRDR ao STJ e ao STF dependerá da matéria constitucional ou infraconstitucional abordada no Incidente. Dessa forma, como modo de aperfeiçoamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, necessário seria a criação de um sistema linear de decisões e entendimentos que não sejam conflitantes entre si, formados a partir do entendimento da corte e o julgamento do incidente, criando uma súmula vinculante que, por fim, teria o efeito *erga omnes* em todo território nacional, evitando, de forma precisa, o entendimento divergente entre os Tribunais Pátrios, o conflito de decisões, garantindo a isonomia e a segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório.** Revista de Processo. Vol. 240/2015, p. 221 – 242, fev. 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.** Gabinete do Ministro Diretor da Re-

vista. Brasília: STJ. 2020, 394p. Atualizado até a Emenda Regimental nº 36, de 24 de março de 2020. Disponível em: [https://www2.stj.jus.br/publicacao\\_institucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc](https://www2.stj.jus.br/publicacao_institucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc). Acesso em: 03 jun. 2020.

**BRASIL. Código de Processo Civil.** Brasília, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 06 mai. 2020.

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm), Acesso em: 03 mar. 2020.

**DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil:** o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal – vol. 3. 13. ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

**DIDIER JÚNIOR, Fredie; TEMER, Sofia.** A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. **Revista de Processos.** Vol. 258/2016, p. 257-278, ago. 2016.

**OLIVEIRA, Humberto Santarosa de.** **Os microssistemas de casos repetitivos – apontamentos sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os Recursos Repetitivos.** Rio de Janeiro, 2019.

**OLIVEIRA, Vallisney de Souza.** **O incidente de resolução de demandas repetitivas introduzido no Direito brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil.** Brasília, 2015.

**BRASIL.** Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.pdf](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf). Acesso em: 06 mai. 2020.

**TEMER, Sofia.** **Incidente de resolução de demandas repetitivas:** tentativa de sistematização. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015, p. 131.

**TEMER, Sofia.** **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.** Salvador: Jus Podivm, 2016.

# CAPÍTULO IV

## MULHERES NO PREFEM E O CUMPRIMENTO DAS REGRAS DE BANGKOK: UM OLHAR SOBRE O DIREITO INTERNACIONAL

*Lucivaldo da Silva dos Santos<sup>1</sup>*

*Edson Oliveira da Silva<sup>2</sup>*

### RESUMO

O presente artigo trata da aplicação das regras de Bangkok e tem o objetivo de analisar como ocorre o tratamento disponibilizado às mulheres do PREFEM-SE (Presídio Feminino em Sergipe) que cumprem pena privativa de liberdade em regime fechado. Nesse estudo foram utilizados como instrumentos a pesquisa literária, relatórios estatísticos e documentos de órgãos oficiais. A investigação realizada foi norteada pelo seguinte problema de pesquisa: Em que medida há o cumprimento das regras de Bangkok na atenção às mulheres (grávidas, com filhos e lactantes) no Presídio Feminino de Sergipe (PREFEM)? Diante disso será analisado de que forma o Estado de Sergipe se posiciona em relação ao efetivo cumprimento das regras, no que se referem a cinco das regras de Bangkok, as de número 48 a 52, regras essas que regulamentam o tratamento mínimo necessário às mulheres grávidas, com filhos e lactantes, na busca dos que cumprem pena em regime fechado.

**Palavras-chave:** Mulheres Grávidas. Prisão. Regras de Bangkok. Direitos Humanos.

### 1 INTRODUÇÃO

As condições dos presídios brasileiros de modo geral são as piores possíveis, considerando noticiários, reportagens e todos

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: lucivaldo.alleanzacont@outlook.com.

<sup>2</sup> Professor do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: edsonpmse@hotmail.com.

os meios de mídias sociais, as notícias são marcadas pela superlotação. Da mesma forma acontece quando se trata dos presídios femininos, diante de várias indagações sobre os presídios, temos localizado no município de Nossa Senhora do Socorro o PREFEM/SE (Presídio Feminino do Estado de Sergipe).

Segundo informações trazidas pelo INFOOPEN MULHERES, publicado em 2017, o relatório nacional sobre a população feminina no Brasil do Ministério da Justiça por meio do Departamento Penitenciário Nacional o Brasil passa de quinto para o quarto lugar dos países com maior população carcerária feminina no mundo, perdendo apenas para Estados Unidos, China, e Rússia no ano de 2016, nesse mesmo ano, presídio feminino de Sergipe consta um total de 226 a quantidade de mulheres presas segundo Infopen Mulheres, então esses números vêm aumentando de forma preocupante a nível nacional e devemos, assim, verificar em que condições então essas mulheres e como estão sendo tratadas, além de haver grande chance de descumprimento e condições desumanas para essas detentas, em específico pesquisaremos sobre as mulheres presas que estão gestantes, com filhos e lactantes.

No ano de 2010 a Assembleia Geral da ONU aprova as regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, a mesma foi motivada por um Histórico de medidas e resoluções sobre justiça criminal inspirada em grande parte nas Regras Mínimas de Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela), seu nome Bangkok se deu por homenagem ao Líder do Estado da Nação da Tailândia, que sugeriu as medidas em que estabelece a importância e necessidade da criação das regras para tratamento de mulheres presas, dessa forma, as regras receberam o nome da capital de seu País.

Será abordada no presente estudo a resolução que trata das condições das mulheres nos presídios, assim, conceitos e algumas regras importantes dessa recomendação das nações unidas, nas quais traremos em específico as regras 48 a 52 e sua relação com o princípio da Dignidade da pessoa Humana para esse grupo de mulheres gestantes com filhos e lactantes.

No estudo serão usadas essas regras para verificar como o Estado de Sergipe se posiciona no ranking de estatísticas em re-

lação ao seu cumprimento, além disso relacionaremos seus resultados com a situação de outros Estados e regiões, em uma análise de dados registrados por alguns Órgãos e documentos oficiais, tais como a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Sergipe, Conselho Nacional de Justiça, Departamento Penitenciário Nacional.

A problemática desse estudo se dá em saber se o Prefem cumpre as regras de Bangkok, visto que existem mulheres gestantes presas, e averiguar quais as condições. Tendo como objetivo geral analisar os relatórios estatísticos de dados emitidos pelos órgãos oficiais sobre o Presídio Feminino em Sergipe e, de forma específica, saber em que condições as mulheres gestantes, lactantes e com filhos estão sendo tratadas, bem como verificar o respeito e aplicação das regras de Bangkok, especialmente de número 48 a 52. A metodologia desse estudo foi a pesquisa literária, relatórios estatísticos e documentos de órgãos oficiais.

## **2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AS REGRAS DE BANGKOK APLICADAS AS MULHERES PRESAS GESTANTES, COM FILHOS E LACTANTES**

A condição em que se encontra o ser humano não pode ser colocada como parâmetro ou justificativa para o desrespeito, mesmo que tenha cometido algum delito, esteja a margem da sociedade, morador de rua ou esteja cumprindo pena privativa de liberdade, assim, o respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é inerente ao ser humano, infelizmente nossa sociedade conta com uma política da justiça do ódio, que entende que quem comete alguma infração penal deve pagar de forma sofrida na cadeia, comer comida estragada e sofrer punições severas, sendo retiradas delas além da liberdade sua dignidade como ser humano, dessa forma, a sociedade caminha para se tornar justiceira cometendo injustiça.

O fato de um ser humano encontrar-se preso por ter cometido delitos não justifica o desrespeito à dignidade da pessoa Humana, tratando-se especificamente das mulheres presas, que por natureza precisam de tratamentos diferenciados por distintas necessidades, assim, as regras de Bangkok trazem em seus princípios

básicos a esse reconhecimento e respeito a essas particularidades. Diante disso, entendendo as mais variadas situações pelas quais as mulheres fisicamente e psicologicamente precisam de apoio, a exemplo, no momento da gestação, o pré-natal, o pós-parto, amamentação e cuidado com a saúde, assim como sua condição emocional, visto que é um período delicado na vida da mulher. Dessa maneira, torna-se mais complicado passar por tudo isso dentro de uma prisão sem apoio dos familiares para ajudarem no período puerperal, com cuidados pessoais e com o filho de forma digna, diante dessas e de outras situações específicas das mulheres que as regras de Bangkok foram estabelecidas para assegurar um tratamento adequado às mulheres presas como recomendado pela ONU – Organização das Nações Unidas. Tratando-se de dignidade da pessoa humana para Ramos (2017),

Assim, a dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições materiais mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo etc. (RAMOS, 2017, p. 75).

Em proteção aos direitos Humanos também o artigo 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo decreto número 592, de 06 de julho de 1992 contém o seguinte: “ninguém poderá ser submetido a tortura, nem penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas.” (BRASIL, 1992).

Os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna.

Não há um rol predeterminado desse conjunto mínimo de direitos essenciais a uma vida digna. As necessidades humanas variam e, de acordo com o contexto histórico de uma época, novas demandas sociais são traduzidas juridicamente e inseridas na lista dos direitos humanos. (RAMOS, 2017, p. 21)

O tripé tão discutido ao longo da história e pelos defensores dos direitos humanos, que são a liberdade, igualdade e dignidade, sendo que são basilares para o respeito à pessoa humana e essenciais, servem para entender o quanto os Direitos humanos são importantes e indispensáveis para obter uma vida pautada na dignidade.

Diante de várias recomendações destacam-se as seguintes regras retiradas da resolução de Bangkok que são as de títulos 48 a 52 que dizem respeito às mulheres gestantes, com filhos e lactantes, para que se verifique como têm sido aplicadas as mencionadas regras no PREFEM-SE, mediante dados oficiais que serão analisados a seguir de cada regra:

#### Regra 48

1. Mulheres gestantes ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser elaborado e supervisionado por um profissional da saúde qualificado. Deverão ser oferecidos gratuitamente alimentação adequada e pontual, um ambiente saudável e oportunidades regulares de exercícios físicos para gestantes, lactantes, bebês e crianças.
2. Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos/as, salvo se houver razões de saúde específicas para tal.
3. As necessidades médicas e nutricionais das mulheres presas que tenham recentemente dado à luz, mas cujos/as filhos/as não se encontram com elas na prisão, deverão ser incluídas em programas de tratamento. (CNJ, 2016, p. 32)

Os cuidados com mulheres gestantes ou lactantes devem ser maiores, sendo que deve ser feito o acompanhamento médico

da evolução da gestação e monitoramento da saúde e desenvolvimento do feto e da mãe, no qual existe um cronograma de consultas e exames que devem ser feitos pela gestante, afim de que reduza as possibilidades de complicações ou surpresas no momento do nascimento da criança.

A pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em visita realizada ao Presídio Feminino de Sergipe – PREFEM, no dia 08.02.2018 identificou existir 11 detentas gestantes, além disso, foram encontradas falhas que vão de encontro com as regras estabelecidas no tratado da ONU em relação aos cuidados com a saúde das gestantes, esse estudo apontou que a unidade nessa data só obtinha em seu quadro de funcionários dois médicos, um enfermeiro, um assistente social, um psicólogo e um dentista para prestarem atendimento a 229 presas. (CNJ, 2018)

A ordem dos advogados no Brasil, por meio de seu relatório do presídio feminino elaborado, em 20 de agosto de 2019, aponta que, mesmo tento a sala para cuidados de saúde, essa mesma sala é multifuncional, na qual funcionam diversos atendimentos, como clínico geral dentista e psicólogo, somente sendo feitas as adequações de horários para os profissionais exercerem as consultas. (OAB, 2019)

No que concerne a ‘Regra 49’, a mesma dispõe que “Decisões para autorizar os/as filhos/as a permanecerem com suas mães na prisão deverão ser fundamentadas no melhor interesse da criança. Crianças na prisão com suas mães jamais serão tratadas como presas”. (CNJ, 2016, p. 33).

As crianças não podem sofrer as mesmas condições de privação da liberdade que as mães, dessa forma, as unidades prisionais devem por recomendação ter berçários e creche, Sergipe atende a recomendação quanto ao berçário, porém, ainda não tem creche no PREFEM.

A ‘Regra 50’ dispõe que “Mulheres presas cujos/as filhos/as estejam na prisão deverão ter o máximo possível de oportunidades de passar tempo com eles”. (CNJ, 2016, p. 33). O desenvolvimento da criança, principalmente nos seus primeiros anos de vida, é de grande relevância que exista o contato com a genitora, tanto pela troca de afeto quanto para o crescimento saudável por meio da amamentação. Esse tempo que a mãe passa com o filho é muito importante para uma melhor condição emocional e melhor interesse criança.

Conforme se pode perceber, no Quadro 1 é exposto o quantitativo de crianças dispostas da seguinte forma: haviam 181 crianças vivendo com as mães no interior do estabelecimento prisional. Nos 19 estabelecimentos onde existiam crianças, o quantitativo varia de 1 a 42:

**Quadro 01 – Quantitativo de crianças**

Estabelecimentos	Quantidade de crianças
Penitenciária Feminina da Capital (SP)	43
Centro de Referência à Gestante Privada de Liberdade (MG)	31
Instituto Penal Feminino Desembargadora Auri Moura Costa (CE)	17
Unidade Materno Infantil (RJ)	13
Centro de Reeducação Feminino de Ananindeua – UMI (PA)	13
Penitenciária Feminina do Distrito Federal (DF)	9
Penitenciária Fem. Dra. Marina Cardoso de Oliveira do Butantan (SP)	9
Colônia Penal Feminina do Recife (PE)	7
Penitenciária Feminina do Paraná (PR)	7
Penitenciária Feminina de Cariacica (ES)	6
Penitenciária Feminina Madre Pelletier (RS)	5
Presídio Feminino Santa Luzia (AL)	5
Penitenciária Feminina de Pedrinhas (MA)	4
Presídio Regional de Itajaí (SC)	3
Presídio Feminino do Estado de Sergipe (SE)	3
Conjunto Penal de Feira de Santana (BA)	2
Estabelecimento Penal Feminino Irmã Zorzi (MS)	2
Centro de Prisão Provisória de Aparecida de Goiânia (GO)	1
Conjunto Penal Feminino Consuelo Nasser (GO)	1
<b>Total</b>	<b>181</b>

**Fonte:** Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2018, p. 22)

O Relatório estatístico do Conselho Nacional de Justiça apresenta que em 08.02.2018 existiam 3 lactantes com filhos em idade média de 8 meses de vida no PREFEM, foi constatado que a unidade tem em suas dependências espaços materno-infantil, Sergipe se destaca nessa regra de forma que cumpre a orientação de maneira satisfatória. O relatório verificou nas unidades sobre o item: Registro no Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais do nascimento das crianças cujas mães estão custodiadas no estabelecimento penal, em 2018, apontou a situação de algumas crianças em 5 unidades prisionais do país, no qual Sergipe aparece entre elas, de maneira que apresentou uma criança sem registro Civil no Presídio Feminino do Estado de Sergipe, não foi verificado outra situação, tal como ocorreu na Penitenciária Feminina do Distrito Federal que além de 2 crianças sem registro Civil, haviam 4 crianças sem vacina, da mesma forma, sem vacina, foi encontrada uma criança no centro de Reeducação Feminino de Ananindeua, além de 5 outras crianças sem registro civil, as outras unidades são: o Instituto Penal Feminino Desembargadora Auri Moura Costa, com 11 crianças sem registro civil e a Penitenciária Feminina da Capital, com 14 crianças sem registro civil, números bastante elevados. (CNJ, 2018).

Dante disto, as justificativas apresentadas para essa situação são as mais diversas, no entanto demonstra-se que algumas dificuldades para o cumprimento do registro civil da criança após o nascimento não são de grandes complexidades para resolver.

No que concerne a 'Regra 51' tem-se que:

1. Crianças vivendo com as mães na prisão deverão ter acesso a serviços permanentes de saúde e seu desenvolvimento será supervisionado por especialistas, em colaboração com serviços de saúde comunitários.
2. O ambiente oferecido para a educação dessas crianças deverá ser o mais próximo possível àquele de crianças fora da prisão.

#### Regra 52

1. A decisão do momento de separação da mãe de seu filho deverá ser feita caso a caso e fun-

dada no melhor interesse da criança; no âmbito da legislação nacional pertinente.

2. A remoção da criança da prisão deverá ser conduzida com delicadeza, e apenas quando alternativas de cuidado da criança tenham sido identificadas e, no caso de presas estrangeiras, com consulta aos funcionários/as consulares.

3. Uma vez separadas as crianças de suas mães e colocadas com familiares ou parentes, ou sob outras formas de cuidado, serão oferecidas às mulheres presas o máximo de oportunidades e condições para encontrar-se com seus filhos e filhas, quando estiver sendo atendido o melhor interesse das crianças e a segurança pública não for comprometida. (CNJ, 2016, p. 33)

Esta relação de mãe e filho no presídio ao longo do tempo se mostra muito conturbada, desde o próprio ambiente ao desrespeito a dignidade da pessoa humana, o próprio sistema impulsiona as situações degradantes e desumanas por falta de políticas públicas de encarceramento e, muitas das vezes, o próprio descumprimento direto das leis e tratados internacionais, assim como recomendações das Nações Unidas.

O afastamento do filho da mãe deve ser conduzido observando o melhor interesse da criança, visto que a criança não pode sofrer e pagar pelos atos praticados pela mãe, e os danos são enormes psicologicamente e fisicamente para criança que vive sem os cuidados de sua genitora. Com a pesquisa, observou-se que o Presídio feminino cumpre os requisitos e não foi registrado nenhum caso de maus tratos ou conduta desumana com as crianças na unidade prisional.

Até o efetivo reconhecimento das regras de Bangkok as mulheres presas que fossem dar à luz eram algemadas na cama no momento do parto, não existia aparo legal para impedir tal situação, a partir das regras foi inserido no parágrafo único no art. 292 do código de processo penal a vedação a tal prática desumana, o relatório do Conselho Nacional de Justiça aferiu que, em 2018, um percentual de 20,6% relativo as unidades prisionais que desobedecem a lei 13.434/2017 e usam algemas no momento do parto. Em Sergipe não é feito o uso de algemas no momento do parto, cumprido, assim, as regras nesse quesito em destaque. (CNJ, 2018).

Em uma análise geral do presídio feminino do estado de Sergipe, pode-se aferir alguns pontos negativos verificados e pode-se enfatizar que as crianças nesse estabelecimento prisional demoram uma média de dez dias para efetivar o registro civil da criança, sendo que esse registro poderia ser feito de imediato na maternidade, como é a recomendação. Um segundo apontamento relevante é que há dois casos de mulheres que entraram na unidade logo após o parto, ou seja, vivenciando o período puerperal.

As detentas dessa do PREFEM encontravam-se, no momento da visita do Conselho Nacional de Justiça, sem uma odontóloga, visto que a mesma estava afastada e não foi substituída. Dessa forma, é importante o acompanhamento desses Órgãos Oficiais para que se tenha fiscalização e melhoria das unidades prisionais do nosso país, objetivando a evolução do respeito por parte da nossa Sociedade ao cumprimento dos Direitos Humanos.

### **3 POSICIONAMENTO E JURISPRUDÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, COM FUNDAMENTAÇÃO OU CITAÇÃO DAS REGRAS DE BANGKOK**

As regras de Bangkok recomendadas em Assembleia Geral na ONU – Organizações das Nações Unidas, Resolução nº 2010/16 de junho de 2010, na qual o Brasil teve uma participação muito significativa na construção das regras, mas não ocorreu o mesmo comprometimento quando a aplicabilidade dessas regras, visto que as mesmas só foram traduzidas para o português em 08 março de 2016, vale salientar que o Brasil firmou compromisso internacional, desse modo, deve respeitar e cumprir as regras.

#### **3.1 Posicionamento e Jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, com Fundamentacao ou Citacao das Regras de Bangkok**

O STF proferiu posicionamentos e decisões com fundamentação nas regras de Bangkok como é observado nas decisões:

EMENTA: HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BURECRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉ-NATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRESCHES. ADPF 347 MC/DF. Sistema prisional brasileiro. Estado de coisas inconstitucional. Cultura do encarceramento. Necessidade de superação. Detenções cautelares decretadas de forma abusiva e irrazoável. Incapacidade do estado de assegurar direitos fundamentais às encarceradas. Objetivos de desenvolvimento do milênio e de desenvolvimento sustentável da organização das nações unidas. Regras de bangkok. Estatuto da primeira infância. Aplicação à espécie. Ordem concedida. Extinção de ofício. (HC 143641/SP – SÃO PAULO – HABEAS CORPUS. Relator(a): min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 20/02/2018- Órgão Julgador: Segunda Turma).

Decisão proferida pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal (STF), em Habeas Corpus em Ação Civil Pública ajuizada pela Defensoria Pública, retirando dos presídios e devolvendo dignidade por meio da liberdade em prisão domiciliar a mulheres em prisão preventiva em condições degradantes, gestantes e com filhos de até 12 anos, também foram incluídas as mulheres com deficiência.

Essa decisão foi para os Direitos Humanos e para as regras de Bangkok um marco no Brasil, por se tornar uma jurisprudência muito clamada nos processos das diversas comarcas no nosso país, por ser uma decisão do Supremo Tribunal Federal que fundamenta seu voto e faz a devida aclamação às regras de Bangkok da maneira que elas merecem.

Sergipe lidera um índice amargo de 70,79% de mulheres presas provisoriamente e sem condenação em relação ao total de presas do Estado, indo, dessa maneira, na contramão dos índices nacionais, seguido do Amazonas e Piauí (DEPEN, 2017). Com relação à estrutura do PREFEM, como não se pode realizar a pesquisa de campo para obter os dados inerentes a estrutura do mencionado presídio, obteve-se a estrutura citada por Andrade (2015):

**Tabela 01 - Distribuição das unidades referentes à Infraestrutura**

<b>Infraestrutura do PREFEM</b>	
<b>Espaço</b>	<b>Quantidade</b>
Pavilhão 01	<b>14 celas</b>
Pavilhão 02	<b>17 celas</b>
Berçário	<b>02 celas</b>
Cela especial para idosa e deficiente	<b>1 cela</b>
Sala de aulas	<b>2</b>
Biblioteca	<b>1</b>
Sala de vídeo	<b>1</b>
Sala de artesanato	<b>1</b>
Sala de instrutores	<b>1</b>
Refeitório	<b>1</b>
Lavanderia	<b>1</b>
Capela ecumênica	<b>1</b>
Fábrica-escola de corte e costura	<b>1</b>
Sala de serviço social	<b>2</b>
Sala de psicologia	<b>1</b>
Consultório odontológico	<b>1</b>
Consultório médico	<b>1</b>
Enfermaria	<b>1</b>
Almoxarifado	<b>2</b>

Sala de monitoramento	1
Cartório	1
Sala de recursos humanos	1
Sala de direção	2
Sala de reunião	1
Parlatório	1
Sala de pertences	2
Salas de inspetoria	3
Alojamentos	2
Cozinha industrial	1

Fonte: Andrade (2015)

A tabela anterior expõe a estrutura disponível quando realizado o estudo por Andrade (2015) para garantir o cumprimento das regras de Bangkok, ora expostos neste artigo. Para permitir a relação entre a estrutura disponibilizada no PREFEM e o entendimento jurisprudencial a seguir exibe-se um julgado que trata do tema estudado:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 2. PACIENTE CONDENADA POR FURTO. MÃE DE TRÊS CRIANÇAS MENORES DE DOZE ANOS, DAS QUAIS UMA COM APENAS UM ANO DE IDADE, EM FASE DE AMAMENTAÇÃO. 3. PRISÃO DOMICILIAR POSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 4. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO A AUTORIZAR A SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 5. AGRAVO PROVIDO PARA, DE OFÍCIO, CONCEDER A ORDEM. (HC 149803 Agr SP – São Paulo. Ag. Reg. No Habeas Corpus. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Relator(a) para Acordão: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 11/09/2018. Órgão Julgador: Segunda Turma).

Trata-se do julgamento de um Agravo regimental no *Habeas Corpus*, no qual a paciente foi condenada por furto, porém, diante disso, foi requerida a possibilidade da prisão domiciliar, por

se tratar de uma mãe de três filhos menores de doze anos, sendo que uma delas encontra-se em fase de amamentação. Ratificando, assim, o dever que o Brasil adotou em seguir as recomendações mínimas de tratamento as mulheres presas ao aderir a resolução das Nações Unidas, visto que assumiu mediante compromisso firmado no âmbito internacional, não se pode admitir a demora em ter uma concreta aplicação das medidas, para que apresente melhores resultados, não só em Sergipe, como também em outras unidades prisionais para mulheres, no qual o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEM), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), entre outros órgãos ligados ou defensores dos direitos humanos vêm apresentando, por meio de seus relatórios, situações inaceitáveis nos dias atuais, a exemplo de filhos sem registro vivendo dentro das Unidades Prisionais, esses dados foram aferidos em cinco unidades prisionais do Brasil, mulheres algemadas no momento do parto, desta feita, 7 unidades apresentaram que não cumprem a lei.

Todos os partos são realizados em hospitais públicos fora do estabelecimento prisional, 20,6% dos estabelecimentos visitados não asseguram o cumprimento da Lei nº 13.434/2017 (que vedava o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato). (CNJ, 2018, p. 19)

Sobre o tema destaca-se a seguinte ementa de julgado:

**EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA CONCESSIVA DE PRISÃO DOMICILIAR. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PACIENTE COM 2 FILHOS MENORES DE 12 ANOS. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HC COLETIVO Nº 143.641/SP (STF). DÚVIDAS SOBRE A GUARDA. VALORAÇÃO DA PALAVRA DA MÃE, SEM PREJUÍZO DA ELABORAÇÃO DE AUDIÓ SOCIAL. PRECEDENTE STF. PANDEMIA PELO CORONAVÍRUS – COVID 19. RECOMENDAÇÃO N. 62 DO CNJ. REANÁLISE DA PRISÃO. GRUPO: MULHER COM FILHO MENOR DE 12 ANOS. TEMPO DE PRISÃO SUPERA 1 (UM) ANO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO CONHECIDO**

E NÃO PROVIDO. (AgRg no RHC 122051/SP – Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Min. Reynaldo Soares da Fonseca (1170). T5 -Quinta Turma. Julgamento: 20/02/2020).

**13EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO ORDINÁRIO. RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO MONOCRÁTICA. LEGALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. TÓPICO ENFRENTADO NA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECRUSAL DO PARQUET. PARCIAL CONHECIMENTO DO RECURSO. PRISÃO DOMICILIAR CONCEDIDA. SUSPEITA DE DEPÓSITO DE DROGAS NA RESIDÊNCIA REVELADA POR INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CIRCUNTÂNCIA NÃO EXCEPCIONAL. ACIENTE COM FILHO MENOR DE 12 ANOS. PRSENCÃ DOS REQUISITOS LEGAIS. PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA. PRIORIDADE. HC COLETIVO Nº 143.641/SP (STF). RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. (AgRg no HC 560412/RN. Min. Reynaldo Soares da Fonseca (1170). T5-Quinta Turma. Julgamento: 20/02/2020).**

Diante disso, pode-se afirmar que os tribunais cristalizaram o entendimento e que as recomendações contidas nas regras de Bangkok devem ser consideradas como peça importante para embasamento de decisões do Judiciário e como documento internacional em que o Brasil é signatário.

Levando em consideração esse contexto, o julgado anterior concedeu a mudança de prisão privativa de liberdade em prisão domiciliar, entendendo que é a melhor condição para a gestante e mãe com filhos possam ter condições dignas, certo que se deve sempre analisar o caso concreto, muitas prisões oferecem péssimas condições para a gestante e não conseguem atender as condições mínimas indispensáveis para a gestante e as crianças que necessitam de situações especiais.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que possamos viver em uma sociedade mais justa, que respeita os Direitos Humanos e mantém seus princípios e valores sociais, é necessário o cumprimento de todo o ordenamento jurídico positivado, os acordos e tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos nos quais nosso país é signatário, sendo assim, as regras de Bangkok devem sim ser respeitadas e aplicadas aos casos concretos como medida de proteção e defesa do princípio da dignidade da pessoa Humana, em especial. Esse trabalho pesquisou por meio de relatórios de órgãos oficiais, assim como a busca por conceitos bibliográficos referentes ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no qual identificou-se, por meio de dados, como está sendo o tratamento dado as mulheres grávidas, com filhos e lactantes presas no PREFEM-SE, na verificação da aplicação das regras 48 a 52 nessa unidade prisional.

Mesmo em condições fora da normalidade e sem liberdade que é o ambiente prisional, a mulher que se encontra presa merece um tratamento digno de um ser humano, principalmente as com necessidades especiais, como no caso das gestantes, lactantes e com filhos, dessa forma, o presente estudo identificou e teve seus objetivos atendidos por meio dos relatórios de órgãos oficiais, obtendo dados sobre quais as condições em que estão sendo tratadas essas mulheres no Presídio Feminino localizado no município de Nossa senhora do Socorro, no estado de Sergipe, em 2018, identificando para relatório de gestantes do conselho Nacional de Justiça o quantitativo de três lactantes que vivem com seus filhos na prisão e aferiu que existiam 11 internas gestantes.

Dentro do questionamento sobre a regra que as Mulheres gestantes ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser elaborado e supervisionado por um profissional da saúde qualificado, o Presídio cumpre a recomendação de Bangkok, ofertando para suas detentas boas condições e acompanhamento profissional, no que diz respeito às condições de saúde e sala de atendimento clínico também cumpre de forma satisfatória o atendimento médico, apesar da Unidade

Prisional Feminina está operando em sua capacidade máxima de lotação, da mesma forma um ponto negativo que o estudo apontou foi a existência de um único enfermeiro, dois médicos, um assistente social e um psicólogo, sendo assim, um quadro muito reduzido de funcionários que trabalham no limite da capacidade humana, fazendo, assim, a ampliação do quantitativo de profissionais dessa área, também foi apontado que é compartilhada a mesma sala para todos os profissionais de saúde fazendo a divisão de horários para atendimento, isso é um ponto negativo, visto que uma possível situação de urgência por parte das detentas causaria dificuldade para um atendimento hábil.

Outrossim, os dados coletados no presente estudo apresentam elementos importantes que foram analisados como o atendimento do PREFEM. A Lei nº 13.434/2017 em que é vedado o uso de algemas no momento do parto nas gestantes, sendo que 20,6 % dos presídios do Brasil ainda usam algemas no momento do parto, outro importante destaque e resultado identificado é que o presídio feminino é negativamente o primeiro colocado em presas provisórias sem condenação, com a marca de 70,79% das detentas nessa condição, superando até a média nacional que é de 37,67%, indo na contramão dos direitos humanos. O Supremo Tribunal Federal vem decidindo em favor das conversões de prisão preventiva em domiciliar por conta das condições desumanas que se encontram as detentas gestantes e com filhos menores de 12 anos nos presídios brasileiros, presas, muitas das vezes, por tráfico de drogas, sendo que são réus confessas resta saber se condiz tal confissão com a realidade.

Durante o estudo pode-se aferir das mais variadas situações em relação às condições das detentas no Presídio de Sergipe, não foram identificadas condições desumanas, sendo, assim, considerado um presídio bem estruturado e que cumpre as regras de Bangkok de forma significativa em relação às gestantes, lactantes e com Filhos, certo que se faz necessário corrigir as regras que não estão sendo cumpridas conforme apontado no presente estudo.

Ainda que a pesquisa aponte alguns dados favoráveis, faz-se necessária à melhoria de pontos negativos como a problemática da superlotação, baixo quantitativo no quadro de funcionários de

saúde da unidade e ampliação das instalações da sala de saúde. Com este estudo chegou-se à conclusão que a unidade do PREFEM é uma das que cumprem as orientações de regras mínimas de tratamento das mulheres gestantes, com filhos e lactantes presas.

Por fim, é importante destacar o trabalho da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Sergipe, por meio da Comissão de Direitos Humanos e o Núcleo de Políticas Carcerárias e Segurança Pública, que fazem visitas de fiscalização e recomendações e emitem o Relatório sobre a situação do presídio feminino – PREFEM/SE, contribuindo para melhoria das condições das mulheres nessa Unidade Prisional.

## REFERÊNCIAS

**ANDRADE, Fabiana Santos. Pela cortina do desvio: a trajetória de mulheres presas do presídio feminino de Nossa Senhora do Socorro-SE.** (Dissertação de mestrado em Antropologia – Universidade Federal de Sergipe, 2015); orientadora: Christine Jacquet. – São Cristóvão-Se, 2015. Disponível em: [https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/3186/1/FABIANA\\_SANTOS\\_ANDRADE.pdf](https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/3186/1/FABIANA_SANTOS_ANDRADE.pdf). Acesso em: 04 mai. 2020.

**BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Bangkok.** Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2019/09/cd8bc11ffdcbe397c32eecdc40afbb74.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2020.

**BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Levantamento de Informações Penitenciárias INFOOPEN.** Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/inf\\_open-mulheres/copy\\_of\\_Infopenmulheresjunho2017.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/inf_open-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf). Acesso em: 10 abr. 2020.

**BRASIL, Decreto nº 592,** de 06 de julho de 1992. Brasília, 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em 10 mai. 2020.

**BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Estatístico - Visita às mulheres grávidas e lactantes.** Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/10/a98f1dbdd2\\_a579c9dc-f602c37ebfbbd\\_c0aacbe4a781a772ee7dce8e4c9a060.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/10/a98f1dbdd2_a579c9dc-f602c37ebfbbd_c0aacbe4a781a772ee7dce8e4c9a060.pdf). Acesso em 06 mai. 2020.

**CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal,** Volume 1, parte geral São Paulo: Edições 21. Saraiva, 2017.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Relatório da atual situação do presídio feminino - Prefem.** Aracaju: Comissão dos Direitos Humanos, OAB, Seccional Sergipe, 2019. Arquivo em pdf.

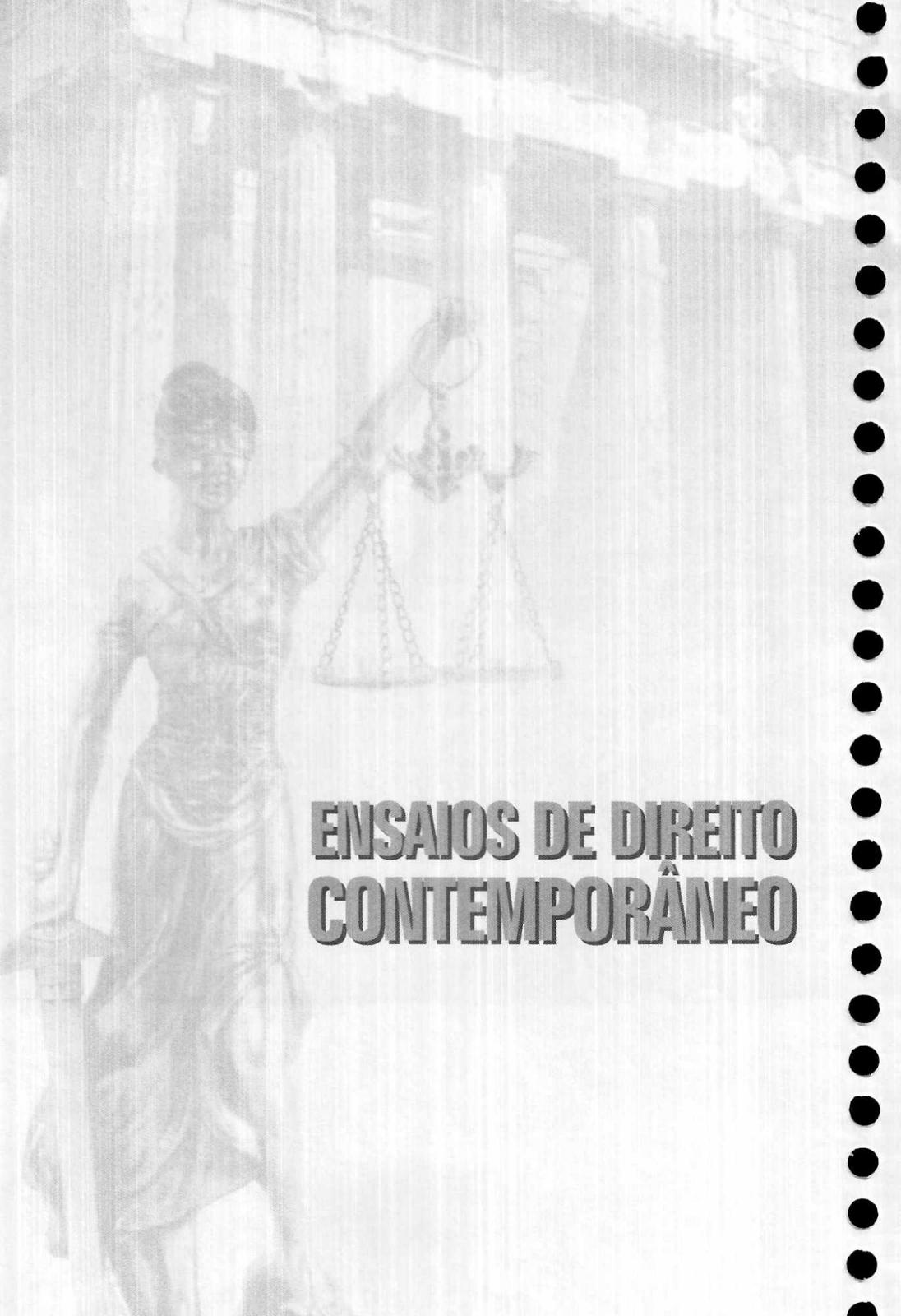
RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos / André de Carvalho Ramos.** – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641 São Paulo.** Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 20/02/2018. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>. Acesso em: 13 mai. 2020.

Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. No Habeas Corpus 149.803.** Relator(a): Min. Dias Toffoli e Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 11/09/2018. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748869 775>. Acesso em: 13 mai. 2020.

Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Habeas Corpus 122051 São Paulo.** Relator(a): Min. Reynaldo Soares da Fonseca (1170). T5-Quinta Turma. Julgamento: 28/04/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=REGRAS+DE+BANGKOK&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 13 mai. 2020.

Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas 560412 Rio Grande do Norte.** Relator(a): Min. Reynaldo Soares da Fonseca (1170). T5-Quinta Turma. Julgamento: 20/04/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre= REG RAS+DE+BANGKOK&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 13 mai. 2020.



# **ENSAIOS DE DIREITO CONTEMPORÂNEO**

# CAPÍTULO V

## O PROBLEMA DAS QUEIMADAS NA AMAZÔNIA: O EXERCÍCIO DO DIREITO DE PROPRIEDADE X O DIREITO AO MEIO AMBIENTE SAUDÁVEL

*Manoel Batista Santos Sobrinho<sup>1</sup>*

*Edson Oliveira da Silva<sup>2</sup>*

### RESUMO

O presente artigo aborda a problemática que envolve as queimadas na Amazônia, focalizando a dicotomia entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente saudável. O art. 225 da Constituição Federal de 1988 garantiu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Mas, para que isso aconteça, a comunicação ambiental das ocorrências de queimadas deve ser publicitada para que o poder público e a coletividade possam promover as ações direcionadas. O estudo objetiva investigar através do levantamento e análise dos dados coletados os registros das ocorrências de queimadas na Amazônia, centrando-se no reconhecimento definitivo do direito ao meio ambiente saudável, como direito fundamental já reconhecido pelo ordenamento jurídico de vários Estados. Como fonte de estudo, a pesquisa orienta-se pela leitura de bibliografia diversificada acerca dos supramencionados temas que trilham entre doutrina jurídica e livros/textos científicos. Por fim, pretende-se analisar a evolução do art. 225 da CF/88, já sedimentado dispositivo constitucional pátrio que trata da proteção ao meio ambiente e suas implicações relacionadas ao tradicional conceito de propriedade.

**Palavras-chave:** Direito à propriedade; direito ao meio ambiente ecologicamente sustentável.

---

<sup>1</sup> Bacharelando em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: manoel.sobrinho@tjse.jus.br.

<sup>2</sup> Professor do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: edsonpmse@hotmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

Todos os cidadãos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. (Artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos).

As queimadas na Amazônia, tema central na mídia brasileira e internacional, vêm provocando manifestações de governos estrangeiros, de personalidades de todo o mundo e da população em geral, ocupando o lugar de assunto mais debatido nos meses de janeiro a agosto de 2019. Vários discursos oriundos das mais diversas fontes: governo brasileiro, ONGs, redes sociais, celebridades e chefes de Estado, repercutiram o tema.

Esse arcabouço discursivo envolve a manipulação de informações, dados e imagens, cada um tentando organizar os fatos em seu favor. Do surgimento dessas disputas narrativas que apresentam, de um lado ou de outro, uma realidade fragmentada, isto é, que esconde o real interesse de cada ator ou sujeito do discurso, apresenta-se a necessidade de uma análise fundamentada nos princípios e garantias constitucionais diante da relevância social do assunto.

A par disso, procuraremos neste trabalho analisar a referida crise ambiental sob o lume dos artigos 186 e 225, ambos da Carta Magna de 1988. Nesse estudo procura-se estabelecer um ponto de harmonia entre a garantia de direitos como, por exemplo, o exercício do direito de propriedade, versus a salvaguarda, também constitucional, do direito a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados na Carta Cidadã correspondem aos direitos inerentes a todos os seres humanos, independente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião e baseiam-se no respeito em relação ao indivíduo. Classificam-se em direitos fundamentais de primeira dimensão, isto é, aqueles ligados ao valor liberdade, quais sejam os direitos civis e políticos, que têm caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado. Já os direitos fundamentais de terceira dimensão, ligados ao valor fraternidade ou solidariedade, são os relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, destinados à proteção do gênero humano.

Por fim, há quem fale ainda em direitos de quarta geração introduzidos no âmbito jurídico pela globalização política, os quais compreendem os direitos à democracia, informação e pluralismo.

Em relação ao direito de propriedade, importa destacar que documentos históricos, como a Carta de Caminha, demonstram que a propriedade do território brasileiro nasce com a ocupação pela Coroa Portuguesa. Na carta consta referência à terra como propriedade do rei de Portugal. Assim, o território brasileiro surgiu como propriedade da Coroa Portuguesa. Propriedade absoluta, tal qual a monarquia, sem impor limites a si própria.

Porém, a propriedade privada de terras já nasce com restrições, limitações e condicionamentos. É o que se verifica na concessão de terra mediante Capitanias e Sesmarias cujos cessionários deveriam cumprir imposições tais como o cultivo da terra, sob pena de perda do uso. Isso mostra uma preocupação do Estado em conceder terras a quem dela fosse efetivamente fazer uso. Indícios daquela que viria a consagrar-se como a função social da propriedade que atua limitando o exercício do direito de propriedade. Como princípio basilar da ordem econômica e social, impõe que o proprietário não mais pode utilizar o seu bem egoística e discriminadamente, desrespeitando direitos da coletividade. Tal concepção permeia o ordenamento jurídico pátrio, como veremos a seguir. Sendo o direito de propriedade um dos direitos humanos de primeira dimensão (direito civil e político).

No que toca ao direito ao meio ambiente saudável e ecológicamente equilibrado, vale ressaltar que se trata de um exemplo de “direito fundamental como um todo”, visto que representa um

leque das situações suscetíveis de considerações no âmbito de normas tuteladoras de direitos fundamentais. Nessa esteira, o direito de viver em um meio ambiente não poluído, como direito fundamental de terceira dimensão, pode referir-se ao direito de o Estado: omitir-se de intervir no meio ambiente (direito de defesa); proteger o cidadão contra terceiros que causem danos ao meio ambiente (direito de proteção); permitir a participação do cidadão nos procedimentos relativos à tomada de decisão sobre o meio ambiente (direito ao procedimento) e de realizar medidas fáticas com o escopo de melhorar o meio ambiente (direito de prestações de fato).

Dentro dessa perspectiva, o estudo pretende discutir, ainda, a inter-relação entre os mencionados direitos e até que ponto um interfere/limita o exercício do outro, diante da essencialidade de ambos, visto que o reconhecimento definitivo do direito ao meio ambiente saudável como direito fundamental já foi feito pelo ordenamento jurídico de vários Estados.

Assim, pretende-se analisar a evolução do já sedimentado dispositivo constitucional pátrio que trata da proteção ao meio ambiente e suas implicações relacionadas ao tradicional conceito de propriedade. Como fonte de estudo, a pesquisa orienta-se pela leitura de bibliografia diversificada acerca dos supramencionados temas que trilham entre doutrina jurídica e livros/textos científicos que altercam embasamento para o tema em análise.

## **2 DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO LIMITAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE**

No Estado Liberal, tinha-se a visão, um tanto quanto equivocada, de que o direito a propriedade deveria ser absoluto e permitir ampla liberdade ao homem no tocante aos seus bens. Defendia-se a tese de que o direito a propriedade seria fundamental para garantir a circulação de riquezas, bem como a segurança jurídica. No entanto, tal concepção não mais possui o caráter absoluto que detinha no liberalismo.

A passagem histórica do modelo de Estado Liberal para Estado Social traz no seu bojo a percepção de que se torna necessário

proteger o social. Transformações no campo econômico, social, político e jurídico fortalecem a visão de um Estado como ente garantidor dos direitos fundamentais e promotor de políticas públicas de desenvolvimento e inclusão social.

Portanto, nos dias atuais, o direito de propriedade é flexibilizado a fim de serem privilegiados outros direitos e princípios de relevância equiparada, tais como a função social da propriedade rural e urbana, proteção do meio ambiente, defesa do patrimônio histórico, artístico e cultural, entre outros.

Essa relativização está intimamente ligada ao princípio da solidariedade previsto constitucionalmente. Sob a perspectiva da solidariedade, conclui-se que a propriedade não deve ser destinada a beneficiar apenas aquele que a detém, mas também a toda coletividade. Em vista disso, existe uma série de previsões constitucionais e legais que impõem limites negativos e afirmativos ao proprietário e ao possuidor.

Importa destacar que não mais cabe na atualidade a concepção de propriedade tal qual o direito romano a definia com todos os elementos do domínio, quais sejam: usar, fruir, dispor e reivindicar, por seu caráter essencialmente individualista.

Atualmente, o conceito de propriedade deve estar sempre vinculado ao interesse público, à coletividade, visto que é em razão dos outros que está sua própria origem. Para Fiuza (2010) a situação jurídica representa uma relação dinâmica e complexa entre uma pessoa, o dono e a coletividade, em face da qual são assegurados àquele os direitos exclusivos de usar, fruir, dispor e reivindicar um bem que são inerentes ao direito de propriedade.

Assinala ainda Fiuza (2010) que se tomarmos a conceituação de propriedade como direito apenas (direito subjetivo absoluto, de natureza real), estaremos excluindo toda a coletividade, menosprezando a função social que a propriedade sempre teve, além de lhe emprestar perfil absolutamente estático. Assim, dizer que propriedade é o direito de exercer com exclusividade o uso, a fruição, a disposição e a reivindicação de um bem, é dizer muito pouco. É esquecer os deveres do dono e os direitos da coletividade.

Consequentemente, cria-se um conjunto de normas jurídicas objetivando a proteção e defesa do meio ambiente ecologica-

mente equilibrado. Longo caminho foi percorrido até que o direito ambiental fosse assim concebido. Países organizaram conferências internacionais para discutir os impactos da interferência das ações do homem sobre a natureza e propostas foram elaboradas no sentido da normatização da defesa do meio ambiente.

Isso resultou da tomada de consciência pelo homem de que a própria sobrevivência do planeta, garantia de vida para as presentes e futuras gerações, depende da preservação do meio ambiente. Só se pode falar na realização de outros direitos a partir da garantia do maior deles: o direito à vida e ao planeta que habitamos de modo saudável.

Nesse mesmo sentido, posicionaram-se Araújo e Bruno (2016) que o direito de acesso à terra não pode mais ser analisado sob uma perspectiva liberal-individualista. Restando consolidado um Estado Democrático de Direito, pautado no ideal comunitário de alteridade e da solidariedade, que atribuiu juridicidade à conservação dos direitos do próximo, incluindo o das futuras gerações, a garantia de direitos individuais deve ser sempre compreendida na medida em que assegura o bem-estar coletivo, reconhecendo-se que “o homem também possui obrigações, deveres e responsabilidades compartilhadas, em face do futuro.

Por conseguinte, surge uma nova mentalidade comprometida com a preservação ambiental e com as sequelas que a degradação do meio ambiente provocaria para as futuras gerações. Segundo esse novo entendimento, o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado inclui-se dentre os direitos fundamentais da pessoa humana e, assim considerado, deveria ser conferido pela Constituição por ter função fundamentadora e legitimadora do sistema jurídico-político do chamado Estado de Direito.

Nesse sentido, importa observar que, no sistema constitucional brasileiro, o art 225, caput, da Constituição Federal impõe o entendimento de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dos direitos fundamentais.

Vejamos como se pronuncia nesse sentido Matos (2015): afirma que a mudança de consciência a que fora submetido o homem ao longo de sua história, responsável por uma modificação de paradigma na relação homem-natureza, ao que se comprehen-

de, apresenta-se como a base para a percepção de um cidadão ambiental.

Esse é o cidadão no qual os ordenamentos jurídicos pelo mundo foi atribuindo e consagrando princípios e direitos para com o meio ambiente, ao tempo em que lhe imputavam o dever de sua proteção e garantia juntamente com o poder público.

Em decorrência da crise ambiental, o Brasil implanta ao longo dos anos 80, com a finalidade de abandonar os tradicionais fundamentos ideológicos e teóricos que impulsionaram e legitimaram o crescimento econômico negando a natureza, uma política ambiental que culminou na inserção da proteção ao meio ambiente na redação do texto constitucional de 1988, atribuindo-lhe maior importância: "Art 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem comum de uso do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". (BRASIL, 1988).

O legislador, ao inserir o mencionado artigo, confere ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado o conteúdo material de direito fundamental, demonstrando, assim, preocupação com os altos índices de degradação ambiental e suas consequências para a qualidade de vida, bem como para a própria existência dos seres vivos.

Vislumbra-se, então, uma nova forma de promover o desenvolvimento e o crescimento econômico, conciliando-os com o novo paradigma o qual relaciona o consumo à reestruturação dos recursos, sistema que ficou conhecido como Desenvolvimento Sustentável.

Vale dizer: "aquele que atende às necessidades das presentes gerações sem comprometer a capacidade de as futuras gerações atenderem às suas próprias necessidades". Sirvinskas (2014), acerca desse conceito, assinala que o termo desenvolvimento sustentável surgiu no final da década de 1970 e tomou relevo no relatório de Brundtland – documento da ONU – em meados de 1980. Esse relatório foi publicado, mais precisamente, em 1988, com o título de nosso futuro comum, pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente, presidida por Gro Harlem Brundtland. A expres-

são foi definitivamente consagrada na ECO – 92 e transformada em princípio. Tal princípio procura conciliar a proteção do meio ambiente com o desenvolvimento socioeconômico para a melhoria da qualidade de vida do homem. É a utilização racional dos recursos naturais não renováveis, também conhecido como meio ambiente ecologicamente equilibrado ou ecodesenvolvimento.

Desse modo, a questão ambiental trouxe um despertar na sociedade proporcionando uma quebra de paradigma, levando a sociedade civil a cobrar atitudes mais responsáveis por parte do indivíduo, enquanto coletivo, e das organizações para que busquem se adequar a essa nova realidade, bem como construir uma consciência coletiva que pressiona empresas e poder público ao cumprimento e/ou criação de legislação mínima que contemple a sustentabilidade aliada a importância da preservação do meio ambiente.

Decorre dessa pressão social que muitos países vêm modificando suas constituições no sentido de adequá-las à salvaguarda do meio ambiente. Assim é que algumas já equiparam os direitos relativos à natureza aos direitos humanos.

Iniciativas de organismos internacionais, a exemplo da ONU, reúnem países em conferências como a de Estocolmo, com a finalidade de discutir políticas internacionais que estabeleçam princípios e conceitos para fundamentar a proteção ao meio ambiente e a evolução do Direito Ambiental. Quando esses acordos se tornam normas internacionais vinculantes, conquistam atributos para impor obrigações oponíveis a seus signatários.

Fonseca (2007) indica a existência de três fases na evolução do direito internacional do meio ambiente. A primeira inicia-se com A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, conhecida como a Conferência de Estocolmo, quando surgem as lideranças ambientalistas e perdura por duas décadas, finalizando com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), conhecida como Rio 92, realizada na Cidade do Rio de Janeiro em 1992. Já a terceira e atual fase inicia-se no ano de 2002, com a Conferência de Joanesburgo. Nessa fase surgem as governanças ambientais as quais estabelecem que o desenvolvimento sustentável se baseia em três pilares:

desenvolvimento econômico, desenvolvimento social e proteção ambiental.

Importante destacar alguns princípios que norteiam o direito ambiental, tais como o

Princípio da Prevenção e Princípio da Precaução, cujo objetivo é impedir que ocorram danos ao meio ambiente, concretizando-se, portanto, pela adoção de cautelas, antes da efetiva execução de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras de recursos naturais. Aplica-se o Princípio da Prevenção naquelas hipóteses onde os riscos são conhecidos e previsíveis, de modo a se exigir do responsável pela atividade impactante a adoção de providências visando, senão eliminar, minimizar os danos causados ao meio ambiente.

É o caso, por exemplo, de atividade industrial que gere gases que contribuem para o efeito estufa. Tratando-se de riscos previamente conhecidos, antecipa-se a Administração Pública ao dano ambiental e impõe ao responsável pela atividade a utilização de equipamentos ou tecnologias mais eficientes, visando a eliminação ou diminuição do lançamento daqueles gases na atmosfera.

Enquanto o Princípio da Prevenção impõe medidas acautelatórias para aquelas atividades cujos riscos são conhecidos e previsíveis, o Princípio do Poluidor-pagador pode ser entendido como sendo um instrumento econômico e também ambiental que exige do poluidor, uma vez identificado, suportar os custos das medidas preventivas e/ou das medidas cabíveis para, se não a eliminação, pelo menos a neutralização dos danos ambientais. É oportuno detalhar que esse princípio não permite a poluição e nem pagar para poluir. Pelo contrário, procura assegurar a reparação econômica de um dano ambiental, quando não for possível evitar o dano ao meio ambiente, através das medidas de precaução.

Dessa forma, o princípio do poluidor-pagador não se reduz à finalidade de somente compensar o dano ao meio ambiente, deve também englobar os custos necessários para a precaução e prevenção dos danos, assim como sua adequada repressão.

O Brasil sanciona a Lei 6.938/1981, em 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, in-

serindo-se no contexto mundial. Em 1988, reserva para a sua nascente Constituição, texto alicerçado na tutela ambiental. O legislador constitucional demonstra preocupação com o meio ambiente ao inserir no Título VIII – Da ordem social, o capítulo VI, específico sobre o tema, denominado “Do meio ambiente”, em seu artigo 225. A legislação pátria impõe ao Poder Público e à coletividade a obrigação de preservar o meio ambiente. Estabelece também que a responsabilidade penal aplica-se às pessoas físicas e jurídicas e estabelece medidas e providências que União, Estados e Municípios devem efetivar para assegurar o equilíbrio do meio ambiente.

Como já frisado, a degradação ambiental pode causar danos irreversíveis capazes de comprometer a continuidade da vida no planeta. Desse modo, com a finalidade de evitá-los, faz-se necessária à aplicação do princípio da precaução, observando-se que, em casos de colisão entre o direito ao meio ambiente equilibrado com outros direitos humanos fundamentais, não resultará em impedimento para a efetividade dos direitos em conflito.

Diante do exposto, Thomé (2014) assevera que na sociedade de risco, evitar a concretização dos danos e a produção de efeitos colaterais sobre o meio ambiente e a saúde humana configura objetivo muito mais relevante do que a tentativa de sua reparação. É necessário mudar o foco de atuação em relação aos problemas ambientais, passando a enfrentar as causas das mazelas que assolam a qualidade do meio ambiente, ao invés de tentar minimizar suas consequências.

Depreende-se do que foi dito, que é essencial ao intérprete e aplicador do direito, consciência e atenção a essa realidade de risco eminente; considerando-se que têm como instrumento eficaz para a proteção ao meio ambiente, o reconhecimento e a disciplina do referido tema no ordenamento jurídico pátrio, bem como à decorrente da incorporação dos preceitos contidos em acordos internacionais a exemplo da Declaração do Rio de Janeiro de 1992.

A Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, no seu artigo 1º expressa: “a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, [...].”

Para cumprir com esse objetivo são apresentados alguns princípios que nortearam a aplicação da mencionada política nacional, dentre eles destacamos o seguinte princípio: ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo. Nesse contexto, uma determinada propriedade com relevância ao equilíbrio ecológico é de interesse público e esse, por sua vez, deve prevalecer ao interesse privado. Um exemplo disso é a obrigatoriedade de licenças ambientais, sendo ela uma condição necessária para intervenções no meio ambiente, o que impõe restrições ao direito de propriedade.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ficou demonstrado que a sociedade procurou adaptar-se, nas últimas décadas, a uma nova realidade que pôs em xeque comportamentos tradicionais relativos à interação entre o homem e a natureza: a constatação de que os recursos naturais não são inesgotáveis e que da preservação ambiental depende a existência da humanidade e das demais formas de vida do planeta. Surgiu a consciência de que, diante dos recursos naturais, não é possível o ser humano comportar-se como predador.

A questão ambiental trouxe um despertar na sociedade proporcionando uma quebra de paradigmas, levando as nações a promoverem acordos, convenções, agendas, tudo visando a uma nova forma de relacionamento com o meio ambiente de forma mais equilibrada, consciente e socialmente responsável. Dessa nova postura resulta a criação, dentro dos ordenamentos jurídicos de diversos países, de normatização da defesa do meio ambiente. Isso porque a ameaça de danos irreversíveis ao meio ambiente repercute na ciência do Direito, trazendo inovações e dinamicidade que objetivam à ponderação entre direitos.

A exemplo tem-se o direito de propriedade previsto no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, no qual se preconiza que é garantido o direito de propriedade enquanto direito fundamental. Contudo, no inciso seguinte (artigo 5º, inciso XXIII) é disposto que a propriedade

atenderá a sua função social, logo, o direito de propriedade é considerado como de eficácia contida, pois possui restrições expressas na própria constituição brasileira de 1988. Dentro desse contexto, as aludidas limitações ao direito de propriedade são estabelecidas devido à necessidade de se atender o interesse social. Com isso, impõem-se restrições ambientais ao exercício do mencionado direito constitucional brasileiro, de modo a salvaguardar o interesse da coletividade em detrimento do interesse individual.

## REFERÊNCIAS

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/Constituicao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm), acesso em 29 de setembro de 2017.

**CARVALHO, Grasielle Borges Vieira de. BRUNO, Flávio Marcelo Rodrigues (Orgs.). Direitos Humanos e Políticas Públicas:** uma análise interdisciplinar. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2017. Aracaju: EDISE, 2016.

**FIUZA, Cesar.** **Direito Civil:** curso completo. 14. ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

**GONÇALVES, Carlos Roberto.** **Direito Civil Brasileiro:** Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2017.

**MATOS, Raimundo Giovanni França.** **O exercício da Cidadania Ambiental:** a efetividade da participação pública nos meios de tutela ambiental constitucionais. Ed.1.v.1. Amazom Company, 2015.

**SIRVINSKAS, Luis Paulo.** **Manual de Direito Ambiental.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

**THOMÉ, Romeu.** O princípio da vedação de retrocesso sócio-ambiental no contexto da sociedade de risco. Salvador: JusPODIVM, 2014.

# CAPÍTULO VI

## RELAÇÃO LEGITIMIDADE/LEGALIDADE: A SUBSUNÇÃO DOS ATOS JURÍDICOS E ADMINISTRATIVOS AO DIREITO POSTO SEGUNDO

LEON DUGUIT

*Tony David da Silva Melo Santos<sup>1</sup>*

*Edson Oliveira da Silva<sup>2</sup>*

### RESUMO

A partir da relação legitimidade/legalidade este trabalho reflete sobre o poder de interferência dos princípios no direito posto à luz dos ensinamentos do jusfilósofo francês Léon Duguit. Nesse contexto, ressalta-se que o Estado e suas ações estão adstritos ao Direito posto, haja vista que tem sua composição no próprio poder constituinte originário. Destarte, com base no pensamento do mencionado jusfilósofo objetiva-se analisar o papel do Estado no cumprimento da ordem constitucional. Em seguida, aborda-se a atuação dos agentes de Estado, dos aparelhos estatais, dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário sobre a subsunção dos atos jurídicos e administrativos à ordem constitucional. A problemática que norteou a presente investigação versa sobre: Em que medida a relação legitimidade/legalidade na visão de Léon Duguit interfere na subsunção dos atos jurídicos e administrativos ao direito posto? Neste estudo, faz-se uma interlocução entre o pensamento exposto por Léon Duguit com a abordagem filosófica de Jean-Jacques Rousseau, no tocante à soberania como aspecto da vontade geral dos integrantes da Nação, que resume o pacto ou contrato social. Por isso, também se reflete sobre as implicações de análises subjetivas da relação entre o direito posto e as conjunturas políticas, econômicas e culturais. Com isso, configuram-se os limites à emergência de um Estado absoluto e serve de parâmetro de controle dos

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: tonydavid1919@hotmail.com.

<sup>2</sup> Professor do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: edsonpmse@hotmail.com.

desvios praticados pelos agentes e membros do aparelho Estatal. A metodologia utilizada foi a bibliográfica, com a qual buscou-se fazer uma análise qualitativa das informações obtidas a partir de autores constitucionalistas, tendo como foco central o pensamento de Leon Duguit. Por fim, com a conclusão deste artigo buscou-se responder o questionamento que norteou a presente investigação, de modo a analisar o comportamento dos agentes e o agir do aparelho estatal diante das mutações normativas amparadas pelos princípios constitucionais.

**Palavras-chave:** Contrato Social. Soberania. Aparelho de Estado. Subsunção ao direito posto. Legalidade.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei é necessária? Este trabalho visa, sem a pretensão da conclusão ou da exclusividade, oferecer pistas e, de certo modo, responder à pergunta em epígrafe, a partir das lições do pensamento de Léon Duguit sobre o Estado de Direito e a Soberania. De fato, no universo e em todo o processo civilizatório, as Leis, como um sistema ordenado de ideias, constituem um postulado inafastável, a exemplo das Leis da Física, que dizem respeito e possibilitam as ações mecânicas, conforme demonstradas por Isaac Newton. Assim, denota-se que a ausência de um sistema ordenado de Leis, isto é, de uma constituição que ordene e ao mesmo tempo coordene as ações do Estado “Soberano”, dos seus aparelhos estatais, dos seus Poderes, bem como dos agentes do Estado e dos Cidadãos implica necessariamente em anarquia ou, por outro lado, no exercício da força e do mando de modo unipessoal ou absolutista, sem quaisquer limites, garantias e proteção aos cidadãos.

Entretanto, pretende-se demonstrar, à luz do pensamento de Léon Duguit, fazendo interlocuções e tangenciamentos com as leituras de Hans Kelsen, bem como de Contratualistas, a exemplo de Jean-Jacques Rousseau, em antinomia às teses de Carl Schmitt e de Andrey Vyshinsky, em voga hodiernamente no pensamento jurídico brasileiro, notadamente no âmbito do Direito Constitucional e do Direito Penal, que o Estado, ordenado pelo Direito Positivo, não comporta a adoção do clamor popular e as mutações da opinião

pública como modo de efetivação da Constituição, bem como de interpretações casuísticas do Direito Penal.

No decorrer do presente trabalho, nos seus tópicos sequenciais, trata-se da questão da Soberania, sob o ponto de vista da vontade geral, ou seja, centralizada no conjunto da nação, una e indivisível, não delegada ao Estado Soberano, aos seus aparelhos, aos seus Poderes, bem como aos agentes do Estado e aos cidadãos individualmente. Tal vontade geral é confundida com a Constituição Federal e com o Direito Positivo, aos quais todos devem se submeter e sujeitar, inclusive o próprio Estado, que não é apenas sujeito de Direito, mas também deve se ater ao Direito posto. Aborda-se também a questão em voga da desconstitucionalização e da Constituição Viva, como antagônicas ao Estado de Direito, ou seja, ao pensamento de Léon Duguit e dos Contratualistas.

## **2 VISÃO DE LEON DUGUIT ACERCA DA NATUREZA E CARACTERÍSTICAS DO ESTADO**

De acordo com o jusfilosofo Léon Duguit (2009), em uma de suas teses no âmbito do direito público, o Estado é obrigado pelo Direito. O mesmo trata concernente a essa questão na obra ‘Fundamentos do Direito’, aspectos da pessoalidade e sujeição do Estado a uma ordem Jurídica, afirmando que o Estado é ao mesmo tempo pessoa e sujeito de direito. Em sua linha de raciocínio evidencia-se que o Estado, como pessoa de direito, detém subjetividade, ao passo que, enquanto sujeito de direito, deve se limitar às Leis, as quais nascem nas entranhas do Poder legislativo. Ou seja, através das leis gestadas em si mesmo, o Estado se autolimita, sujeitando-se a todo mecanismo da norma em sua vigência. Nesse sentido, o Estado como qualquer ente, pessoa natural ou jurídica goza de direitos, atuando, ou devendo atuar, no limite ou no âmbito das leis postas. Assim, o limite do Estado é o próprio direito, isto é, a Constituição e o ordenamento jurídico infraconstitucional, os poderes horizontais Legislativo, Executivo e Judiciário, evidenciando-se, pois, o Estado de Direito.

Em conformidade com as ideias supracitadas de Léon Duguit, Jean-Jacques Rousseau (1978) afirma que o Estado não é soberano, posto que a Soberania reside na vontade geral, no corpo da sociedade, sendo, portanto, insuscetível de alienação. O Estado, aquele ao qual se deu origem a partir do pacto social legítimo, trata-se de uma pessoa moral. Para manter-se necessita da força de todos os seus membros, pois é semelhantemente como ocorre com o corpo Humano, no qual o homem exerce poder sobre seu próprio corpo e todos os seus membros de forma plena. O Contrato Social dá aos membros do pacto em um contexto geral, um poder absoluto.

A soberania, segundo Léon Duguit (2009), não pertencente ao Estado, mas ao corpo social, inequivocamente estabelece paralelo com o modelo da soberania popular sistematizado por Rousseau. Nesse sentido, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como os aparelhos de Estado não podem atuar ou agir contra a Soberania, pois, assim fazendo, se configuram em antinomia com o corpo social. De logo, pode-se abstrair que, segundo Léon Duguit, apenas a vontade geral, como afirma Rousseau no início do capítulo I do Livro II do Contrato Social, pode dirigir e orientar o Estado para sua finalidade: o bem comum.

### **3 GÊNESE DO DIREITO, NORMA JURÍDICA, DELIMITAÇÃO E SUJEIÇÃO DO ESTADO PELO DIREITO: COMPARAÇÃO DO PENSAMENTO DE LEON DUGUIT COM AS IDEIAS DE HANS KELSEN E GEORGES GURVITCH.**

Léon Duguit (2009) afirma que o direito nasce na sociedade, pois o homem em sua essência é ser social. Afirma que a lei social poderia se tornar jurídica mediante consenso, transformando-se em lei posta. Segundo o autor, o direito consiste, em síntese, no regramento da vida social composto por normas morais e econômicas, consideradas essenciais para o reforço e proteção da solidariedade e que a sociedade entende que devem ser garantidas pela força do Estado.

Na concepção de Léon Duguit acerca do Estado de direito somente a sociedade tem o poder de constituir o Estado e a autoridade de dizer, por meio das normas jurídicas, quando o ente Estatal pode usar a força. A sociedade dispõe que o Estado, semelhante a todos os outros indivíduos, está a serviço de uma função dentro do contexto Social. O Estado de direito é condicionado à normatividade porque as regras jurídicas surgem a partir da criação Social.

George Gurvitch (2005), por sua vez, afirma que os fatos normativos são a base do direito, tendo sua origem e aplicação na comunidade. Reconhece o jus-sociólogo que fatos normativos são aqueles vividos e experimentados pelos membros da sociedade e grupos sociais. Nesse sentido, o direito surge da própria sociedade, não necessitando do Estado, mas apenas de fatos normativos que lhe dão existência e força obrigatória.

Segundo (GURVITCH, 2001), o jus-sociólogo russo de expressão francesa concebe o Direito como uma criação oriunda do seio da sociedade, entretanto, sem convergir com Léon Duguit quanto à necessidade da transformação do direito em lei para vincular o Estado, demais entes Estatais e pessoas naturais e jurídicas.

Pode-se então compreender que, no entendimento do citado jus-sociólogo, além do próprio Direito, existem outros instrumentos de controle social diversos, como a religião, a educação, a arte etc. À luz do entendimento de Georges Gurvitch, existem dois centros de produção jurídica que vinculam o Estado e a sociedade: um Estatal, derivado do poder Legislativo; outro extraestatal ou infraestatal, respectivamente de fora do Estado ou das forças abaixo do Estado. A força obrigatória do direito, segundo a ótica de Georges Gurvitch, vem diretamente dos fatos normativos de união, que lhe servem de base, fatos esses produzidos pelo todo social, encarnando valores extratemporais positivos e possuindo características transpessoais.

A título de contraponto, Dennis Lloyd (1985), em face das ideias de Léon Duguit e Georges Gurvitch, dissertando acerca da teoria pura do Direito de Kelsen, enfatiza que o mencionado jusfi-

lósofo adota posição positivista ao considerar o direito como inteiramente autônomo, o que faz exigir que tal postura seja concebida juridicamente, mas não em termos de Moral ou de qualquer outro sistema extrínseco de normas ou valores.

Para Léon Duguit, o Direito se forma, e assim é concebido, como o conjunto de normas morais e econômicas garantidas pela força estatal por exigência da própria sociedade. Diz ele que “Uma regra econômica ou moral se torna norma jurídica quando na consciência da massa dos indivíduos, que compõem um grupo social dado, penetra a ideia de que o grupo ou os detentores da maior força podem intervir para reprimir as violações dessa regra”. (DUGUIT, 1923, p. 53).

Pode-se denotar que, quanto à imperatividade e poder coercitivo da norma jurídica, Hanes Kelsen e Léon Duguit comungam da mesma ideia. Contudo, o jusfilósofo alemão dissocia a norma jurídica de quaisquer valores externos, ao passo que Léon Duguit atrela o conteúdo da norma Jurídica aos princípios e valores morais e econômicos vigentes na sociedade. Mediante livre escolha essa mesma sociedade, através do poder legislativo como órgão Estatal, dota os princípios e valores morais e econômicos do conteúdo imperativo, inserindo-os na forma de Lei no ordenamento Jurídico estatal, a fim que vincule a todos, inclusive o próprio Estado.

Léon Duguit considera que confundir o Estado com o direito, como faz Kelsen, haja vista que defende inexistir interpolação ou simbiose da norma jurídica com os valores morais ou princípios econômicos e que, portanto, o Direito decorre e se confunde com o próprio Estado sem ingerência da Sociedade, torna difícil estabelecer o fundamento da limitação do Estado por este direito, pois tudo é o Estado. Para Léon Duguit, isso constitui uma verdadeira negação do direito público. No mais, segundo se pode depreender do pensamento do jusfilósofo, a fórmula de Kelsen não abre espaço ao pluralismo político, pois na visão de Léon Duguit (2005, p. 12-25) o “direito não é uma criação do Estado, mas sim independente deste, impondo-se na verdade ao Estado como se impõe ao indivíduo”.

#### **4 CONSTITUIÇÃO E LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL COMO EXPRESSÃO DA SOBERANIA: LIMITES E CONTORNOS DE AGIR DO ESTADO, DOS PODERES DA REPUBLICA E DOS APARELHOS E AGENTES DE ESTADO**

O Estado para Rousseau, assim como para Léon Duguit, subordina-se por força de um contrato social que protege os membros da nação e repele os inimigos comuns, mantendo a concórdia entre os contratantes. Nesse contexto, surge a necessidade da Constituição, um instrumento que assegura a supremacia do Estado e garante a harmonia, o bem-estar social e dirime conflitos.

Conforme afirma o constitucionalista Celso Ribeiro Bastos (2004) o poder do Estado não se exerce puramente como força bruta, mas sim mediante um poder jurídico, ou seja, segundo norma de Direito previamente estabelecida. Para o autor: "[...] a atuação do Estado no seu processo de promoção do bem-estar coletivo, segurança e do processo, cumpre-se através de atos jurídicos ou de atos materiais que aos órgãos constituídos competem". (BASTOS, 2004, p. 93). Já de acordo com Dalmo de Abreu Dallari (2010), a lei possui uma relação intrínseca com o Estado, pois não só legitima seu poder, como também delimita seu agir:

Na verdade, é impossível compreender-se o Estado e orientar sua dinâmica sem o direito e a política, pois toda fixação de regras de comportamento se prende a fundamentos e finalidades, enquanto que a permanência de meios de orientados para certos fins depende de sua inserção em normas jurídicas. (DALLARI 2010, p.128).

Assim, tanto Celso Ribeiro Bastos, quanto Dalmo de Abreu Dallari, em concordância com Léon Duguit, entendem que o agir do Estado e dos seus agentes é delimitado pela Constituição e pelas leis, condições indispensáveis da organização político-social, para fins de garantismo dos direitos fundamentais.

É necessário, ainda, para evitar o arbítrio ou abuso do poder na resolução das causas administrativas e judiciais, que as decisões sejam jurídica e normativamente fundamentadas, isto é,

que se apoiem nas normas correspondentes do Direito posto. No caso da decisão do AC 27621 91.02.00657-0, que teve por Relator o Desembargador Federal Raldênio Bonifácio Costa, o ato do agente do Estado objurgado pela sentença combatida, que restou mantida nessa decisão de segundo grau, demonstra que a decisão originária foi marcada pelo subjetivismo, não conforme as normas de direito. Assim, deve-se entender que os atos praticados pelos órgãos de Estado competentes precisam se ater à soberania da Constituição e aos ditames da legalidade das normas infraconstitucionais.

Lorenzetti (2010) menciona que alguns Juízes, contrariando o pensamento de Léon Diguit, tornam-se propagadores de verdades parciais fundadas na própria subjetividade, utilizando-se do texto normativo tão somente para disfarçar a origem voluntarista da decisão adotada. Segundo Lorenzetti (2010, p. 54):

Dentre os principais fatores que afetam a realidade jurídica, principalmente no âmbito do Processo Penal, estão os veículos de comunicação em massa, o debate midiático, com amplo apelo popular, influenciando os métodos hermenêuticos da ciência jurídica, ensejando a suspensão autoritária do ordenamento jurídico por parte do Estado em pleno regime Democrático.

Deve-se ver que o distanciamento ou abandono das teses ou do pensamento adotado por Léon Diguit, no que diz respeito à sujeição do Estado ao ordenamento Jurídico, ou seja, ao Direito posto, deságua no “Estado de exceção”. De fato, à luz do pensamento do jusfilósofo francês, o Estado de Direito incorpora limitações aos poderes instituídos, as quais são consistentes na agregação de determinados valores, como anteparo ao poder desenfreado das maiorias eventuais e de seus representantes. Logo, decisões consubstanciadas em apelos das multidões contrariam o fenômeno normativo e a legitimidade da Constituição e do Direito posto.

Em suma, o conceito de soberania de Léon Duguit, compartilhado com diversos outros jusfilósofos, não guarda qualquer

similitude com aquele esposado por Carl Schmitt (1992). Isto porque este autor afirma que a soberania é incompatível com a democracia, em razão da necessidade de decidir ante os casos excepcionais, não podendo contar nem com a participação do povo, que só se projeta quando está em condições de aclamação, nem com a decisão plasmada na Constituição. É de se notar que, não obstante a ordem constitucional Brasileira não se assente nos postulados de Carl Schmitt, ainda assim decisões esparsas adotam cada vez mais as teses do citado constitucionalista alemão, no concernente à adequação das decisões à órbita constitucional, subvertendo o conceito de soberania.

## **5 LEGITIMIDADE E LEGALIDADE, COMO PILARES DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: ADSTRIÇÃO DO AGIR DOS APARELHOS DE ESTADO E DOS PODERES DO ESTADO AO CONTRATO SOCIAL**

A relação entre legitimidade e legalidade é muito estreita, inclusive muitos as confundem. O termo legitimidade interessa à ciência política, mas também é fundamental para o Direito. A legitimidade decorre de um consenso social, ou seja, está assentada na vontade geral. A legalidade, por seu turno, assenta-se no Direito, isto é, no respeito às normas válidas por meio do instrumento legislativo, através de um processo brevemente estabelecido. Wolkmer (2003) observa que, em uma cultura jurídica coletiva, a democrática é participativa, a legitimidade não tem fundamento na legalidade positiva, no entanto, é um resultado da consensualidade das práticas no seio da sociedade, construtores de fato das necessidades reconhecidas como verdadeira, justa e morais.

De fato, pode-se afirmar a correção e a atualidade do pensamento de Léon Duguit(2009), no que se refere a legitimidade como expressão do consenso social, ou seja, da vontade geral, bem como a legalidade como sendo a subsunção do agir do Estado e dos seus agentes, as normas validadas em processo previamente estabelecido pelas pessoas autorizadas, os representantes do povo. Sendo o Estado o grande mantenedor da sociedade, submetido ao contrato social, é inerente à sua criação resolver os litígios advin-

dos do convívio em sociedade. Assim, o Estado se utiliza da jurisdição para trazer a paz social, aplicando o Direito e reafirmando a sua legitimidade na conservação da nação.

Considerando que o Direito deve ser buscado no ordenamento jurídico ou sistema normativo e a Constituição deve ser a expressão suprema do direito, servindo como parâmetro para as demais leis, a lei moderna, para Poulantzas (1981), ocupa um papel central na organização da reprodução das relações de poder da sociedade. A legitimidade do poder se desloca em direção à legalidade, o que a distingue da legalidade organizada com base no sagrado. A lei se torna a categoria fundamental da soberania do Estado. A ideologia política suplanta a ideologia religiosa. A função de legitimidade se desloca em direção à lei, instância pessoal e abstrata, que se torna a encarnação da razão.

Como já afirmado, verifica-se a atualidade e extensão do pensamento de Léon Duguit, compartilhado por jusfilósofos e cientistas políticos de quase todas as vertentes. De fato, não há como negar que a lei organiza a materialidade institucional do Estado moderno e se torna seu discurso oficial. Nesse sentido, o caso do Direito Administrativo é exemplar, porque se trata de um sistema de normas gerais, abstratas, formais e axiomatizadas, com a função de organizar e regular as relações entre os escalaões e aparelhos impessoais de exercício de poder. Todo agente do Estado (parlamentares, advogados, juízes, fiscais, diplomatas, defensores públicos, promotores, advogados, policiais, assistentes sociais, assessores etc.) conhece as leis e as regras porque as aplica e as materializa.

É importante ressaltar que os conhecimentos das leis por parte dos agentes do aparelho de Estado não garantem a subsunção do agir no estrito limite do ordenamento jurídico, haja vista que o Estado, por seus agentes, caracteriza-se por um conjunto de práticas que reproduzem um domínio do saber, do qual grande parcela da população está excluída. Daí é que muitas vezes há casos de utilização dos poderes para persecução de interesses particulares e afirmação de subjetividades ou vontades parciais momentâneas, advindas de parcelas da sociedade.

De acordo com Alexandrov (1980), o princípio da legalidade é contrariado na raiz pela interpretação arbitrária desta ou daquela norma jurídica, quer de forma restritiva, quer de forma extensiva. Segundo o pensador da então União Soviética, apenas em casos excepcionais as normas jurídicas podem ser interpretadas restritiva ou extensivamente. Isto só é permitido quando, indubiativamente, o esclarecimento sistemático ou histórico-político do conteúdo da norma jurídica mostra que seu sentido literal expositivo no texto do ato normativo é mais restrito ou amplo do que o conteúdo efetivo. O mínimo abuso da interpretação restritiva ou extensiva leva à infração da legalidade.

Poulantzas (1981) ressalta que tanto o excesso de poder como o desvio de finalidade são espécies do gênero abuso de poder, que caracteriza as contradições e conflitos sociais que se escrevem no seio do Estado, por meio também das divisões internas no seio do pessoal de Estado e dos aparelhos de Estado em sentido amplo. Mesmo que os aparelhos de Estado e o pessoal de Estado constituam unidade própria, integrante do Estado homogêneo, ainda assim as pressões eventuais interferem na neutralidade, ou seja, na ossatura que deveria representar a vontade geral.

Destarte, segundo entendem aqueles que adotam a doutrina de Léon Duguit acerca do Estado como expressão da vontade geral, assentada no contrato social, corriqueiramente evidencia-se o advento de subconjuntos ideológicos nos aparelhos de Estado. Estes, uma vez implementados por seus agentes (Administração, Judiciário, Policiais, etc), implicam na subtração do disposto pela vontade geral, ou seja, no exercício do modo ilegítimo de agir do Estado. No capítulo seguinte, à guisa de conclusão, trataremos da necessidade do resgate do Estado de Direito à luz do pensamento de Léon Duguit, bem como apontaremos os vezinhos de ilegitimidade perpetrados conscientemente pelos aparelhos e pessoal de Estado.

## **6 NASCIMENTO DA FUSÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE À LUZ DO PENSAMENTO DE LEON DUGUIT**

Enraizado ao princípio da solidariedade não poderíamos deixar de trazer em um tópico específico esse rompimento com o

Estado absolutista, no qual, no início do século XX, Leon (Duguit 1975) prega o conceito que deu origem a função social da propriedade, trazendo uma ressalva, dentro do direito público e privado, onde influenciado pelos seus estudos Sociológicos, prega o abandono do individualismo do homem no que concerne o direito a propriedade, e dessa forma, passa a se preocupar com o todo da sociedade e manifesta no sentido de que o homem, como sua propriedade deve estar em conectividade com o coletivo na sociedade.

Não deixando de enfatizar que o Estado, como um produto que nasce da vontade geral, não é detentor de todo o poder, e sim a coletividade, isso ocorre pela manifestação da sua vontade e substancializado através do poder Legislativo, dessa maneira, deve também ser observador da norma se pondo ao mesmo patamar de todos os indivíduos que fazem parte da sociedade, por fim, todos os que compõe essa estrutura estão debaixo do Manto sagrado da lei.

## **7 O COMPORTAMENTO LEGAL, AS TRANSGRESSÕES A LEI: EXIGÊNCIAS FUNDAMENTAIS DA LEGALIDADE NA APLICAÇÃO DAS NORMAS À LUZ DO PENSAMENTO DE LEON DUGUIT.**

As ações legais podem ser classificadas segundo diversas bases: de acordo com o ramo a que pertencem às normas onde elas se realizam (ex.: jurídico-administrativos, jurídico-civis, etc); conforme a esfera social em que elas têm lugar (ex.: política, econômica, etc); consonante o sujeito (ex.: ações do Estado, dos seus órgãos e seus aparelhos, dos cidadãos, das organizações sociais, etc). No que diz respeito aos tipos de comportamento legal que representam o cumprimento de obrigações jurídicas imperativas, a sociedade e o Estado exigem sempre que estas se cumpram incondicionalmente nos limites da normatividade posta ou estabelecida no contrato social. Já as transgressões à lei são ações que contrariam a vontade do povo, expressa nas normas do direito. Por isso, ao contrário do comportamento Legal, as transgressões à lei são proibidas pelo Estado de direito.

De fato, no Brasil, corriqueiramente a Constituição tem sido vista como óbice às decisões. Ela entra em choque com o voluntarismo jurídico, porque impõe restrições à atuação do poder político e agir jurídico daqueles que deveriam se guiar e limitar aos seus ditames. Inequivocamente, o modismo do voluntarismo jurídico e político, o agir contra ou fora dos limites da Constituição, como se os agentes públicos fossem soberanos, ou seja, pudessem agir excepcionalmente, trata-se sempre de um atentado contra os interesses da sociedade consolidados constitucionalmente, posto que surgiram da vontade geral.

As transgressões à lei, consubstanciadas no voluntarismo, ou seja, em uma concepção de que o agente público ou os aparelhos de Estado são detentores da Soberania, não são só alheias aos princípios constitucionais, mas também contrariam os interesses da sociedade, das diferentes organizações e cidadãos. E, dado que o direito é o principal regulador das relações sociais, e a ordem jurídica legal a encarnação do contrato social, as transgressões à lei, o voluntarismo e o subjetivismo, em princípio, apresentam-se como tipo ou agir mais prejudicial e nocivo à ordem social.

Sem embargo, à luz do pensamento esposado por Léon Duguit (2009), a Legalidade pressupõe a subsunção ou o submeter-se de todos aos limites da ordem Constitucional vigente. Daí que a violação das exigências fundamentais da legalidade, apresentadas nos seus aspectos materiais e processuais, transforma a responsabilidade em arbitrariedade, em violações grosseiras dos direitos dos intervenientes nas relações sociais. Portanto, dado o surgimento da exacerbadação do voluntarismo e da subjetividade, que depõem e até mesmo contrariam e subvertem a ordem constitucional, expressão do contrato social, urge o retorno à normalidade, ou seja, à subsunção dos atos Jurídicos e administrativos ao Direito Posto, haja vista que a ordem constitucional adotada pelo Brasil perpassa a visão de solidariedade, assentada no pensamento do jusfilósofo francês Léon Duguit.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a presente investigação verificou-se que ao longo dos anos ocorreu a necessidade de criação de regras para regular a

convivência social. As referidas regras passaram a ser agrupadas em um único documento, organizando, assim, os códigos jurídicos. Ressalta-se que no século XX ocorreu uma expansão do processo de codificação das normas que regulam a vida em sociedade.

Um dos defensores do estabelecimento de regras e princípios para criar limites a vida em sociedade e ao arbítrio do poder estatal foi o jusfilósofo francês Léon Duguit. Como visto ao logo do artigo, ele buscou sempre defender o interesse da coletividade, como no exemplo em que defendeu a plena aplicação do princípio da função social da propriedade limitando o direito individual em prol do atendimento ao interesse coletivo.

Para o mencionado jusfilósofo a estruturação de um ordenamento jurídico por meio de conjunto de normas positivadas colabora para promover a civilização, para que, assim, fosse viável a vida em sociedade, leis essas gestadas no seio da sociedade, em meio ao processo civilizatório da vida humana. Como isso, objetiva-se regular e pacificar o convívio social, para se evitar conflitos como outrora ocorria em que o homem se valia da força para fazer seus interesses prevalecerem.

Com a pesquisa doutrinária constatou-se que para isso a sociedade criou princípios e regras a serem cumpridas e, assim, as pactuou, portanto, para isso se substancializou o Estado, para que ele venha criar e fiscalizar todo esse ordenamento oriundo da vontade geral, que seria o todo da sociedade. Com o surgimento desse Estado nascem também o Executivo, Legislativo e Judiciário, poderes estruturantes do Estado. Os mencionados poderes harmônicos e independentes, conforme preconiza o art. 2º da Constituição Federal de 1988, estão em um patamar de horizontalidade, ou seja, não há hierarquia entre eles e, oriundos desses poderes, temos os órgãos como unidade dos poderes, órgãos esses que estão abaixo como administrados e tendo a responsabilidade de zelar pelo nosso ordenamento Jurídico, bem como os seus agentes que devem agir e se movimentar adstritos ao direito.

Contudo, verificou-se que o sistema de freios e contrapesos possibilita que um poder controle as ações do outro para que não se exorbite as funções típicas e atípicas atribuídas aos

referidos poderes da república. Do mesmo modo, os agentes do Estado não podem agir em desconformidade da lei, pois os referidos agentes públicos encontram-se sob a égide das normas, pois só podem fazer aquilo que as normas autorizam expressamente. Dessa forma, as decisões destes agentes são vinculadas a lei, por meio do qual se manifesta a vontade geral e substancializada pelo Poder Legislativo no exercício da sua atividade típica de legislar e fiscalizar.

Com a pesquisa bibliográfica refletiu-se acerca da relação legitimidade/legalidade na subsunção dos atos jurídicos e administrativos ao Direito posto fundamentando-se o estudo, prioritariamente, na visão de Leon Duguit. Com isso, quando os órgãos e agentes públicos que deveriam zelar pela aplicação das normas negligenciam a sua observância criam situações que favorecem a insegurança jurídica. Por exemplo, observa-se que quando um juiz ou qualquer outro agente profere uma decisão contraria ao Direito posto, propicia a referida insegurança jurídica, o que gera uma reprovação social.

Neste contexto, faz-se necessário o cumprimento fiel das normas vigentes, pois elas impõem limites aos indivíduos e limites ao exercício do poder estatal, como no que ocorrer aos limites impostos pela Constituição Federal de 1988.

Ao promover uma análise prática dos conteúdos teóricos percebeu-se que os agentes de órgãos como a Polícia Federal, juízes e todos outros que compõem essa estrutura vertical de controle social dos administrados pelos poderes horizontais devem adotar posturas em estreita consonância com o direito posto, de modo a se evitar interferências externas nas decisões judiciais, como pode ocorrer com as interferências políticas e o apelo midiático por decidir desta ou daquela forma.

Por fim, na investigação pode-se notar que nos posicionamentos de Léon Duguit e de seus seguidores o Direito é fruto de um contexto social. E nos dias atuais o que o jusfilósofo expõe é plenamente aplicável. Como nota-se com a atual crise na saúde pública decorrente da Covid-19. Com a pandemia diversas normas que integram o Direito posto têm sido readequadas à realidade vigente. Como se tem observado com Decretos executivos buscam

atender os interesses da sociedade interferindo nos direitos individuais na busca por atender os interesses da coletividade. Pois, como foi apresentado ao longo do estudo, o objetivo maior do direito amparado nos princípios constitucionais é promover o bem comum, por meio da análise da relação legitimidade/legalidade na subsunção dos atos jurídicos e administrativos ao Direito posto.

## REFERÊNCIAS

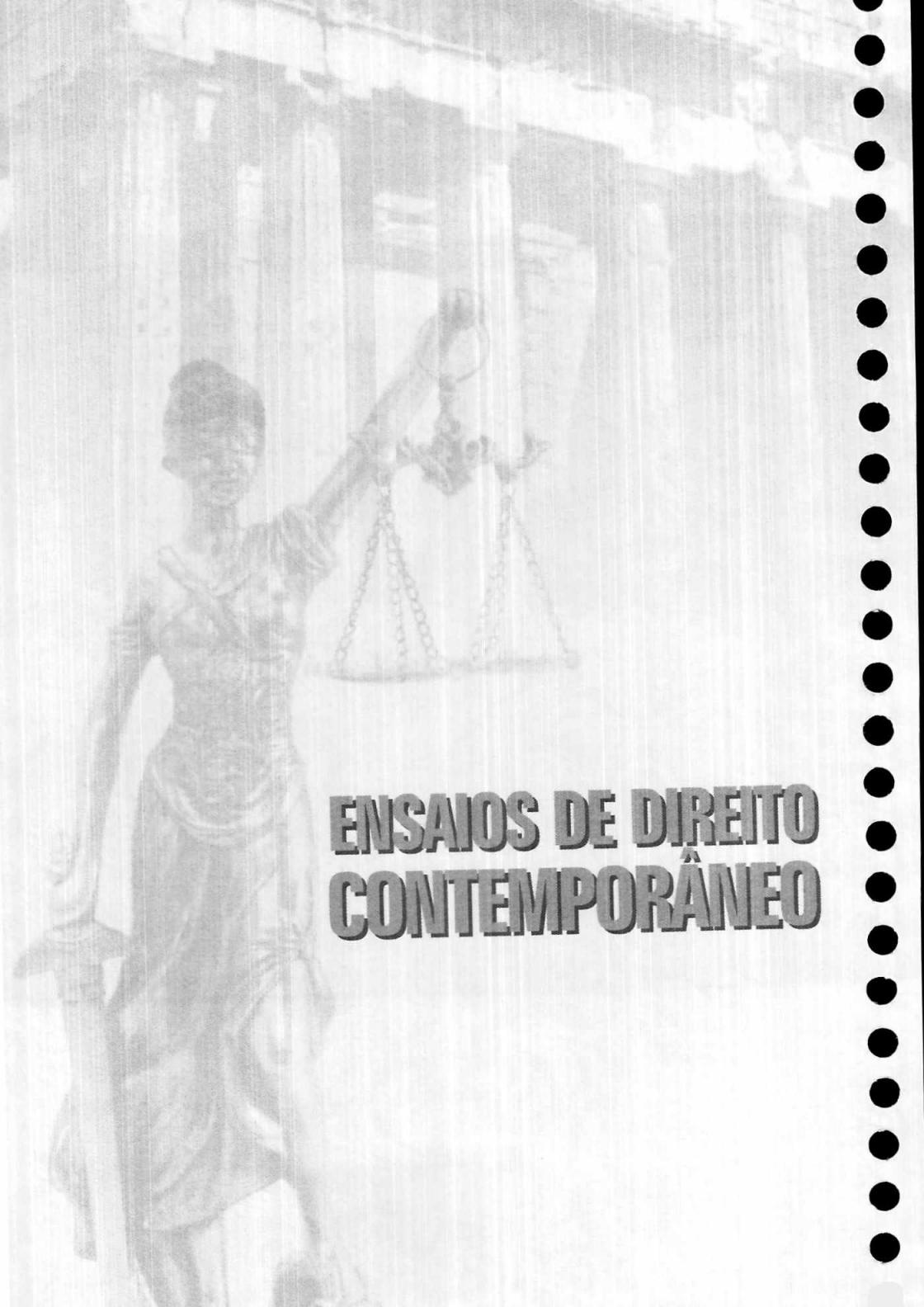
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos Povos: da Idade Média ao Século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DUGUIT, Léon. **Las transformaciones de Derecho Público y Privado**. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1975.
- DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.
- DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- GURVITCH, Georges. **La idea de derecho social**. Noción del sistema de derecho social, historia doctrinal desde el siglo XVII hasta el fin del siglo XIX. Traducción de José Luis Monereo Pérez e Antônio Márquez Prieto. Comares: Granada, 2005.
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LLOYD, Dennis. **A ideia de lei**. São Paulo: Martins Fontes Editora, 1985.
- BALIBAR, et al. **O Estado em discussão**. Lisboa: Edições 70, 1981.
- POULANTZAS, Nicos. **O Estado, o poder, o socialismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2000.

ROUSSEAU, Jean-jacques. **Do contrato social.** 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

ROUSSEAU, Jean-jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin claret, 2006.

VILLA, Marco Antonio. **As historias das constituições brasileiras.** São Paulo: Leya, 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico:** Fundamentos de uma nova cultura do Direito. São Paulo: Alfa Omega, 1994.



**ENSAIOS DE DIREITO  
CONTEMPORÂNEO**

# CAPÍTULO VII

## RELATIVIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.641, II DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA E DA DOUTRINA

José Fernando de Oliveira<sup>1</sup>  
Edson Oliveira da Silva<sup>2</sup>

### RESUMO

O Código Civil de 2002 foi alterado pela Lei nº 12.344/10, majorando para 70 anos a idade a partir da qual se torna obrigatório o regime da separação de bens no casamento. No entanto, ao considerar o princípio fundamental previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, o da dignidade da pessoa humana, bem como outros princípios constitucionais, quais sejam: o da igualdade e da liberdade criando, dessa forma, uma presunção de incapacidade em decorrência da idade, é *mister* perguntar: há realmente constitucionalidade na aplicação do regime de separação de bens para indivíduos a partir de setenta anos, considerando os princípios básicos da Constituição Federal? Para responder a esse questionamento a presente pesquisa tem como objetivo analisar a constitucionalidade da norma prevista no Código Civil, que limita a capacidade para livre escolha do regime de bens, estabelecendo o da separação obrigatória para as pessoas com idade superior a 70 anos. O estudo utilizou como procedimento a pesquisa bibliográfica e usou como técnica a análise de conteúdo. Para fundamentação teórica teve como base a jurisprudência aplicada, além das publicações de doutrinadores com entendimentos diversos. Por fim, ao resultado do estudo aplicou-se a análise de conteúdo e concluiu-se que na maioria das decisões pesquisadas os tribunais decidiram com fundamento no texto legal, no entanto, vários doutrinadores se posicionaram reconhecendo a inconstitucionalidade da norma analisada.

**Palavras-chaves:** Dignidade da Pessoa Humana. Casamento. Regime de Bens. Septuagenário.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: fernando.jfo@hotmail.com.

<sup>2</sup> Professor do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: edsonpmse@hotmail.com.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito nada mais é que a aplicação de um conjunto de normas e leis cujo objetivo é estabelecer ordem à vida do homem em sociedade. Por isso, a criação de leis é pautada na cultura e análise do contexto social cujo homem está inserido. Para a regulação normativa social o Direito Brasileiro possui princípios balizadores estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, que dentre os quais estão: o princípio da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, cujo último é considerado princípio maior de todos os outros.

Apesar da existência desses princípios, que inseridos na Constituição Brasileira devem servir como vetores a dar orientação aos legisladores na elaboração das nossas leis, observa-se que na criação da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que prevê em seu Art. 1.641, II, a obrigatoriedade da aplicação do regime da separação de bens no casamento para pessoas maiores de 70 anos, não houve o alinhamento desejado entre a lei criada e o sentido implícito dos princípios mencionados.

A evidente desarmonia apresentada entre a lei referida e os princípios constitucionais é motivo de discussões entre os diversos doutrinadores no que diz respeito à presunção de incapacidade em decorrência da idade, criada com a aplicação do Código Civil de 2002, pois diverge do verdadeiro sentido de liberdade contido no princípio, não permitindo ao cidadão maior de 70 anos suprimindo sua liberdade de escolha quanto ao regime de bens no casamento; ao princípio da igualdade ao diferenciar esse indivíduo em virtude apenas da sua idade e, por conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana considerando que o mesmo é estabelecido como o princípio maior conforme descrito artigo 1º, III da CF/88.

Assim sendo, deve-se indagar: na aplicação do regime de separação obrigatória de bens para indivíduos a partir de 70 anos, há constitucionalidade? Para responder a essa pergunta a presente pesquisa estabeleceu como objetivo analisar a constitucionalidade da norma prevista no Código Civil, no Livro de Família, que limita a

capacidade para livre escolha do regime de bens, estabelecendo o da separação obrigatória para as pessoas com idade superior a 70 anos. Com a expectativa de atender o propósito apresentado, será utilizada como metodologia desse trabalho a pesquisa bibliográfica e terá como técnica a análise de conteúdo. O presente trabalho teve com característica o de uma pesquisa qualitativa.

A metodologia objetivou delinear os caminhos percorridos na realização da pesquisa e coleta de dados, segundo a literatura disponível nos livros e na jurisprudência referentes a temática. Para se atingir ao objetivo proposto, a análise empírica de dados se desenvolveu, a priori, o referencial teórico em que se procurou descrever o contexto e as circunstâncias envolvidas na aplicabilidade dos princípios constitucionais no regime de separação de bens para indivíduos a partir de setenta anos, fundamentando-se em publicações de renomados doutrinadores do Direito Constitucional e do Direito de Família, bem como no entendimento da jurisprudência aplicada.

## **2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Na Revolução Francesa, ocorrida entre 1.789 a 1.799, logo no início os revoltosos elaboraram um documento denominado de: Declaração dos direitos do homem e do cidadão, entre outros documentos, que traduziam a vontade do povo, e que serviram como fonte justificadora para eclosão do movimento revolucionário e tiveram como pilares os princípios: liberdade, igualdade e fraternidade. Esses são princípios fundamentais garantidores da Dignidade da Pessoa Humana.

Na década de 1945, já no século XX, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas, foi elaborada e aprovada a Carta das Nações Unidas. A referida carta destacou, registrando logo no artigo 1º, como de grande importância promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

A Constituição Federal foi promulgada em 05 de outubro de 1988, pelo Presidente da Assembleia Constituinte, o Dr. Ulysses Guimarães, intitulando em seu discurso como “A Constituição

Cidadã". A dignidade da pessoa humana é definida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo assim, o constituinte quis mostrar a importância do ser humano, e qual tratamento deve ser dado às pessoas, ao cidadão e a população, de modo geral, pelos poderes da República, seja executivo, legislativo ou judiciário. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ficou consagrado pela Constituição Federal de 1988 como orientador, sendo a fonte do qual decorrem todos os demais princípios.

Por sua vez, o art. 1º da Declaração dos Direitos Humanos de 1948 já enfatizava a importância da pessoa humana como centro do ordenamento jurídico, dando à dignidade e a igualdade de direitos o devido reconhecimento. Com o advento da Revolução Francesa, quando foram definidos como pilares, a liberdade, a fraternidade e a igualdade, já estava fazendo referência à dignidade da pessoa humana.

Conforme o entendimento de Sarlet (2019), a dignidade humana teve sua importância e destaque no cenário nacional e internacional, do ponto de vista tanto quantitativo quanto qualitativo, verificou-se também esse destaque no universo da literatura e da jurisprudência, uma crescente tendência com um viés enfático na existência de uma proximidade e inseparável ligação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos reconhecidos e protegidos no direito constitucional.

Barroso (2018) enfatiza que a dignidade humana é um valor fundamental, ela é, portanto, um princípio jurídico de status constitucional. A dignidade humana, como princípio e como valor, importa tanto como justificação moral quanto como fundamento que gera norma para os direitos fundamentais.

Para Sarlet (2019) essa importância é expressa quando a dignidade é elevada à condição de princípio que fundamenta a existência do Estado Democrático de Direito, é o Estado que é utilizado para dar garantia e promover a dignidade das pessoas individual e coletivamente reconhecidas. Assim, a dignidade da pessoa humana assume, de certa forma, a condição de norma de direito fundamental, não se confundindo com a noção de que os direitos fundamentais

expressamente consagrados na Constituição encontram seu fundamento na dignidade da pessoa humana. Dessa forma, quando nos referimos em direito à dignidade, está sendo considerado o direito a reconhecimento, respeito, proteção e promoção e desenvolvimento da dignidade, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa.

Segundo Tavares (2020), por mais que se busque compreender os contornos básicos do que se define a dignidade do homem, não se terá êxito, pois não se refere a aspectos de entendimento mediano da existência humana, como: propriedade, intimidade, integridade física, vida. Portanto, a percepção é de uma qualidade intrínseca ao próprio ser humano, de maneira que a dignidade, como já observado, passou a ter como definição o valor próprio que identifica o ser humano como tal.

Em vista dos posicionamentos apresentados, deduz-se que ao elevar a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, o constituinte demonstrou fazer opção expressa pela pessoa, unindo os vários institutos à realização de sua personalidade. A Dignidade da Pessoa Humana é, todavia, o fundamento dos direitos da personalidade, carecendo de ser protegida e resguardada de quaisquer violações que venham a agredir a pessoa e os direitos inerentes à sua dignidade, tais como: igualdade e liberdade.

## 2.1 O Princípio da Igualdade

Sarlet (2019) entende que a definição de igualdade é equivalente ao entendimento de que todas as pessoas são iguais, de que qualquer pessoa está sujeita ao mesmo tratamento previsto na legislação, indiferentemente do conteúdo do tratamento dispensado e das condições e particularidades de cada pessoa, motivo pelo qual, nessa perspectiva, o princípio da igualdade de certo modo correspondia à exigência da generalidade e prevalência da lei. No entanto, completa o autor que no entendimento sobre igualdade é fundamental perceber a relação entre dignidade, liberdade e igualdade. De acordo com o autor, liberdade e igualdade andam juntas desde que ambas foram reconhecidas durante a revolução Fran-

cesa (1789), considera-se que a partir desse movimento a relação entre liberdade e igualdade passou a ser considerada inseparável e fundamental para constitucionalismo moderno.

Andando na mesma linha de pensamento de Sarlet, o reconhecido doutrinador Canotilho (2018) assevera que o princípio da igualdade vem sendo reconhecido e protegido desde a Declaração de Direitos do Estado norte-americano da Virgínia, de 1776, com a mesma importância no art. 1º da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e, posteriormente, também teve sua importância destacada através art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948. No momento atual, é parte integrante de toda norma Constitucional de Estado Democrático de Direito.

O constituinte Brasileiro, quando da elaboração da Carta Constitucional de 1988, reconheceu a importância do princípio da igualdade em diversos dispositivos, inicialmente no caput do art. 5º, afirmando que “todos são iguais perante a lei”, logo à frente no inciso I, “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”; exigindo tratamento igualitário independente do sexo; inciso VII, no que diz respeito à receber assistência religiosa, mesmo para os que estejam encarcerados; VIII, independente de crença religiosa, todos devem ser tratados da mesma forma; XXXIII, todos têm direito à receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo; e em tantos outros artigos, incisos e parágrafos da Constituição Federal vigente.

## 2.2 Princípio da Liberdade que norteia o Regime de Bens

O regime de bens do casamento tem como objetivo principal regular a relação patrimonial do caso, relativo aos bens já existente, como também aqueles bens adquiridos na constância do casamento. No entendimento de Rizzato (2019) o regime de bens significa o regramento das relações patrimoniais entre os cônjuges, que envolve seus efeitos no que diz respeito aos bens do ca-

sal. O regime tem como objetivo regular o patrimônio já existente como também aquele advindo do casamento.

Gagliano; Pamplona Filho (2019, p. 348) definem regime de bens como:

é o conjunto de normas que disciplina a relação jurídico-patrimonial entre os cônjuges, ou, simplesmente, o estatuto patrimonial do casamento. Nessa seara, três princípios fundamentais informam o sistema: o princípio da liberdade de escolha, o princípio da variabilidade e o princípio da mutabilidade. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 348)

O pedido de alteração de regime de bens deverá ser feito através de requerimento e dirigido ao juiz competente. Deverá ser consensual para o seu deferimento e produzirá efeitos entre as partes somente após a decisão judicial. A escolha do regime de bens, pelos cônjuges no momento do casamento, é de sua livre escolha. Assim preceitua o artigo 1.639 do Código Civil de 2020: “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”. A definição do regime de bens é de livre escolha do casal, não podendo o Estado impor qual das opções descritas na lei. Os nubentes podem, inclusive, definir como regime a junção de dois ou mais dos regimes legais oferecidos.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.640, parágrafo único, diz: “poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este Código regula”. O princípio da liberdade afirma que os nubentes, salvo exceção, podem, de acordo com sua liberdade de opção e autonomia, escolher o regime que bem lhes aprouver. Salvo motivo de relevância extrema, o Estado nunca deverá intervir de maneira coercitiva impondo qualquer regime para regular o patrimônio do casal.

A isonomia de tratamento jurídico permite que se considerem iguais homem e mulher, em relação ao papel que desempenham na sociedade conjugal. Por isso, a Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir dis-

criminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção no âmbito familiar.

A possibilidade de alteração do regime de bens na vigência do casamento (Art. 1.639, §2º do CC/2002) sinaliza que a liberdade, cada vez mais, vem marcando as relações familiares. Exatamente por afrontar ao princípio da liberdade, é inconstitucional a imposição do regime de separação de bens aos maiores de 70 anos (Art. 1.641, II do CC/2002).

### **3 O CASAMENTO NA ATUAL PERSPECTIVA DO DIREITO DE FAMÍLIA**

Sobre o tema casamento na atual perspectiva do direito de família, Rizzato (2019) destaca que a formação de núcleos familiares na Antiguidade não era exigida uma formalidade social ou religiosa, a noção de família prescindia ao instituto do casamento. O casamento como instituição, por sua vez, teve como origem um sistema organizado socialmente, com o estabelecimento de regras formais, de fundo espiritual ou laico.

Na história da humanidade o casamento tinha como objetivo principal a reunião de patrimônios, caracterizando efetivamente uma negociação financeira, notadamente na Idade Média, os casamentos eram literalmente negociados entre nobres de reinos distintos, para garantir a manutenção do patrimônio entre aquelas famílias já abastadas.

Com o passar do tempo e a necessidade de transformações ocorridas na sociedade ocidental, com a incorporação de novos valores, afetando a família, esse modelo institucionalizado do casamento foi bastante questionado.

Com o aprofundamento da doutrina, por entender necessária a discussão a respeito da natureza jurídica do matrimônio, Farias; Rosenvald (2017) declararam que há três diferentes correntes a respeito da natureza jurídica do casamento. Inicialmente observa-se que o casamento possui uma característica contratual, que não se discute na doutrina, sendo o que valida e dá eficácia à vontade das partes. Há também aqueles que defendem o

entendimento institucionalista, que sustenta o casamento como uma grande instituição social. Há uma terceira corrente, com um entendimento de fusão das correntes já apresentadas, considerando o casamento um contrato especial do direito de família, pelo qual os nubentes aderem a uma instituição, alcançando o estado matrimonial.

Na visão de Lôbo (2018, p. 69) “o casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o qual o casal constitui família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado”.

Do ponto de vista de Diniz (2013, p. 51), o casamento é conceituado como sendo: “o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa ao auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”.

Buscando enfatizar como valor a afetividade, Dias (2016, p. 261) define o casamento como: “um contrato especial de Direito de Família, por meio do qual os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres, recíprocos e em face dos filhos, permitindo, assim, a realização dos seus projetos de vida”.

Dias (2016) complementa que nos dias atuais o casamento, tanto quanto outras formas de arranjos familiares, não são fim em si mesmos, mas, tão somente, o lugar de realização e busca da felicidade dos seus integrantes.

#### **4A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO APRESENTADA AOS NUBENTES COM IDADE SUPERIOR A 70 ANOS**

Ao impor o regime de separação de bens em razão da idade, percebe-se evidente ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, no momento que exclui da pessoa com idade superior a 70 anos a autonomia de fazer a escolha do regime de bens que entender mais adequado para os nubentes, assim fazendo o legislador o está tratando como incapaz para os atos da vida civil, incapacidade essa não prevista no código civil de vigente.

Na concepção de Silva; Faria (2020), a restrição imposta ao nubente maior de 70 anos, no que diz respeito à constituição de família através do casamento, longe de constituir uma medida protetiva, como dito por alguns, apresenta-se mais como uma proteção ao patrimônio, contrariando a atual concepção personalista do atual Direito Civil, violando, assim, frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Maria Berenice Dias (2016, p. 63).) Enfatiza o seguinte acerca da Constituição, no que concerne a instauração do regime democrático “[...], preocupou-se em banir discriminações de qualquer ordem, conferindo especial atenção à liberdade e à igualdade, e neste particular cita a imposição do regime de separação de bens como um dos mais flagrantes exemplos de afronta ao princípio da liberdade”.

Em relação a essa imposição do Estado quanto ao regime de separação obrigatória, Tartuce (2019, p. 234) apresenta o seguinte posicionamento:

É a favor da tese de inconstitucionalidade do inc. II do art. 1.641. De fato, há posicionamento convincente na doutrina segundo o qual essa previsão é inconstitucional. A essa conclusão chegaram os juristas que participaram da I Jornada de Direito Civil, conforme o Enunciado n. 125 do CJF/STJ, que propõe a revogação da norma: “A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana. Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses”.

Reforçando seu entendimento, Tartuce (2019, p. 237) continua: “realmente, ao contrário de ser uma norma de tutela, trata-

se de uma norma de preconceito. Ademais, esse autor entende que constitui exercício da autonomia privada a pessoa da melhor idade casar-se com quem bem entender".

Para ratificar o que foi visto, Chinellato (2004, p. 380) entende que não há base científica para considerar com pouco discernimento a pessoa que atinge determinada idade. "A incapacidade mental deve ser aferida em cada caso concreto, não podendo a lei presumi-la, por falta de vontade do legislador que simplesmente reproduziu razões de política legislativa fundadas no Brasil do início do século passado".

A imposição do regime de separação obrigatória para pessoas maiores de 70 anos é de uma constitucionalidade flagrante, segundo o pensamento de Dias (2016, p. 545):

Das várias previsões que visam negar efeitos de ordem patrimonial ao casamento, a mais desarrazoada é a imposta aos nubentes maiores de 70 anos (CC 1.641 II), em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso. A limitação da vontade, em razão da idade, longe de se constituir em uma precaução (norma protetiva), se constituiu em verdadeira sanção. Somente quando o casamento é antecedido de união estável não vigora a odiosa restrição, podendo os noivos optar pelo regime de bens que desejarem. Trata-se de presunção *juris et de jure* de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento. A imposição da incomunicabilidade é absoluta, não estando prevista nenhuma possibilidade de ser afastada a condenação legal.

Na mesma toada de outros renomados doutrinadores, Lôbo (2018) expressa seu entendimento no sentido de que a hipótese prevista no art. 1.641, II do CC/2002 é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois, de forma explícita, limita sua autonomia como indivíduo, levando-o ao constrangimento, devendo acrescentar o estabelecimento de restri-

ções à liberdade de contrair matrimônio, restrições que não estão previstas na Constituição. Com o intuito de consolidar seu entendimento sobre as ilegalidades aqui mencionadas, Lôbo (2018, p. 235), assevera:

Além de sua inconsistência moral e inconstitucional, a norma que impede aos maiores de 70 anos liberdade de escolha do regime de bens cria, indiretamente, uma incapacidade de exercício de direito, sem o devido processo legal. A idade avançada, por si só, não é geradora de incapacidade civil. A norma é preconceituosa, na medida em que inibe o direito ao amor, ao afeto matrimonial e à expressão plena dos sentimentos da pessoa idosa. Historicamente, essa norma radica na primazia do interesse patrimonial sobre o interesse existencial e a realização do projeto de vida de cada um. A difusão vulgar do chamado “golpe do baú” máscara o preconceito contra o idoso, que seria tido como incapaz de reagir à paixão, além de supor que toda pessoa que dele se aproxime não o faz motivado pelo afeto, mas pelo interesse material. Nossa direito tem como regra de ouro a proibição de aquisição de direitos relativos à herança de pessoa viva. Assim, entre os prováveis futuros herdeiros e o direito de viver como quiser a pessoa, inclusive desfazendo-se de seu patrimônio para viver plenamente a vida, este direito prevalece, desde que preserve o mínimo para sua sobrevivência.

Monteiro, com posicionamento divergente ao que pensa Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo e outros doutrinadores aqui citados, faz questão de dar foco aos riscos que a pessoa com mais de 70 anos está exposta quando da realização de casamento com cônjuge mais jovem, tendo em vista a sua condição de fragilidade no aspecto afetivo, defendendo o caráter protetivo da lei, que alega desestimular o casamento exclusivamente por interesse patrimonial:

Como bem justificou o senador Josaphat Marinho na manutenção do art. 1.641, II, do atual Código Civil de 2002, trata-se de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes. É de lembrar que conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos correm aquele que tem mais de setenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras. Possibilitar, por exemplo, a opção do regime de comunhão universal de bens, num casamento assim celebrado, pode acarretar consequências desastrosas ao cônjuge idoso, numa dissolução *inter vivos* de sua sociedade conjugal, ou mesmo a seus filhos, numa dissolução *causa mortis* do casamento. (MONTEIRO, 2007, p. 218).

Quando o autor justifica que o dispositivo legal transscrito pelo art. 1641, II do Código Civil de 2002 que impede a pessoa com mais de 70 anos de escolher o regime de bens ao qual pretende se casar, tendo como finalidade proteger o patrimônio seu e de seus herdeiros, não está considerando o direito à liberdade de escolha, garantido constitucionalmente.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo foi analisar a constitucionalidade do dispositivo legal previsto no Código Civil de 2002, no Art. 1.641, II do Livro de Família, que limita a capacidade para livre escolha do regime de bens, determinando a separação obrigatória, para os maiores 70 anos. Para realização dessa análise foram feitas pesquisas de decisões prolatadas em diversos tribunais, como também conhecer o posicionamento de renomados doutrinadores atuantes do Direito Constitucional e do Direito de família, com a expectativa de encontrar fundamentos que respondam à pergunta proposta que deu origem a esse artigo: “Há realmente constitucionalidade na aplicação do regime de separação de bens para indivíduos a partir de 70 anos”?

Submeteu-se a conhecimento o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da Carta Constitucional vigente

no Brasil, considerado este um direito fundamental que deve ser protegido em todas as vertentes que o mesmo se apresente, tais como, a igualdade, a liberdade, garantindo os ideais de cidadania gravados na Carta Magna.

Permitiu-se discutir a violação das normas referentes à capacidade da pessoa maior de 70 anos, imposta pelo Código Civil de 2002, que de forma explícita não demonstra haver qualquer dispositivo que limite a capacidade da pessoa em virtude da idade, chegando à conclusão que essa hipótese é uma das possibilidades de perda de capacidade.

Após análise mais aprofundada ao tema, verificou-se haver posicionamentos diferentes entre os doutrinadores pesquisados, sendo alguns a favor do regime legal da separação de bens, por entenderem que as pessoas com idade acima de 70 anos estejam vulneráveis, por estarem carentes de afeto, correndo o risco de ter seus interesses lesados, inclusive os interesses de seus familiares.

Por outro lado, com posicionamento contrário ao dispositivo contido no art. 1.641, II do CC, a doutrina majoritária defende a inconstitucionalidade da norma em tela, entendendo que o idoso está sendo cerceado do seu direito de liberdade para escolher o regime de bens que melhor atender sua vontade, contrariando o princípio da igualdade e consequentemente o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo tratado como incapaz não podendo dispor de seu patrimônio.

Por entender que a norma contida no Livro de Família está visivelmente direcionando a proteção legal ao patrimônio, em vez de atender o que a Carta Constitucional orienta através de seus princípios, ou seja, proteger os interesses da pessoa, da liberdade de escolha, da autodeterminação, do afeto e a da vontade de realização dos seus desejos. Com esse entendimento o posicionamento da doutrina majoritária é pela inconstitucionalidade da norma apontada no Código Civil.

A Constituição Federal declara em seu Art. 5º que todos são iguais perante a lei, sem haver distinção de qualquer natureza; por sua vez o Código Civil também no Art. 5º declara que ao atingir a maioridade aos 18 anos, todo cidadão estará habilitado à práti-

ca dos atos da vida civil; e, por fim, o próprio Código Civil no Art. 1.641, II retira a liberdade de escolha de regime de casamento ao cidadão com idade superior a 70 anos. Com isso, leva-nos a concluir haver afronta ao que preceitua a Constituição.

Por fim, com respaldo no resultado das análises realizadas das decisões jurisprudenciais, dos conteúdos publicados pelos destacados doutrinadores, dos dispositivos legais contidos na legislação vigente, Código Civil e na Constituição federal e das interpretações dos doutos dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, conclui-se pela inconstitucionalidade do dispositivo em estudo, pelo evidente caminhar em sentido contrário ao delineado nos princípios constitucionais, desrespeitando o direito da pessoa com idade superior a 70 anos, ainda praticando uma discriminação desarrazoada, tornando-o incapaz em razão da idade de dispor seu patrimônio conquistado durante toda sua vida com o sacrifício de seu trabalho.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil**. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira (coord.). São Paulo: Saraiva, 2004.
- CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 4 mai. 2020.
- CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 4 mai. 2020.
- DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em: [http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao\\_vport.html](http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao_vport.html). Acesso em: 4 mai. 2020.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil 6: direito de família**. 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil 5: famílias**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. (Trad. Paulo Quintela). 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1986.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 38. ed. (Regina Beatriz Tavares da Silva. Atualização), 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Manual de Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004;

REVOLUÇÃO FRANCES. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/historiag/revolucao-francesa.htm>. Acesso em: 4 mai. 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, V. T. Santos; FARIA, C. Antônio. **A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens para os nubentes maiores de 70 anos**. 2020. Artigo Científico (Graduando em Direito) - Centro Universitário UNA. Bom Despacho, Minas Gerais, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/82394>. Acesso em: 5 mai. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TAVARES, André Ramos. Capítulo XVII. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

## CAPÍTULO VIII

### RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO EM CUMPRIMENTO DE PENA

Emanuel José de Oliveira Santos<sup>1</sup>  
Marcel Figueiredo Ramos<sup>2</sup>

#### RESUMO

O objetivo desse trabalho é analisar a responsabilidade civil do Estado por morte de Detento em cumprimento de pena, apontando casos específicos sobre o tema, bem como doutrinas e jurisprudências, tendo no artigo 1º, III, no art. 5º, XLIX, e no art. 37, § 6, da Constituição Federal de 1988 (CF/88) a base fundamental para o tema e as limitações do Estado para com esses tutelados. O interesse pelo tema se deu a partir da observação do sistema prisional brasileiro, onde os direitos e garantias fundamentais dos detentos são diariamente violados, e da escassez da intervenção jurídica no intuito de responsabilizar o Estado por tais violações, principalmente ante a realidade de que uma indenização em pecúnia, nada vai restaurar o *status quo ante*, pois na pauta em questão não é um bem tutelado de natureza patrimonial que é lesado, mas sim a própria dignidade da pessoa humana e a integridade física, quiçá a própria vida, o bem maior, que é levado e nenhuma responsabilização é capaz de compensar tais perdas. Todos estes bens tutelados pela Constituição Federal de 1988 (CF/88). A metodologia utilizada foi por meio de pesquisa bibliográfica de livros, artigos científicos e jurisprudências, no método qualitativo, além de utilizar a metodologia descritiva e explicativa, iniciando com os conceitos sobre o tema. Inicialmente com o estudo do dever constitucional do Estado pela proteção da integridade física e moral dos presos, com base constitucional e jurisprudencial. Em seguida, parte-se para análise do conceito, evolução e os desdobramentos da responsabilidade civil, bem como a responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro, apontando as excludentes de responsabilização estatal.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil do Estado. Responsabilidade Objetiva. Dignidade da Pessoa Humana. Sistema Prisional Brasileiro. Tutela do Preso.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: emanuelos31@hotmail.com.

<sup>2</sup> Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe (FANESE). E-mail: marcelramos@prof.fanese.edu.br

## 1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade do Estado, disposta na CF/1988, visa especificamente garantir a dignidade da pessoa humana, independentemente da condição social dela, inclusive estendendo-se a indivíduos envolvidos na prática de crimes e mesmo em cumprimento de pena, por se tratar de direitos inalienáveis e indisponíveis.

A indenização pecuniária por parte do Estado à família do preso morto durante o cumprimento de pena é a efetivação dessa responsabilidade civil, pois o artigo 5º da CF/88 dispõe que a integridade física e moral do preso deve ser assegurada pelo Estado, ainda legislando no seu artigo 37, que pelos atos e omissões dos agentes públicos no exercício de suas atribuições a responsabilidade do Estado é objetiva.

Certamente esse debate é assimilado por várias searas do Direito Constitucional, Direito Civil e Direito Administrativo e convém analisar previamente o conceito de responsabilidade civil, desde suas origens, sua evolução e suas diversas modalidades, para que haja uma compreensão clara do instituto.

Logo, o intuito primordial deste trabalho é observar a seguinte problemática: O Estado deve responder civilmente pela morte de um prisioneiro em estabelecimento prisional, indenizando a família deste, pela sua ingerência em preservar o bem tutelado mais precioso, o direito à vida?

Para tanto o presente trabalho visa analisar a responsabilidade civil do Estado quando da morte de detentos durante a execução da pena nos respectivos estabelecimentos prisionais, nas suas diversas circunstâncias, sejam homicídios por parte de outros detentos ou agentes prisionais, bem como suicídio durante esse período. Haja vista que a responsabilidade do Estado se trata da obrigação deste de indenizar às vítimas por danos morais e patrimoniais, causados por seus agentes.

A resposta para essa indagação pode ser encontrada no RE 841.526 do STF, o qual versa que “[...] Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento

[...]", passando o Estado, de forma definitiva, a responder pela morte do detento sob sua tutela.

A abordagem da pesquisa será feita pelo método qualitativo, iniciando com a análise de princípios fundamentais do instituto da responsabilidade civil. Seguindo-se com o estudo das espécies de responsabilidade civil. Para então abordar a matéria central do trabalho, a responsabilidade civil do Estado, especialmente no ordenamento jurídico brasileiro e especificamente quanto à materialidade de sua responsabilidade ante o direito da família da vítima de ser indenizada pelo Estado, pelo dano sofrido.

Esse último tópico será amplamente debatido no terceiro capítulo, com ênfase na observação do sistema prisional brasileiro, introduzindo o debate das condições no ambiente carcerário, para, por fim, ressaltar os aspectos jurídicos do posicionamento do STF ao RE 841.526, que vem definir a matéria de modo cabal, oportunizando o benefício de as famílias serem indenizadas pelos danos causados aos seus filhos em cumprimento de pena, pela falha do Estado em garantir a proteção desses indivíduos.

Assim sendo, a responsabilidade civil do Estado por morte de detento em cumprimento de pena é um objeto de estudo digno, com a perspectiva de fomentar o assunto com suporte técnico, de modo a viabilizar a reparação de danos irreversíveis que são praticados na constância da execução penal, por conta da negligência do Estado. Então, visando fomentar o estudo sobre esse tema, esse trabalho se faz importante, diante da necessidade de informação e disponibilidade de conhecimento técnico para atender essa demanda tão reprimida e tenaz.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA GERAÇÃO

Os direitos fundamentais são aqueles que visam proporcionar as condições necessárias para uma vida digna e justa, com objetivo primordial de limitar o poder do Estado em relação à sociedade, impedindo-o de exercer esse poder de modo a lesar o indivíduo. (FICHER, 2017, *online*). Esses direitos, que são garantidos pela CRFB/1988, se expressam no direito à vida, à liberdade,

à igualdade, à segurança, dentre outros elencados no supracitado dispositivo, figuram como marco na evolução das garantias constitucionais.

Segundo Diógenes Junior (2012, online) o conceito abarcado nesses direitos, a autonomia do indivíduo deve ser protegida pelo Estado, que perde seu poder absoluto e se torna responsável pela garantia da vida, da liberdade, da propriedade, da liberdade religiosa, da liberdade de expressão, da liberdade de religião e da liberdade política.

### 3 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é um instituto que visa restituir a vítima de determinado evento danoso o seu *status quo ante*, através do princípio da dignidade humana e da solidariedade, como também os princípios da prevenção e da reparação integral, (MOREIRA, 2017). Desse modo, comprehende-se que a essência do dever de resarcir o dano causado, assumindo todas suas possíveis consequências, é o cerne que permeia o conceito de responsabilidade civil.

#### 3.1 Evolução da Responsabilidade Civil

Nos primórdios da civilização humana, quando estudamos historicamente a evolução do direito, percebe-se que a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes, era o único recurso que os indivíduos poderiam buscar para ter justiça em suas respectivas demandas sociais nessas sociedades primitivas. A reação individual ou também chamada Vingança privada, que consistia na utilização da lei do talião para que cada indivíduo pudesse fazer justiça com as próprias mãos, provavelmente foi um passo muito posterior ao conceito de Justiça. (DINIZ, 2014, p. 27).

Mas com o advento da possibilidade de composição entre a vítima e o ofensor, evitando-se a aplicação da pena de Talião, impondo que o autor de um dano a um membro do corpo sofra a mesma quebra, por força de uma solução transacional, a vítima

receberia, a seu critério e a título de *poena*, uma importância em dinheiro ou outros bens. (GAGLIANO, 2003, p.11).

Foi somente na Idade Média que começou, através da dogmática da culpa, a fazer-se uma separação entre a responsabilidade civil e a pena. Sem dúvida uma evolução clara da conceituação apresentada na lei das XII Tábuas, especificamente na Tábua VII, na qual se encontra a disposição: [...]”, se alguém ferir a outrem, que sofra a pena de talião, salvo se existiu acordo.

Nesse contexto, a responsabilidade era objetiva, não dependia da culpa, apresentando-se apenas como uma reação do lesado contra a causa aparente do dano. Porém o avanço tecnológico, seguindo todas as cadeias de evoluções sociais e industriais, nas quais uma série de outros componentes começou a fazer parte das relações humanas e de trabalho, dentre as quais acidentes e vários tipos de danos possíveis ao ser humano, foi conduzindo a perspectiva jurídica em relação à responsabilidade civil, a um contexto muito mais específico. A culpa não poderia mais ser categorizada como condição *sine qua non*, para a efetivação do Instituto da responsabilidade civil nesses contextos em que o prejuízo pudesse atingir a determinadas pessoas que estivessem sujeitas a perigos de danos, dos quais as circunstâncias referentes a esses perigos fossem de responsabilidade de outros, tais quais patrões, gerentes, chefes de poder público e uma série de outros indivíduos que pela sua condição se responsabilizam pela ação ou omissão que geram danos. Depois de apresentados esses pontos, resta ainda se destacar que a culpa continua sendo fundamento da responsabilidade civil, o risco não anulou, constituindo-se ao seu lado também como fundamento da responsabilidade civil. (DINIZ, 2014, p. 28-29).

### 3.2 Elementos da Responsabilidade Civil

Mesmo não sendo ponto pacífico doutrinário o elenco dos elementos que compõe a responsabilidade civil, constata-se que são quatro deles que configuram o dever de indenizar, a saber: conduta humana, culpa, nexo de causalidade e o dano. Sendo o ponto divergente entre os doutrinadores a questão da presença ou não da culpa ou dolo do agente, defendida por Carlos Roberto Gonçal-

ves, porém não assimilada como necessária por Maria Helena Diniz nem por Sergio Cavalieri Filho, constantes em análise feita por Tartuce. (TARTUCE, 2018).

### **3.2.1 Conduta humana**

Segundo Cavalieri Filho (2015), conduta é “o comportamento voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”, logo, a voluntariedade é um requisito fundamental para que se possibilite a subsunção do ato à responsabilidade civil. Ressaltando que a ação é um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou a lesão corporal causada por alguém e assim por diante. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 41).

Ressalta-se ainda que a conduta humana não é somente compreendida como ação, mas também pela omissão, está de nenhuma forma menos importante no contexto da conduta, visto que tanto quanto a ação, a omissão, além de prevista no texto constitucional, e na lei civil, pode de igual modo ser lesiva e danosa, configurando em tese o fato gerador da responsabilidade civil, como Gonçalves aperfeiçoa: “é necessário que haja o dever jurídico de prática de determinado fato (de não se omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ser evitado”. (GONÇALVES, 2017, p. 59).

Logo, fica claro que a conduta omissiva, ainda que se refira ao ato de não fazer, ou seja, omitir-se de fazer, carrega no bojo de sua conceituação tudo que é necessário para que se configure a responsabilidade civil de indenizar pelos danos provenientes dela como conduta. Como também está exposto no artigo 186 do Código Civil de 2002: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntaria negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

## **4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

O Estado é uma pessoa jurídica de direito público, segundo aduz o art. 37 §6º da CRFB/1988, o qual por sua natureza abstrata é

representado por agentes eleitos pelo processo democrático. As ações desses representantes, entretanto, são todas de responsabilidade do Estado, recaindo sobre este o dever de reparação sobre quaisquer que sejam os danos causados pela administração pública.

Isso é denominado responsabilidade civil do Estado. Além das vias administrativas, os indivíduos que sofrem danos por parte do Estado, tem o direito de ajuizar ações contra esse ente público, sejam tais atos geradores dos respectivos danos lícitos, ilícitos, comissivos ou omissivos por comissão, jurídicos ou materiais, todos esses são de responsabilidade do Estado. (MELO, 2016, p. 993).

Em linhas gerais, o descumprimento de determinada obrigação firmada em lei ou ordem jurídica, quando se tratar de responsabilidade contratual, caracteriza a responsabilidade civil do Estado. Ou ainda quando a conduta comissiva ou omissiva do agente público viole o direito tutelado expresso nesse ordenamento jurídico, gerando lesão ou danos a terceiros. (CAVALIERE FILHO, 2012).

Dentro do ramo do direito público, a responsabilidade civil do Estado surge num processo de despertar ante a realidade do Estado absoluto, que versava segundo a teoria da irresponsabilidade estatal integral, com sua forte tendência para favorecer aos chefes de Estado. E o ponto característico desse momento histórico e político é que, como os agentes públicos não se confundiam com o Estado, geralmente a ações indenizatórias provenientes de danos causados pelos agentes eram, via de regra, impetradas contra estes, não sendo o Estado responsabilizado, nem mesmo por ações de regresso advindas desses agentes, por conta da conjuntura política e jurídica do absolutismo. (CAVALIERI FILHO, 2012).

Seguindo-se da fase Publicista que tem seu marco principal o caso de repercussão da menina Agnes Blanco, que foi vitimada em um acidente por um veículo de uma empresa pública, na cidade de Bordeaux. O pai da menina ajuizou ação civil indenizatória, contra o Estado, avocando o princípio da responsabilidade do Estado por danos causados a terceiros, provenientes de ações de seus agentes. (DI PIETRO, 2018).

Durante esse período se consolida a transição entre a culpa subjetiva e a objetiva, na qual se dissocia definitivamente a conduta do agente para entrar em foco o próprio serviço prestado, com seus respectivos vícios, geradores de danos a terceiros. No caso a subjetividade que recaia sobre o agente agora paira sobre a prestação do serviço, porém restando à vítima provar que tal serviço foi prestado indignamente, ou seja, tendo que suportar o ônus da prova, com todas as suas cargas técnicas. Certamente um avanço no campo da responsabilidade, porém com grandes limitações no comparativo com a objetividade plena. (LOPES MEIRELLES, 2013).

Diante do exposto, faz-se necessária uma abordagem mais pormenorizada do contexto do desenvolvimento desse conceito, com base no panorama das teorias que foram sendo adotadas durante seus respectivos períodos, bem como daquelas que as suplantaram e, por fim, as mais aceitas pela doutrina atualmente.

#### **4.1 Teoria do Risco Administrativo**

A necessidade do resarcimento dos danos que porventura a Administração Pública venha a causar em decorrência do desempenho de suas atribuições, na vigência do Estado democrático de direito, por se tratar do ente que tem o dever de assegurar os direitos básicos, é a circunstância que dá origem ao conceito de Risco Administrativo.

A mencionada teoria é lastreada nos princípios de justiça distributiva, observando que, sendo os benefícios da atuação do ente público distribuídos entre todos os indivíduos, também os ônus e encargos sociais devem ser divididos por todos, restando ao Estado arcar pelos danos causados pela má administração dos recursos do erário público. (QUEIROZ, 2019, *online*).

Ainda afirma Helly Lopes Meireles que: “O risco e a solidariedade social, são, pois, os suportes desta doutrina, que, por sua objetividade e partilha de encargos conduz a mais perfeita justiça distributiva”. Logo, doutrinariamente, a teoria objetiva é diretamente fundamentada pela consoante contribuição da teoria do risco, concomitante com a necessidade da preservação do princípio

da legalidade, da justiça social e a igualdade entre todos os contribuintes, sendo assim, a ação estatal deve gerar benefícios que serão repartidos entre todos os contribuintes. (Lopes Meirelles, 2004, p. 626)

## 5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTOS EM ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS

O Estado será responsabilizado pela morte do preso sob sua custódia. É omissão específica o não cumprimento do dever de proteger a integridade física e moral do detento, previsto no art. 5º, XLIX, da CF/88, que versa: “é assegurado aos presos a integridade física e moral”.

O artigo 5º da Declaração dos direitos humanos discorre que: “ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”. Esse dispositivo aponta para anuência do direito internacional acerca da responsabilidade objetiva do Estado quanto às circunstâncias relacionadas à custódia desses detentos.

Ainda a Convenção Americana de direitos humanos no seu artigo 5.2, prescreve que: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes”. Entende-se, pois, que a mesma dignidade e respeito que são garantias constitucionais e em tratados universais, que asseguram os direitos a vida, a integridade física e moral a todos os indivíduos, recaem também e em igual intensidade sobre aqueles que estão sobre custódia do Estado. (CÂMARA, 2019, *online*).

A regra positivada no art. 37, §6º, da CRFB/1988 reafirmou a teoria do risco administrativo, que para o Supremo Tribunal Federal, desde que seja demonstrado o nexo causal entre o dano e a ação ou omissão do Poder Público, quer por atos comissivos ou comissivos por omissão, a responsabilidade civil do Estado é objetiva nos casos de morte de detendo em presídios. (AMARAL, 2019, *online*).

Desde o momento da detenção do indivíduo, esse fica sob a tutela do Estado, dispondo por lei da proteção e vigilância das autoridades estatais, que assumem o dever de tomar medidas para preservar sua integridade física e moral e sobre quem recai a obri-

gação de indenizar a vítima por danos à sua integridade e a família deste em caso de morte na constância dessa tutela. (CAROLINE, 2018, *online*)

O sistema prisional brasileiro na atualidade não atende as disposições constitucionais que asseguram o direito dos detentos de cumprirem pena em condições adequadas. E isso reafirma a necessidade do debate acerca da Responsabilidade civil do Estado como um instituto de preservação dos direitos tanto dos presos quanto de suas famílias, como está disposto na legislação vigente. (Art. 37, §6º, CRFB/1988).

O contexto de danos à integridade do preso durante a pena se desenvolve essencialmente em duas situações distintas que se relacionam estreitamente. A primeira é quando o dano é causado pelo agente público durante o exercício de suas funções. E a segunda é quando a vítima sofre o dano proveniente de ações de seus compa-  
nheiros na instituição prisional. Diante do exposto foi consolidado, então, no Recurso Extraordinário nº 841.526, em sede de repercus-  
são geral, por unanimidade: “Responsabilidade civil do Estado por morte de detento. Artigo 5º XLIX e 37, §6º da Constituição Federal”.

Porém, quanto à conduta omissiva do Estado, ou seja, a situa-  
ção em que o dano é causado por terceiros, não é um tema doutrina-  
riamente pacificado. Segundo Bandeira de Mello, o Estado não sendo o causador do dano objetivamente, a responsabilidade seria subjetiva, baseando-se no artigo 43 do Código Civil, enquanto Cavalieri Filho compeende que constitucionalmente essa distinção não existe, restando ao Estado responder civilmente por quaisquer danos causados aos presos sob sua tutela. (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 38).

Após a apresentação da fundamentação teórica sobre o tema proposto serão traçadas as considerações finais acerca da responsabilidade civil do Estado por morte de detento em cumprimento de pena.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil do Estado é um instituto que hospeda em si uma estrutura de suma importância no que tange garan-

tir a dignidade da pessoa humana. Tanto no contexto de custódia prisional, quanto em relação à família do preso debilitado ou permanentemente ausente em virtude de dano a este causado, quer por agentes público ou por terceiros durante a execução da pena, que será indenizada pelo Estado que não cumpriu sua responsabilidade. O Estado é o ente que assume a incumbência de zelar pela estada do preso durante todo o período de prisão, detenção ou reclusão, de modo a atualizar todos os direitos constitucionais dos quais todos os indivíduos são titulares, bem como direitos específicos que são diretamente destinados aos presos positivados com matriz constitucional.

Depois de um processo histórico tão longo e lento de construção do direito penal, desde a vingança com sua simplicidade jurídica que revela a essência unicamente retributiva. Passando pelos suplícios, toda espécie de tratamento desumano e cruel. Até chegar ao padrão atual, conceitualmente ressocializador, que ainda enfrenta uma realidade prisional num contexto sócio jurídico que pode ser controverso ao princípio constitucional.

A sociedade sofre pela inépcia do Estado em garantir um processo prisional que promova efetivamente a ressocialização dos indivíduos em cumprimento de pena. Ressaltando-se a ausência dessa garantia, principalmente no tema debatido nesse artigo, quando se percebe a possibilidade do Ente público eximir-se de indenizar as famílias que têm no preso arrimo parcial ou integral. Lembrando que nem todos os detentos são profissionais do crime, mas muitos deles são punidos por um ato isolado numa, ou por crimes de menor potencial ofensivo, sendo estes, em regra, os mais vulneráveis, e não poucas vezes, as vítimas mais frequentes e a maioria dos danos mais fatais.

Entretanto, a família do preso, morto em estabelecimento prisional, sob a tutela do Estado, é sempre a segunda maior vítima de todo esse âmbito. Não somente pela diminuição do potencial socioeconômico que a perda de um de seus entes significa, mas também e principalmente pelos danos psicológicos que geralmente acarretam na saúde física da família. No entanto, é o sentimento de injustiça, a impunidade do Poder Público, numa série de ações de irresponsabilidades, em sua grande maioria contra os despos-

suídos e mais vulneráveis, que se inicia num projeto insuficiente de educação e na má distribuição de renda, que por si só pode ser considerado como um viés para a criminalidade, e culmina num processo prisional sofrível.

Não bastasse às evidências de todo esse percurso, a evidência mor, o dano letal, que deixa morto o cidadão acometido do vício da criminalidade dentro dos muros de um estabelecimento prisional, que não foi capaz de reabilitar desse vício, ainda deixa a sua família totalmente descompensada e sem nenhuma garantia social. Os direitos fundamentais dos presos, no tocante a humanidade do indivíduo, em nada diferem dos de qualquer outra pessoa. Do mesmo modo que o Estado tem a responsabilidade de garantir, proteger e indenizar pelos atos omissivos praticados contra um cidadão, tem também essa responsabilidade em relação aos presos.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. Responsabilidade civil do Estado por morte de detento em presídio. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 4938, 7 jan. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54985>. Acesso em 22 de mar. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 03 abr. 2019.

BULOS, U. L. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAHALI, Y. S. Responsabilidade civil do Estado. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CÂMARA, Rafaela de Oliveira; MOTA, Karine Alves Gonçalves. Panorama atual da responsabilidade civil do Estado em relação a morte do preso. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, no 1624. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/5034/panorama-atual-responsabilidade-civil-estado-relacao-morte-preso>. Acesso em: 10 out. 2019.

CAROLINE, Anne. Responsabilidade Civil do Estado por Morte de Detento em Estabelecimento Prisional. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63649/> responsabilidade-civil-do-estado-por-morte-de-detento-em-estabelecimento-prisional. Acesso em 22 de mar. 2019.

CARVALHO FILHO, J. S. Manual de Direito administrativo. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, P. V. V. Responsabilidade civil do Estado: uma análise sobre suas características, peculiaridades e principais controvérsias. 2012. 102 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Pontífice Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

CAVALIERI FILHO, S. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

DEMARI, Leonardo. Causas excludentes da responsabilidade civil do Estado. In: jusbrasil. 2017. Disponível em: <https://leonardodemari.jusbrasil.com.br/artigos/461921814/causas-excludentes-daresponsabilidade-civil-do-estado>. Acesso em 04 de abr. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. VII.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014

FARIAS, C. C.; ROSENVOLD, N.; BRAGA NETTO, F. P. Curso de direito civil: responsabilidade civil, v. 3. 2., ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FICHER, Rôney. Direitos Fundamentais - Conceito, História e Características (Part. 1). In jurisway, Paraná, 24/02/2017. Disponível em: [https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=18678](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=18678). Acesso em 22 de mar. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de direito civil: (abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil)/ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2003.

GASPARINI, D. Direito Administrativo. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

JUSTEN FILHO, M. Curso de Direito Administrativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MARTINS, D. C. A responsabilidade civil do Estado nos casos de morte de detentos no sistema prisional brasileiro. 2018. 70 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Do Vale do Taquari Univates, Lajeado, 2018.

MEIRELLES, H. L. Direito administrativo brasileiro. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MEIRELLES, H. L. Direito administrativo brasileiro. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, O. A. B. Princípios Gerais de Direito Administrativo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, O. A. B. Princípios Gerais de Direito Administrativo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre. Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Atlas, 1999.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. – 10. Ed. Ver. ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2015.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. Direito constitucional descomplicado. 8º ed. Editora Método. São Paulo-SP. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Responsabilidade Civil, 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

QUEIROZ, Camila Vilar. Responsabilidade civil do Estado por morte do preso em presídio: considerações doutrinárias e análise do RE 841.526RS. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 09 out. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49615/responsabilidade-civil-do-estado-por-morte-do-preso-em-presi>

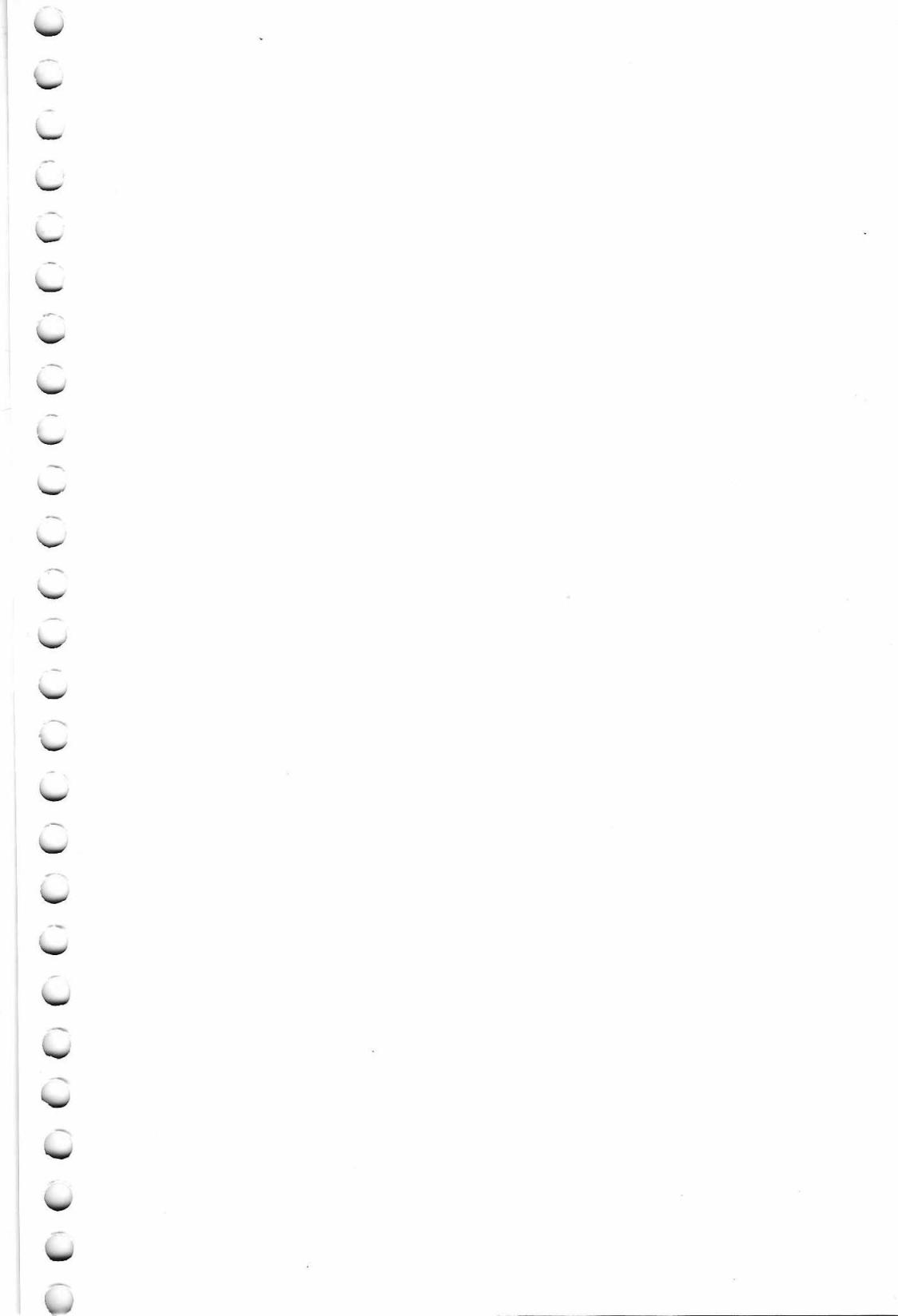
dio-consideracoes-doutrinarias-e-analise-do-re841-526rs. Acesso em: 09 out. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Estado tem responsabilidade sobre morte de detento em estabelecimento penitenciário. 30 mar. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=313198>. Acesso em: 09 out. 2019.

TARTUCE, Flavio. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 12. ed. Ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TORRANO, M. A. Quantas dimensões (ou gerações) dos direitos humanos existem. jus.com.br. Disponível em R7: <https://jus.com.br/artigos/31948/quantas-dimensoes-ou-geracoes-dos-direitos-humanos-existem/1>. REIS, Clayton, Dano moral, 4. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.





Edição: 2020

Impressão: Gráfica J. Andrade

Papel miolo: OffSet 75g

Papel capa: Supremo 250g

Tipologia: Cambria

## Autores

Danilo Alves Lima, Denival Dias de Souza, Edson Oliveira da Silva, Emanuel José de Oliveira Santos, Erica Regina de Azevedo Góes, Eudes de Oliveira Bomfim, Jasmine Andreas Dias de Oliveira, José Fernando de Oliveira, Josué Lima, Keyla Amparo Brandão de Souza, Lizane Maria Nascimento Santos, Lucivaldo da Silva dos Santos, Manoel Batista Santos Sobrinho, Marcel Figueiredo Ramos, Márcia Abdias Santos, Necéssio Adriano Santos, Paula Rodrigues da Silva, Raquel da Silva Santana, Rayanne Stephany Costa Vieira, Tony David da Silva Melo Santos.

“Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça; este, o princípio fundamental de todas as Constituições livres”.

Rui Barbosa

ISBN 978-65-990347-4-9



9 786599 034749