

Roger Goulart Mello
Organizador

Variantes do direito:

Trajetórias de pesquisa
e atuação **2**



2023



Roger Goulart Mello
Organizador

Variantes do direito:

Trajetórias de pesquisa
e atuação **2**



2023

Editora Chefe
Patrícia Gonçalves de Freitas
Editor
Roger Goulart Mello
Diagramação
Lidiane Bilchez Jordão
Dandara Goulart Mello
Patrícia Gonçalves de Freitas
Roger Goulart Mello
Projeto gráfico e edição de arte
Patrícia Gonçalves de Freitas

2023 by Editora e-Publicar
Copyright © Editora e-Publicar
Copyright do Texto © 2023 Os autores
Copyright da Edição © 2023 Editora e-Publicar
Direitos para esta edição cedidos à Editora e-Publicar
pelos autores

Revisão

Os Autores

Open access publication by Editora e-Publicar

VARIANTES DO DIREITO: TRAJETÓRIAS DE PESQUISA E ATUAÇÃO, VOL. 2.

Todo o conteúdo dos capítulos desta obra, dados, informações e correções são de responsabilidade exclusiva dos autores. O download e compartilhamento da obra são permitidos desde que os créditos sejam devidamente atribuídos aos autores. É vedada a realização de alterações na obra, assim como sua utilização para fins comerciais.

A Editora e-Publicar não se responsabiliza por eventuais mudanças ocorridas nos endereços convencionais ou eletrônicos citados nesta obra.

Conselho Editorial

Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade Federal de Santa Catarina

Alessandra Dale Giacomini Terra – Universidade Federal Fluminense

Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa

Andrelize Schabo Ferreira de Assis – Universidade Federal de Rondônia

Bianca Gabriely Ferreira Silva – Universidade Federal de Pernambuco

Cristiana Barcelos da Silva – Universidade do Estado de Minas Gerais

Cristiane Elisa Ribas Batista – Universidade Federal de Santa Catarina



2023

Daniel Ordane da Costa Vale – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Danyelle Andrade Mota – Universidade Tiradentes

Dayanne Tomaz Casimiro da Silva - Universidade Federal de Pernambuco

Deivid Alex dos Santos - Universidade Estadual de Londrina

Diogo Luiz Lima Augusto – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Edilene Dias Santos - Universidade Federal de Campina Grande

Edwaldo Costa – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Elis Regina Barbosa Angelo – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Érica de Melo Azevedo - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro

Ernane Rosa Martins - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás

Ezequiel Martins Ferreira – Universidade Federal de Goiás

Fábio Pereira Cerdera – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Francisco Oricelio da Silva Brindeiro – Universidade Estadual do Ceará

Glaucio Martins da Silva Bandeira – Universidade Federal Fluminense

Helio Fernando Lobo Nogueira da Gama - Universidade Estadual De Santa Cruz

Inaldo Kley do Nascimento Moraes – Universidade CEUMA

Jaisa Klauss - Instituto de Ensino Superior e Formação Avançada de Vitória

Jesus Rodrigues Lemos - Universidade Federal do Delta do Parnaíba

João Paulo Hergesel - Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Jose Henrique de Lacerda Furtado – Instituto Federal do Rio de Janeiro

Jordany Gomes da Silva – Universidade Federal de Pernambuco

Jucilene Oliveira de Sousa – Universidade Estadual de Campinas

Luana Lima Guimarães – Universidade Federal do Ceará

Luma Mirely de Souza Brandão – Universidade Tiradentes

Marcos Pereira dos Santos - Faculdade Eugênio Gomes

Mateus Dias Antunes – Universidade de São Paulo

Milson dos Santos Barbosa – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Paraíba
- IFPB



Naiola Paiva de Miranda - Universidade Federal do Ceará

Rafael Leal da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Rodrigo Lema Del Rio Martins - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Willian Douglas Guilherme - Universidade Federal do Tocantins

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

V299

Variantes do direito: trajetórias de pesquisa e atuação - Volume 2 / Roger Goulart Mello (Organizador). – Rio de Janeiro: e-Publicar, 2023.

Livro em PDF

ISBN 978-65-5364-183-9

Inclui Bibliografia

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Mello, Roger Goulart (Organizador). II. Título.

CDD 340

Elaborada por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Editora e-Publicar

Rio de Janeiro, Brasil

contato@editorapublicar.com.br

www.editorapublicar.com.br

2023



2023

Apresentação

É com grande satisfação que a Editora e-Publicar apresenta a obra intitulada “Variantes do direito: Trajetórias de pesquisa e atuação, Volume 2”. Neste livro engajados pesquisadores contribuíram com suas pesquisas. Esta obra é composta por capítulos que abordam múltiplos temas da área.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Editora e-Publicar

Sumário

CAPÍTULO 1	10
MULTIPARENTALIDADE E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA NO BRASIL	10
	Ana Lara Cândido Becker de Carvalho
CAPÍTULO 2	19
A INSTABILIDADE HISTÓRICA CONSTITUCIONAL DO BRASIL E A HERMENÊUTICA COMO CAMINHO PARA A ESTABILIDADE.....	19
	Ana Lara Cândido Becker de Carvalho Francisco Antonio Costa de Carvalho
CAPÍTULO 3	28
AUSÊNCIA DE PROTEÇÃO NAS PALAVRAS: À LUZ DA OITIVA INFORMAL NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA).....	28
	Adalberto Gonzaga da Cruz Júnior Wagner da Silva Cruz Fredson Pereira da Silva
CAPÍTULO 4	42
MEDIDA SOCIOEDUCATIVA EM MEIO ABERTO: PONDERAÇÕES SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO COMUNITÁRIO EM CIDADE DO INTERIOR DO RIO GRANDE DO SUL	42
	Gracielle Almeida de Aguiar
CAPÍTULO 5	55
A FUNÇÃO JURISDICIONAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (sTJ) E A RELAÇÃO COM A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 125/2022.....	55
DOI 10.47402/ed.ep.c20232495839	José Bruno Martins Leão Albino Gabriel Turbay Junior
CAPÍTULO 6	74
UM OLHAR ATENTO PARA AS PROFISSIONAIS DA ENFERMAGEM POR MEIO DOS DIREITOS HUMANOS	74
DOI 10.47402/ed.ep.c20232506839	Amanda Netto Brum Chris Netto Brum Jessica Cristianetti
CAPÍTULO 7	89
O PROCESSO LEGAL E A PARIDADE DE ARMAS NAS AÇÕES PENAIS EM INQUÉRITOS INSTAURADOS NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)	89
DOI 10.47402/ed.ep.c20232517839	Leandro Paiva do Monte Rodrigues Amyna Karília Mendonça Tavares Ednaldo Fernandes de Almeida Raitiyssa Brendha Dantas Pessoa Balbino

CAPÍTULO 8 102
JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: UM RISCO A
DEMOCRACIA? 102

DOI 10.47402/ed.ep.c20232528839

Marcello Rodrigues Siqueira
Suzana Rodrigues Floresta
Gabriell Rodrigues Floresta e Siqueira
Hellena Rodrigues Floresta e Siqueira

CAPÍTULO 9 121
A APLICABILIDADE E EFICÁCIA DA LEI 9.610/1998 NA ERA DO STREAMING 121

DOI 10.47402/ed.ep.c20232539839

Marcos André dos Santos Lima
Maria Vandete de Almeida

CAPÍTULO 10 139
A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CASOS ENVOLVENDO
ADOLESCENTES INFRATORES 139

Cláudio Daniel de Souza
Luan Christ Rodrigues
Thauane Mayer dos Santos

CAPÍTULO 11 157
A PANDEMIA DA COVID 19 E O REFLEXO NOS DIREITOS HUMANOS 157

DOI 10.47402/ed.ep.c202325511839

Flavia Nunes Flores Seyfried

CAPÍTULO 1

MULTIPARENTALIDADE E O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA NO BRASIL

Ana Lara Cândido Becker de Carvalho

RESUMO

A presente pesquisa trata sobre o processo de requerimento do reconhecimento da filiação socioafetiva resultando na multiparentalidade da criança e/ou do adolescente como forma de efetivação do direito à convivência familiar e comunitária. O objetivo geral consiste em analisar como se dá o processo jurídico de reconhecimento da filiação socioafetiva no Brasil e sua relação com o direito à convivência familiar e comunitária. Especificamente, objetivou-se: descrever o direito à convivência familiar e comunitária no Brasil; apresentar o processo de requerimento do reconhecimento à filiação socioafetiva; e relacionar a multiparentalidade com a concretização do direito à convivência familiar e comunitária. Para tanto, a pergunta-problema norteadora da pesquisa foi: como o reconhecimento da filiação socioafetiva, que gera o fenômeno da multiparentalidade no Brasil, contribui para o exercício do direito à convivência familiar e comunitária dos novos arranjos familiares decorrentes da socioafetividade? A hipótese foi de que, através do requerimento do processo de filiação socioafetiva e da consequente concessão da multiparentalidade para o microsistema familiar formado, é possível contribuir de forma efetiva para a garantia do direito à convivência de crianças e adolescentes que formam esse núcleo familiar, pois a socioafetividade é construída através de vivências, experiências e laços formados, o que implica na vontade consciente de tornar-se pai ou mãe da criança e/ou do adolescente e na defesa do direito à convivência familiar através dos importantes vínculos psicossociais e socioafetivos formados. Quanto à metodologia, utilizando-se da pesquisa bibliográfica, tendo como fontes livros, artigos, teses e dados sobre o tema, busca-se identificar o procedimento para a obtenção da filiação socioafetiva e registro da multiparentalidade de forma a associar positivamente com o exercício do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil. O objeto da pesquisa é exploratória de natureza teórica, sendo a abordagem qualitativa, o método dedutivo e o método de procedimento deu-se na forma monográfica. As técnicas de pesquisa utilizadas foram a bibliográfica e a documental. A pesquisa bibliográfica deu-se nas seguintes bases de dados: Portal Periódico da CAPES, Scielo e revistas qualificadas no Qualis/CAPES. A pesquisa documental foi realizada nos seguintes órgãos: Conselho Nacional de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à convivência familiar e comunitária. Família. Filiação socioafetiva. Multiparentalidade. Socioafetividade.

1. INTRODUÇÃO

O direito à convivência familiar e comunitária, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, tornou-se um direito integral, universal, prioritário e um dos pilares das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento biopsicossocial saudável da infância e da adolescência. Nesse sentido, o direito à convivência familiar não é apenas um direito dos pais ou da família extensa, mas principalmente mostra-se um direito da criança e do adolescente a fim de lhes proporcionar um sustentáculo fortificado para que haja um progresso socioemocional e psicossocial satisfatório com o fito de que tornem-se cidadãos equilibrados e contribuintes com a sociedade. Portanto, conforme ocorre o dinamismo do direito, das relações jurídicas e da própria sociedade, faz-se necessário entender os novos arranjos familiares – tão dignos quanto os tradicionais –

para que, desse modo, crianças e adolescentes possam ter seu direito fundamental à vida familiar resguardado.

2. O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA NO BRASIL

A partir da entrada em vigor do novo ordenamento jurídico brasileiro resultante da promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito à convivência familiar e comunitária, que não possui como destinatários exclusivos crianças e adolescentes, mas sim abrange todo o microsistema familiar (PEREIRA; COSTA, 2005), foi garantido sob a matriz constitucional no artigo 227, que determina que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Além do resguardo constitucional ao direito à convivência familiar e comunitária, há proteção legal a respeito deste direito no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal nº 8.069/1990 editada com o fito primário de regulamentar os artigos 227 e 228 da Constituição Federal. O artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente possui redação semelhante ao já citado artigo 227 da Constituição Federal, reforçando a prioridade absoluta que deve ser dispensada à garantia do direito à convivência familiar e comunitária, dentre outros direitos igualmente relevantes para a defesa do desenvolvimento psicossocial saudável de crianças e adolescentes (BRASIL, 1990). À vista disso, a Lei nº 8.069/1990 possui capítulo próprio destinado à regulamentação e concretização da aplicação do direito fundamental à convivência familiar e comunitária, sendo o artigo 19 do Estatuto destinado a disciplinar que “é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral” (BRASIL, 1990), o que significa que há prioridade institucional em criar, manter e, se preciso, refazer os vínculos familiares da criança e do adolescente com sua família natural, deixando a colocação da criança e do adolescente em família ampliada ou substituta, acolhimento institucional ou, em último caso, adoção, como medidas excepcionais.

Acerca da importância da garantia do direito à convivência familiar que, de forma reflexa, propicia à criança e ao adolescente acesso à comunidade em que vive e às políticas públicas territorializadas, beneficiando toda a família, Siqueira (2012) ensina que

Considerando o direito à convivência familiar e comunitária, o Estatuto da Criança e do Adolescente determina o fim do isolamento presente na institucionalização em

décadas anteriores, a desinstitucionalização no atendimento de crianças e adolescentes em situação de abandono e a valorização do papel da família, das ações locais e das parcerias no desenvolvimento de atividades de promoção desse direito, trazendo mudanças no panorama do funcionamento das instituições de acolhimento. A partir do fim do isolamento, foi preconizada a extinção dos atendimentos institucionalizados, fazendo com que as crianças e os adolescentes tivessem acesso aos serviços oferecidos em sua comunidade, como atendimento no posto de saúde e ingresso na escola local, entre outras atividades. Tais medidas minimizariam os efeitos da institucionalização, visto que as crianças e os adolescentes acolhidos estão em contato com o mundo para além dos muros da instituição (SIQUEIRA, 2012, p. 439).

Portanto, é imprescindível compreender que o direito à convivência familiar e comunitária, apesar de estar prioritariamente regulamentado no Estatuto da Criança e do Adolescente não se destina apenas à infância e à adolescência, mas a todos os membros que formam um núcleo familiar, ou seja, o direito à convivência familiar e comunitária pertence essencialmente ao espectro do direito de família, pois a manutenção do microssistema familiar possui implicações patrimoniais, sucessórias e até mesmo personalísticas, impactando de forma direta os direitos da personalidade dos familiares envolvidas no ambiente familiar (MORAES; VIEIRA, 2020). A título de exemplo, o Código Civil de 2002, nesses termos, dispõe, no artigo 1.583, parágrafo 2º, que na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos (BRASIL, 2002), e, em caso de multiparentalidade devidamente reconhecida, o pai ou a mãe socioafetivos também participarão da tomada de decisão acerca da guarda dos filhos.

Nesse sentido, a convivência socioafetiva entre membros da mesma família impacta diretamente – seja de forma positiva ou negativa – no desenvolvimento físico, cognitivo, motor, moral, social, psíquico, afetivo, emocional e espiritual resultando na efetividade, ou não, da garantia da dignidade humana relacionada à infância e à adolescência (SIQUEIRA; DELL'AGLIO, 2011). A filiação socioafetiva, de forma recente, adentra nos campos do direito de família e da convivência familiar de modo acertado para auxiliar na concretização deste importante resguardo constitucional e legal ao microssistema familiar, pois, segundo Oliveira e Rocha (2019), crianças e adolescentes, como sujeitos de direito em desenvolvimento, necessitam de adultos responsáveis para manifestar comportamentos e valores que são aprendidos de forma repetitiva e reflexa durante à infância e à adolescência, e a multiparentalidade é um método jurídico de assegurar à crianças e adolescentes a permanência voluntária de um adulto cujos laços socioafetivos foram construídos de forma mútua e consentida e que pode contribuir de maneira positiva ao seu desenvolvimento.

3. O PROCESSO DE RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E CONCESSÃO DA MULTIPARENTALIDADE

A plurisocioafetividade no ordenamento jurídico brasileiro trata-se do reconhecimento em âmbito forense da maternidade ou da paternidade cujo vínculo foi moldado através da convivência familiar e comunitária (SILVA; SILVA, 2018). Com o intuito de regulamentar a filiação socioafetiva e, desse modo, dar segurança jurídica às múltiplas famílias que desejam oficializar os laços psicoemocionais construídos, em 2017 o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Resolução nº 63 que, nos artigos 10, 10-A e 11, dispõe que

Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais.

§ 1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação.

§ 2º Poderão requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva de filho os maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil.

§ 3º Não poderão reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes.

§ 4º O pretense pai ou mãe será pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido.

Art. 10-A. A paternidade ou a maternidade socioafetiva deve ser estável e deve estar exteriorizada socialmente.

§ 1º O registrador deverá atestar a existência do vínculo afetivo da paternidade ou maternidade socioafetiva mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos.

§ 2º O requerente demonstrará a afetividade por todos os meios em direito admitidos, bem como por documentos, tais como: apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade - casamento ou união estável - com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida.

§ 3º A ausência destes documentos não impede o registro, desde que justificada a impossibilidade, no entanto, o registrador deverá atestar como apurou o vínculo socioafetivo.

§ 4º Os documentos colhidos na apuração do vínculo socioafetivo deverão ser arquivados pelo registrador (originais ou cópias) juntamente com o requerimento.

Art. 11. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva será processado perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, ainda que diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação.

[...]

§ 4º Se o filho for menor de 18 anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá o seu consentimento.

[...]

§ 8º O reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva poderá ocorrer por meio de documento público ou particular de disposição de última vontade, desde que seguidos os demais trâmites previstos neste provimento.

§ 9º Atendidos os requisitos para o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva, o registrador encaminhará o expediente ao representante do Ministério Público para parecer.

- I – O registro da paternidade ou maternidade socioafetiva será realizado pelo registrador após o parecer favorável do Ministério Público.
- II – Se o parecer for desfavorável, o registrador não procederá o registro da paternidade ou maternidade socioafetiva e comunicará o ocorrido ao requerente, arquivando-se o expediente.
- III – Eventual dúvida referente ao registro deverá ser remetida ao juízo competente para dirimí-la (CNJ, 2017).

Além disso, o reconhecimento da filiação materna ou paterna socioafetiva apenas pode ser solicitado e realizado de maneira unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo destinado à filiação da criança ou do adolescente no assento de nascimento, ou seja, somente é possível, por processo de reconhecimento de multiparentalidade, a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do materno e, no caso da integração de mais de um ascendente socioafetivo deverá tramitar pela via judicial. Por fim, o reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica, nos termos dos artigos 14 e 15 do Provimento nº 63 (CNJ, 2017). Nessa perspectiva, dentro do espectro judicial, que é o único local competente para constatar e aprovar a multiparentalidade, o magistrado analisará, a partir da carga probatória apresentada pelo requerente à concessão da filiação socioafetiva, se a socioafetividade é, de fato, uma convivência psicoemocional entre o pai ou mãe socioafetiva e a criança e/ou adolescente pública, estabelecida, duradoura e consolidada. Se a decisão judiciária for favorável ao requerimento da formalização da multiparentalidade, será determinada a alteração do registro civil do filho socioafetivo para adicionar o nome do novo ascendente, bem como dos novos avós, entrando em consonância com o artigo 1603 do Código Civil que dispõe que “a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil” (BRASIL, 2002). Ressalte-se que o pedido de reconhecimento de socioafetividade pode ser realizado a qualquer tempo, inclusive em caso de morte do pai ou da mãe cuja relação socioafetiva estivesse estabelecida (SALOMÃO, 2018). É necessário salientar que o reconhecimento da multiparentalidade implica em todos os direitos e deveres familiares, patrimoniais, pessoais e sucessórios dispostos na legislação brasileira, deste modo a filiação socioafetiva gera, dentre outras, a obrigação de pensão alimentícia, regulamentação de visitação e de guarda e de convivência familiar e comunitária.

4. A CORRELAÇÃO ENTRE O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E COMUNITÁRIA

Para a proteção e defesa eficazes à infância e à adolescência, com o devido resguardo aos seus direitos específicos e universais, é deveras relevante o pleno exercício do direito à

convivência familiar e comunitária pois, é a partir das experiências e vivências familiares, além do comprometimento de cuidado e zelos dos responsáveis em prol de crianças e adolescentes que fazem parte da família nuclear, que é possível propiciar a realização dos demais direitos, como os direitos à vida, à educação, à saúde, à cultura, ao esporte, ao lazer, à integridade física, psíquica, moral e espiritual, à alimentação e ao respeito (ZEPPONE; VOLPON; CIAMPO, 2012). Desse modo, é a responsabilidade trazida pela convivência familiar que auxilia a concretizar diversos direitos da infância e da adolescência pois, por vezes, crianças e adolescentes necessitam do intermédio dos pais ou responsáveis para exercer seus direitos de forma integral. A multiparentalidade, desse modo, é fundamental para que crianças e adolescentes tenham acesso aos seus direitos garantidos integral e prioritariamente na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois a construção dos vínculos socioafetivos viabilizam o desenvolvimento da infância e da adolescência de forma efetiva. Sobre o assunto, Norões e Júnior (2018, p. 68) disciplinam que

O amor, portanto, não se confunde com um mero sentimento. Na verdade, o amor pode ser fonte de atos variados. Traduz-se, necessariamente, em uma atitude boa, valorosa, honrosa. Nessa perspectiva, compreende-se o mau uso da expressão na atualidade. O “amor” é reduzido a sensações agradáveis em favor de quem o sente, de modo egoísta, quando deveria ser manifestação de sincero altruísmo ou valorização do outro mediante condutas em favor de quem seria o destinatário desse amor (NORÕES; JÚNIOR, 2018, p. 68).

Dessa forma, a família, através da convivência familiar – natural e/ou socioafetiva – mostra-se como um coeficiente protetivo em relação aos direitos de crianças e adolescentes, repercutindo no fortalecimento da própria família, algo primado de forma salutar pelo Direito de Família contemporâneo (REAL; ESMERALDO, 2019). Sobre isso, Maia e Williams (2005, p. 97) ensinam que

a família pode ser destacada como responsável pelo processo de socialização da criança, sendo que, por meio dessa, a criança adquire comportamentos, habilidades e valores apropriados e desejáveis à sua cultura. Nesse contexto, a internalização de normas e regras possibilitarão à criança um desempenho social mais adaptado e aquisição de autonomia (MAIA; WILLIAMS, 2005, p. 97).

Além disso, a contemporaneidade exige que o direito de família acompanhe o dinamismo social e integre a socioafetividade como vínculo familiar, o que contribui com o devido cumprimento legal de critérios de filiação, como a adoção, conforme explicam Real e Esmeraldo (2019, p. 283):

a parentalidade socioafetiva faria, pois, relevar a posse de estado de filiação, que poderia inclusive obviar à impugnação da paternidade; como poderia também superar uma lacuna registal, para além da relevância atípica na legitimação da chamada “adoção à brasileira”. Está-se ante uma visão claramente contrastante com a da verdade biológica, sem que, no entanto, se possam ou devam elevar-se – crê-se – a princípios jurídicos, os decorrentes de uma leitura de qualquer dessas perspectivas. E

porquê? Porque nem o biologismo faz face à realização do interesse superior da criança, se não for acompanhado de um projeto de parentalidade, nem a parentalidade socioafetiva elimina a relevância circunstancial da parentalidade biológica. Conclui-se pois pela ideia de que a falibilidade dos critérios biológica e, também, do dito socioafetivo, nos conduz à solução mais idónea que é: caso a caso, procurar ir-se ao encontro da realização do superior interesse da criança, que convive quer com situações de exaltação biológica, quer com situações de exaltação afetiva, podendo inclusive ocorrer casos de uma desejada multiparentalidade em situações da vida em que se confundem e cruzam aspetos biológicos e ético-afetivos, como nos dá conta realmente o direito brasileiro (REAL; ESMERALDO, 2019, p. 283).

Outrossim, o reconhecimento da filiação socioafetiva, através da regulamentação promovida pelo Conselho Nacional de Justiça, que ocorre no Poder Judiciário competente é um instrumento fundamental na contemporaneidade para o direito de família ao promover a garantia dos laços e elos familiares e, de forma consequente, fortalece a instituição familiar e os direitos de todos os seus membros.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa tratou acerca do processo de requerimento do reconhecimento da filiação socioafetiva resultando na multiparentalidade da criança e/ou do adolescente como forma de efetivação do direito à convivência familiar e comunitária. Portanto, ao descrever o direito à convivência familiar e comunitária no Brasil, ao apresentar o processo de requerimento do reconhecimento à filiação socioafetiva, e ao relacionar a multiparentalidade com a concretização do direito à convivência familiar e comunitária, foi possível confirmar a hipótese de que através do requerimento do processo de filiação socioafetiva e da consequente concessão da multiparentalidade para o microsistema familiar formado, é possível contribuir de forma efetiva para a garantia do direito à convivência de crianças e adolescentes que formam esse núcleo familiar, pois a socioafetividade é construída através de vivências, experiências e laços formados, o que implica na vontade consciente de tornar-se pai ou mãe da criança e/ou do adolescente e na defesa do direito à convivência familiar através dos importantes vínculos psicossociais e socioafetivos formados. Finalmente, é possível concluir que a multiparentalidade, por meio da socioafetividade construída, impacta de forma positiva na execução concreta do direito à convivência familiar e comunitária, benéfica a toda família e, de maneira reflexa, moderniza os preceitos familiares do direito de família brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

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

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. CNJ. **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 29 out. 2022.

MAIA, J. M. D.; WILLIAMS, L. C. de A. Fatores de risco e fatores de proteção ao desenvolvimento infantil: uma revisão da área. **Temas em psicologia**, v. 13, n. 2, p. 91-103, 2005. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2005000200002. Acesso em: 29 out. 2022.

MORAES, C. A.; VIEIRA, D. F. O direito de convivência familiar é um direito da personalidade da criança e do adolescente. **Revista Jurídica Luso-Brasileira [RJLB]**, v. 6, p. 733-758, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_0733_0758.pdf. Acesso em: 28 out. 2022.

NORÕES, M. P.; JÚNIOR, A. J. P. A abordagem antropológica e jurídica da afetividade no direito de família mediante o uso do diálogo socrático em sala de aula. **Revista Argumenta**, n. 28, p. 57-402, 2018. Disponível em: <https://www.proquest.com/scholarly-journals/abordagem-antropol%C3%B3gica-e-jur%C3%ADdica-da-afetividade/docview/2120109511/se-2>. Acesso em: 29 out. 2022.

OLIVEIRA, E. A. R.; ROCHA, S. S. da. O cuidado cultural dos pais na promoção do desenvolvimento infantil. **R Pesq Cuid Fundam Online**, v. 11, n. 2, p. 397-403, 2019. Disponível em: <http://seer.unirio.br/index.php/cuidadofundamental/article/view/6349/pdf>. Acesso em: 29 out. 2022.

PEREIRA, J. M. F.; COSTA, L. F. Os desafios na garantia do direito à convivência familiar. **Journal of Human Growth and Development**, v. 15, n. 1, p. 19-31, 2005. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/19746>. Acesso em: 28 out. 2022.

REAL, C. P. C.-; ESMERALDO, J. S. O direito da Família: biologismo versus afetividade. **Revista de Direito Civil, Coimbra**. v. 4, p. 277-295, 2019. Disponível em: [http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/untitled%20folder%203/RDC%202019-02%20\(277-295\)%20%E2%80%93%20Doutrina%20%E2%80%93%20Carlos%20Pamplona%20Corte-Real%20e%20J%C3%AAs%20Souza%20Esmeraldo%20%E2%80%93%20O%20Direito%20da%20Fam%C3%AAdia%20%E2%80%93%20biologismo%20versus%20afetividade.pdf](http://www.revistadedireitodassociedades.pt/files/untitled%20folder%203/RDC%202019-02%20(277-295)%20%E2%80%93%20Doutrina%20%E2%80%93%20Carlos%20Pamplona%20Corte-Real%20e%20J%C3%AAs%20Souza%20Esmeraldo%20%E2%80%93%20O%20Direito%20da%20Fam%C3%AAdia%20%E2%80%93%20biologismo%20versus%20afetividade.pdf). Acesso em: 29 out. 2022.

SALOMÃO, M. C. A Filiação Socioafetiva pela Posse de Estado de Filho e a Multiparentalidade no Provimento 63 do CNJ. **Revista IBDFAM Famílias e Sucessões**. Belo

Horizonte, v. 26, p. 115-137, 2018. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:revista:2013;001014371>. Acesso em: 29 out. 2022.

SILVA, M. P. da; SILVA, L. B. S. Filiação socioafetiva e sua extrajudicialização. **Revista Eletrônica Organizações e Sociedade**, v. 7, n. 8, p. 147-160, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/329793831_FILIACAO_SOCIOAFETIVA_E_SUA_EXTRAJUDICIALIZACAO. Acesso em: 29 out. 2022.

SIQUEIRA, A. C. A garantia ao direito à convivência familiar e comunitária em foco. **Estudos de Psicologia (Campinas)**, v. 29, p. 437-444, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-166X2012000300013>. Acesso em: 28 out. 2022.

SIQUEIRA, A. C.; DELL'AGLIO, D. D. Políticas públicas de garantia do direito à convivência familiar e comunitária. **Psicologia e Sociedade**, v. 23, p. 262-271, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-71822011000200007>. Acesso em: 28 out. 2022.

ZEPPONE, S. C.; VOLPON, L. C.; CIAMPO, L. A. Del. Monitoramento do desenvolvimento infantil realizado no Brasil. **Revista Paulista de Pediatria**, v. 30, p. 594-599, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-05822012000400019>. Acesso em: 29 out. 2022.

CAPÍTULO 2

A INSTABILIDADE HISTÓRICA CONSTITUCIONAL DO BRASIL E A HERMENÊUTICA COMO CAMINHO PARA A ESTABILIDADE

Ana Lara Cândido Becker de Carvalho
Francisco Antonio Costa de Carvalho

RESUMO

A presente pesquisa trata da histórica instabilidade constitucional do Brasil, marcada por intensas renovações do ordenamento jurídico e causadora de desgastes político-econômicos e de tensões sociais, e o papel fundamental da hermenêutica constitucional para abrir o caminho da estabilidade jurídica. O objetivo geral foi analisar a instabilidade constitucional brasileira, e, especificamente, objetivou-se traçar uma linha histórica das constituições e apresentar o papel e a importância da hermenêutica constitucional. Conclui-se que é através da ciência da hermenêutica que o ordenamento jurídico mantém-se dinâmico e atual, além de enfrentar situações concretas conflituosas e apaziguar embates que desestabilizam a Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Constituições brasileiras. Estado Democrático de Direito. Hermenêutica constitucional.

1. INTRODUÇÃO

A história política e jurídica do Brasil é marcada pela alternância entre modelos de constituição que refletem, em sua concretude, experiências autoritárias e democráticas, refletindo, portanto, uma inegável e estreita relação entre Direito e Política na conjuntura constitucional brasileira. É necessária uma análise histórica e crítica acerca das Constituições brasileiras, atendo-se à importância da hermenêutica, especialmente, na Carta Magna de 1988, demonstrando seu papel fundamental na estabilidade e solidez constitucional, assim como na proteção dos Direitos Fundamentais, de suma importância para o ser humano, os quais caracterizam-se como princípios – relativos – que possuem grande magnitude no ordenamento jurídico. A hermenêutica busca, por sua vez, apaziguar a colisão entre esses Direitos, buscando dar segurança jurídica, interpretações cautelosas e o máximo respeito à Dignidade da Pessoa Humana, espinha dorsal do corpo constitucional.

É válido dizer que o Brasil, em pouco mais de cem anos de República, possui uma história política, jurídica e constitucional permeada de alterações de regimes, transições, rupturas e permanências. Alguns personagens se destacam, determinadas datas são particularmente significativas, certos eventos parecem adquirir uma relevância decisiva. Porém, para quem observa e estuda esse período, no mínimo, conturbado, o que fica é a complexidade das transformações, a capacidade de manutenção, no regime novo, de componentes da ordem

anterior e, acima de tudo, a impossibilidade de explicações monocausais. A história brasileira, especialmente no período após o Regime Militar (1964-1985), período conhecido como redemocratização, ganhou novos contornos, tentando substituir a arbitrariedade, a censura e o desrespeito dos governantes a qualquer direito ou garantia inerente ao ser humano.

Paralelo a isso, os Direitos Fundamentais encontram-se inseridos nas constituições de diversos Estados, as quais os positivam dentro da esfera estatal (SARLET, 2004). Ou, em uma definição um pouco mais ampla, os supracitados direitos podem ser “conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger à dignidade humana em todas as dimensões” (ARAÚJO; NUNES, 2005, p. 109). São esses Direitos Fundamentais que garantem aos cidadãos os direitos individuais, sociais, econômicos e que se relacionam com a fraternidade e a solidariedade, os quais são direitos que transcendem o indivíduo, convergindo para uma geração de direitos relacionados com a essência do ser humano, pensando enquanto gênero, não se adstrindo ao indivíduo, nem mesmo a uma coletividade determinada (ARAÚJO; NUNES JUNIOR, 2005, p. 116).

Sob esse prisma, é intrínseca a relação entre a nova hermenêutica constitucional e o resguardo máximo dos Direitos Fundamentais. Para Heidegger, “A Hermenêutica é sempre uma compreensão de sentido: buscar o ser que me fala e o mundo a partir do qual ele me fala; descobrir atrás da linguagem o sentido radical, ou seja, o discurso” (HEIDEGGER *apud* GOMES, 2001, p. 28). Já Bastos afirma que a hermenêutica tem por objeto os enunciados, aquelas fórmulas jurídicas que serão utilizadas pelo intérprete, enquanto a interpretação tem sempre em vista um caso determinado (BASTOS, 1999, p. 79). Moraes (2014), afirma que a Hermenêutica cumpre seu papel social como ciência quando o texto constitucional, e as demais normas infraconstitucionais, por si só, reconhecem que não possuem o condão de efetuar toda a mudança social necessária, pois tal fenômeno está intrinsecamente relacionado às forças sociais e aos grupos de poder presentes em cada sociedade no momento de produção das normas e da real aplicação dessas medidas.

2. REVISÃO DE LITERATURA

A revisão de literatura presente neste trabalho acadêmico busca apresentar, de forma mais detalhada, temas diretamente ligados à temática da instabilidade constitucional e a importância da hermenêutica para o ordenamento jurídico brasileiro para melhor conhecimento sobre o que tem sido estudado sobre esse vultoso assunto.

2.1 A instabilidade governamental refletida em embates políticos e jurídicos no período da Independência até o pré-golpe ditatorial

Fazendo o diagnóstico da crise brasileira, ainda em 1963, Afonso Arinos de Mello Franco argutamente apontava a fragmentação da representação política no Congresso como uma das situações que ao mesmo tempo indicava e contribuía para a ineficiência do sistema político nacional. A multiplicação de facções políticas tornava extremamente difícil a tarefa de constituir estável maioria que viesse a sustentar um programa de governo consistente e de longo prazo. O diagnóstico é preciso, econômico e muito bem articulado, estimulando a transcrição de um de seus trechos mais penetrantes.

A atomização das maiorias - diz Afonso Arinos - principalmente na Câmara, retira a qualquer partido a possibilidade de controlar a situação, seja nas comissões, seja em plenário. Os pequenos partidos podem adquirir uma importância desmesurada, muito maior do que seu peso numérico, sempre que o resultado das votações for apertado. Maiorias flutuantes e precárias, integradas por grupos que se aproximam sem se juntar, impõem uma constante necessidade de transação, às vezes no pior sentido, isto é, no sentido de barganha, na troca de vantagens, até de chantagens e corrupções. Os líderes vivem numa dobadura, remendando sem cessar as cordas frágeis de suas redes partidárias, por cujas malhas arrebitadas escapam os peixes mais ariscos. Nada se pode fazer de durável, de impessoal, de construtivo. Depende tudo das circunstâncias, possibilidades e interesses (as mais das vezes pessoais) de cada dia. Esta situação repercute dentro dos partidos, cujas bancadas têm sempre fronteiras móveis, facilmente penetráveis pelos adversários (MELLO FRANCO, 1965, p. 52).

O motivo de tão exacerbada fragmentação de forças políticas encontra-se, segundo o autor, no sistema eleitoral prevalecente à época, baseado no mecanismo de representação proporcional. A introdução do sistema de representação proporcional foi advogada logo após a queda da Monarquia, em fins da Revolução de 1930 começou a ser praticada, tendo já a Assembleia Constituinte de 1934 sido eleita de acordo com esse sistema. Ao contrário de enfraquecer o Executivo, entretanto, estima Afonso Arinos, a representação proporcional terminou por enfraquecer o Legislativo pela fragmentação das forças políticas (MELLO FRANCO, p. 51-52).

Embora o diagnóstico das dificuldades operacionais do Congresso possa ser adequado, a causalidade imputada por Afonso Arinos aos mecanismos de representação proporcional não parece encontrar apoio nas investigações existentes. É certo que existe associação entre sistemas de representação proporcional e multiplicação de facções partidárias ou fragmentação política, entendendo-se por fragmentação política apenas a produção de sistemas 'ultramultipartidários'. Entretanto, a simples multiplicação das agremiações partidárias, ou das facções políticas, por si só não produz ou acarreta instabilidade governamental. E este é o ponto extremamente relevante da observação de Arinos: a atomização das forças políticas no

Congresso impedia a constituição da estável maioria capaz de sustentar a operação cotidiana do governo. É apenas por este efeito que a fragmentação político-partidária, ou político-faccional, se transforma em situação indesejável para o sistema político, não havendo entretanto evidência de que este seja sempre o caso. Ao contrário, exemplos existem de regimes excepcionalmente estáveis operando em contextos de elevada fragmentação partidária, onde contudo alta integração consensual das diversas elites se contrapõe às tendências disruptivas da multiplicação faccional.

Wanderley Guilherme dos Santos (1972, p. 143) explica que a fragmentação partidária não se constitui em obstáculo à operação governamental senão quando essa fragmentação *partidária* se converte em inconciliável fragmentação *política*, isto é, quando à multiplicação das agremiações partidárias ou para-partidárias se associa um processo de radicalização político-ideológica. O referido autor demonstra que, aparentemente, a cadeia de condicionantes não é, como imagina Arinos, representação proporcional - fragmentação - o que é certo, seguido de representação proporcional - instabilidade, o que é inexato, mas a seguinte: representação proporcional - fragmentação, intervenção eventual de um à instabilidade governamental.

2.2 O processo jurídico-político pós-1964, ainda frágil e instável

Os elementos explicativos da significação histórica do golpe burguês-militar de 1964 e do regime ditatorial que a partir dele se construiu, bem como da sua dinâmica, devem ser buscados no cruzamento de fatores de longo, médio e curto prazos no período 1914-1989 (Lemos, 2004). A questão do tempo e, especificamente, a do tempo histórico, é objeto de variadas interpretações e não será examinada aqui. Para os fins deste trabalho científico, é suficiente assumir esta proposição, formulada por Fernand Braudel: “Cada ‘atualidade’ reúne movimentos de origem e de ritmo diferentes: o tempo de hoje data simultaneamente de ontem de anteontem, de antanho” (BRAUDEL, 1976, p. 29). A presença abstrata dessas temporalidades combinadas no processo histórico que criou condições para o golpe e a ditadura tem a sua personificação emblemática na participação simultânea de elementos de várias gerações nos eventos. A atuação simultânea do general Osvaldo Cordeiro de Farias (nascido em 1901 e conspirador desde a década de 1920) e do cabo José Anselmo (nascido em 1942, inicialmente um líder dos marinheiros e, depois, agente da repressão), por exemplo, se explica pela interseção de gerações característica dos processos históricos quando enquadrados em temporalidades longas.

Ou seja, mesmo com a Carta Magna de 1988, a segurança jurídica era, de fato, ainda frágil e abalada pelo período marcado pela repressão e pelo desgaste constitucional. Lemos (1999) aduz que a chegada da nova Constituição fortaleceu diversos princípios humanos e democráticos, mas não superou totalmente a insegurança política, jurídica e social instalada durante vinte e um anos de atrocidades no ordenamento jurídico. O que veio a tornar-se um Estado Democrático de Direito, foi marcado pela arbitrariedade e pelo desrespeito com o Direito Constitucional e com a Ciência da Hermenêutica.

3. MÉTODOS

O trabalho será pautado em uma pesquisa qualitativa, documental e bibliográfica, o qual visa apresentar a instabilidade histórica, política e jurídica do Brasil e a importância da segurança jurídica no ordenamento e da solidez das normas constitucionais através dos preceitos da nova Hermenêutica Constitucional, objetivando melhor abordar a questão da prestação satisfatória de direitos fundamentais para a sociedade civil.

A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas e publicadas por meios de escritos eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites, entre outros. A pesquisa documental trilha os mesmos caminhos da pesquisa bibliográfica, não sendo fácil por vezes distingui-las (FONSECA, 2002, p. 32).

4. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Na década de 1980, com a liberação do potencial de reivindicação e participação reprimido havia décadas, o solo para a preparação de uma nova Constituição, que iniciaria um novo ordenamento jurídico, estava fértil. Existia – e existe até hoje – um debate sobre o real sentido da Carta Magna de 1988, e pairava o seguinte questionamento: a nova constituição inaugura um novo tempo na vida política e social do País ou é apenas um momento de passagem no regime que se iniciou em 1964? Em termos mais simplificadores: a nova constituição significa ruptura com o regime militar ou é um documento de transição?

Raymundo Faoro (1985, p. 154), explana um importante conceito sobre Constituição:

Os precedentes das quatro constituintes demonstram que a devolução e a recuperação, como expressões convergentes de uma conquista e de uma concessão, ocorreram em momentos em que não existia o Poder Legislativo. Hoje, a realidade é outra e, em lugar do Executivo que absorvia as funções legislativas, a convocação pode nascer primariamente do poder que está naturalmente habilitado a convocá-la. Não, é claro, para se perpetuar como Poder Constituinte derivado, mas para se legitimar no Poder Constituinte puro, sem os subterfúgios e as falácias de um espaço excepcional, dentro de seus condicionamentos, numa ampliação da reforma e de suas limitações. O que se espera é que o Congresso, liberto de sua tutela, se submeta, ele também, ao império do povo. Esta é a sua vez e a sua hora (FAORO, 1985, p. 154).

A nova hermenêutica constitucional vem para mostrar que a Constituição Cidadã é, sim, um documento sólido – apesar das diversas alterações nesses 30 anos de promulgação – e que representa a segurança do ordenamento e a proteção dos Direitos Fundamentais. Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 110) demonstra a sua relevância, ao asserir que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências da dignidade da pessoa humana.”

Entretanto, quanto maior o leque de direitos fundamentais, e quanto mais vago for o seu conceito, maior será a consequência no que concerne à incidência de colisão desses direitos. Ou seja, a quantidade de direitos fundamentais tutelados pelo Estado está ligada, de forma intrínseca, à possibilidade de conflitos entre eles. Virgílio Afonso da Silva (2010) alerta sobre a possibilidade da colisão entre Direitos Fundamentais, sendo mais frequente do que o que se imagina, e é papel da Hermenêutica, como ciência da interpretação, saber discernir o que é, de fato, fundamental, e o que não é. Saber diferenciar regras de princípios é de suma importância para se compreender os Direitos Fundamentais. Essa diferenciação se faz relevante, já que as normas jurídicas, oriundas de seus aspectos multifacetadas, podem ser regras ou princípios.

Barroso (2005, p. 206.) afirma que “o surgimento de uma nova Hermenêutica no plano pós-positivista inclui a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras, a reabilitação da razão prática e argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana”. Sendo assim, a atual conjuntura da Hermenêutica Constitucional tem como objetivo a construção do pensamento normativo mediante a sua interpretação (ARANHA, 1999, p. 74). Dessarte, “são diversos os princípios para o norteamento da interpretação à luz dos paradigmas atuais, como o princípio da unicidade constitucional, o princípio da concordância prática e o princípio da força normativa da constituição” (BONAVIDES, 1993, p. 97).

Portanto, apesar de toda a instabilidade histórica, política e jurídica que o Brasil sofreu – e sofre – e de toda a evolução social e jurídica que a hermenêutica passou com a finalidade de preservar o caráter rígido e estável das normas constitucionais, fica claro que o Estado Democrático de Direito encontra-se em constante construção e dinamicidade e, para que o caráter supracitado seja efetivamente alcançado, é fundamental a participação ativa e precisa da Hermenêutica Constitucional na concretização dos direitos formalmente garantidos e na aplicação máxima da extensão dos princípios que regem o texto constitucional (BASTOS, 1999).

5. CONCLUSÃO

Utilizando como referencial para as reflexões conclusivas iniciais a teoria do jurista alemão Robert Alexy, o qual defende o uso da ponderação e o princípio da proporcionalidade como meio de resolver colisões entre Direitos Fundamentais, reforçando a suma importância da Ciência da Interpretação nos casos concretos que aparecem e devem ser apreciados. A relação entre Hermenêutica, Constituição e proteção dos direitos inerentes ao ser humano solidificou-se com a Carta Magna de 1988, a qual é de extrema significância para a sociedade brasileira. Com a publicação do referido documento, inaugurou-se uma nova ordem democrática no país que passou a preocupar-se em assegurar o exercício dos direitos sociais, dos direitos individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, entre outros núcleos que podem ser encontrados no preâmbulo da Carta Cidadã.

Os diversos períodos políticos, sociais, históricos, culturais e jurídicos passados pela República Brasileira em um período de tempo significativamente curto para efeitos de contagem histórica, pouco mais de 100 anos, exigiram uma grande responsabilidade do legislador constituinte e dos intérpretes posteriores das normas constitucionais, os quais devem utilizar a ponderação e o princípio da proporcionalidade, já mencionados, pois o positivismo é a base do ordenamento jurídico brasileiro, assim como o ordenamento alemão, apontado e estudado por Alexy. A hermenêutica constitucional torna-se, portanto, imprescindível para solidificar a Constituição e, ao mesmo tempo, dar novos sentidos aos escritos constitucionais, que devem ser reavaliados e repensados devido às transformações que o corpo social constantemente passa. Acompanhar o desenvolvimento cultural e social é fundamental para uma interpretação sempre atualizada e condizente com os aspectos do tecido social à época da necessidade da revisão do sentido da norma constitucional.

Após a escritura do texto constitucional e sua consolidação institucional (ainda em curso), cabe, por fim, concluir que, com o auxílio dos preceitos da nova hermenêutica constitucional, a melhor forma de respeitar a Constituição é vivê-la como um processo dinâmico, de constante transformação que deve ser respeitada e analisada sempre que necessário, com um pano de fundo baseado naquelas premissas que inspiraram a Assembleia Constituinte de 1987/1988: democracia, liberdade, autonomia e participação.

REFERÊNCIAS

ARANHA, M. I. **Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1999.

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 9.^a edição. 2005.

BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 07 ago. 2019.

BASTOS, C. R. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2.^a ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRAUDEL, F. A longa duração. **História e Ciências Sociais**. 2. ed. Trad. Carlos Braga e Inácia Canelas. Lisboa: Presença, p. 7-70, 1976.

FAORO, Raymundo. **Assembléia Constituinte: a legitimidade recuperada**. São Paulo, Brasiliense, 1985. p. 154

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica e Constituição no Estado de Direito Democrático**, 2.^a ed. Rio de Janeiro, 2001.

LEMOS, R. Justiça Militar e processo político no Brasil (1964-1968). In: **1964- 2004. 40 anos do golpe. Ditadura militar e resistência no Brasil**. Rio de Janeiro: FAPERJ; 7Letras, p. 282-289, 2004.

LEMOS, R. **Benjamin Constant – vida e história**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

LIIPHART, A. **The politics of accommodation - pluralism and democracy in the Netherlands**. University of California Press, 1968.

MELLO FRANCO, A. A. de. **A evolução da crise brasileira**. Companhia Editora Nacional, 1965.

MORAES, R. Q. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 51, n. 204, p. 269-285, out./dez. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269. Acesso em: 07 ago. 2019.

RAE, D. W. **The political consequences of electoral laws**. Yale University Press, 2.^a edição, 1970.

SANTOS, W. G. dos. **Impass and crisis in Brazilian politics**. Ph.D. dissertation (*first draft*), Stanford University, 1972. cap. 2.



SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, V. A. da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. **Transnacionalidade do direito**: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas, 2010. ed., São Paulo, Brasiliense, 1985.

CAPÍTULO 3

AUSÊNCIA DE PROTEÇÃO NAS PALAVRAS: À LUZ DA OITIVA INFORMAL NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)

Adalberto Gonzaga da Cruz Júnior
Wagner da Silva Cruz
Fredson Pereira da Silva

RESUMO

O presente artigo científico possui como ponto de partida fazer uma análise sobre a “Oitiva Informal” a qual está de forma incerta no Estatuto da Criança e o do Adolescente, Lei 8.069/90. Tal objetivo é justamente verificar, por meio de uma pesquisa bibliográfica, de uma observação participativa e realização de entrevistas, com coleta de dados subjetivos a partir de aplicação de formulário semiestruturado que a oitiva informal revela em potencial cerceamento de defesa quando ausente o advogado. São notórias as lacunas que essa lei possui no que se refere à oitiva no ordenamento jurídico, por exemplo, a ausência de defesa técnica, orientação dos pais ou responsável de quais são os seus direitos. Dessa forma, será dada ênfase aos casos que estão ocorrendo na cidade de Petrolina-PE.

PALAVRAS-CHAVE: Da Interpretação da Norma. Do Início do Procedimento Informal. Da Oitiva Informal. Da Ênfase na Oitiva Paragem. Do Sentido Comum e Teórico.

1. INTRODUÇÃO

Diante dos fatos contemporâneos e muitas vezes conflitantes entre o corpo forense e o mundo social destacam-se, sobretudo as lacunas da lei que fazem refletir, cada vez mais, sobre uma hermenêutica a qual venha fortalecer e também dar segurança aos jurisdicionados quando da aplicação da lei. Pois estes, dependendo do polo processual, são os mais prejudicados com o modelo formal e os entendimentos muitas vezes já “engessados” pelo próprio sistema jurídico brasileiro.

Entretanto, diante de tais fatos, também até a “pescar ilusões” que valha questionar, a saber: Será que Maria vai com as outras? Ou seja, as interpretações são análogas? Todo juiz tem o mesmo pensamento? Todavia, existe um indicativo que pode dar suporte para se verificar a separação de algumas partículas desse engessamento forense. Tal indicativo pode ser justamente fazer uma reflexão e analisar bem a norma e o procedimento referente ao caso antes de qualquer decisão. Para os filósofos a recomendação é que quando um ser humano reflete sobre algo ou alguma coisa, torna-se apto para tomar decisões importantes. Assim deve ser no Direito.

Posto isso, o presente artigo possui um leque para analisar os casos que tem como ponto de partida a “oitiva informal” com previsão no Estatuto da Criança e o do Adolescente em seu artigo 179, Lei 8069/90. Pois, existe uma visão distorcida nessa lei no que tange à expressão “informal versus formalidade”, ou seja, se há uma informalidade, é por que existe uma lacuna legislativa, há algo que não é formal, que dificulta e distancia-se dos paradigmas de uma Lex, que já nasce em um processo legislativo formal.

O presente ensaio tem como objetivo, seguindo um método de pesquisa bibliográfica, de uma observação participativa e a realização de entrevistas aplicadas a partir de formulário semiestruturado direcionados aos casos mais frequentes desse tipo de problema no Município de Petrolina-PE. Assim, demonstrar que a oitiva informal quando realizada revela uma falta de proteção nas informações declaradas pelo o próprio adolescente na presença do representante do Parquet, isto é, o Ministério Público.

Sendo assim, será abordada também a importância da tríade (defesa, acusação e julgador). Ou seja, (advogado, Ministério Público e o juiz, respectivamente), são esses os principais “atores” coadjuvantes quando da realização do procedimento em estudo, pois o ator principal é o adolescente. Contudo, esse breve ensaio, que não pretende esgotar o tema, volta os olhos para o Estatuto da Criança e o Adolescente, garantias constitucionais refletidas para a oitiva informal.

2. DA INTERPRETAÇÃO DA NORMA, LEI N. 8.069/90 – CONCISAS CONSIDERAÇÕES

Percebe-se que a Constituição Federal de 1988-CF/88 ao expressar uma gama de conteúdos os quais norteiam como se devem dirigir um corpo social e forense, principalmente através de alicerces, a saber: direitos e garantias fundamentais para todos os indivíduos. Reserva também um espaço para a figura da criança e do adolescente. A CF/88 no tocante a dignidade da pessoa humana voltando-se para o desenvolvimento do país expressou que a educação é um dos pilares do crescimento do Brasil, principalmente para crianças e adolescentes. Expressa a Constituição Cidadã em seu artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, “**o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária**”, além de colocá-los a salvo de toda forma de

negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988, p. 4, grifo nosso).

Com isso, as somas desses fatores, dentre eles a educação, são de fundamental importância para o desenvolvimento de quaisquer crianças e adolescentes. Enquanto sujeitos de direitos, ao terem acesso a esses verdadeiros direitos fundamentais, por meio deles terão probabilidade de afastarem-se da prática de atos infracionais. Dessa forma, a falta de incentivos escolar, cultural e dentre outros, fazem parte de uma espécie de imã para as práticas ilícitas, envolvendo tais pessoas acabam sendo preponderantes para aquilo como ato infracional.

Por outro lado, é cediço que a legislação teve uma evolução considerável no que diz respeito às garantias dos direitos das crianças e dos adolescentes que se encontram em conflito com a lei, ou seja, no que tange principalmente ao Ato Infracional¹. Desse modo, atualmente, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, conhecida pelo apelido (ECA), expressão pejorativa, quando deve ler-se “e-c-a.” É quem prevê, comina sanção, revela rito processual próprio e procedimentos específicos para apuração de atos infracionais praticados por menores de dezoito anos, como é o caso do procedimento da oitiva informal, exclusivo dessa lei. Não só isso, mas também traz em seu bojo regra própria de interpretação dessa norma.

Entretanto, tal sistema, isto é, o do E-C-A, não é para refletir o que está presente no direito penal aplicado aos maiores de idade. Como explica (SPOSATO, 2013):

É bastante comum que as condições pessoais do adolescente operem de forma mais intensa do que a verificação de sua conduta, configurando um direito penal do autor nos procedimentos da Justiça Especializada. [...] Esse posicionamento pode ser identificado como uma releitura discricionária e subjetiva do ECA que dá margem a políticas regressivas e irracionais, “**tendo em vista que é o SER que é “atacado”, e não o AGIR**”, nas práticas infracionais (SPOSATO, 2013, p. 127, grifo nosso).

O que se quer demonstrar nesse ponto é que quando se realiza uma interpretação da norma específica aos infantes de maneira desatenciosa, deixando de lado a premissa de que são pessoas em desenvolvimento, concepção essa trazida pela Epistola Cidadã (CF-88), acaba-se

¹ Art. 103, Caput, ECA. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

por refletir fenômenos do Direito Penal aplicado aos maiores de idade, como é o caso do “Direito Penal do Autor.”²

Resta claro que o olhar atento do intérprete a tais regras ou elementos de interpretação dessa norma, implica em um distanciamento do Direito Penal, sem precisar que o público infanto-juvenil seja muitas vezes inserido em teses da doutrina da legislação penal, como citado acima, Direito Penal do Autor, Etiquetagem etc.

À luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, que materializa o comando constitucional previsto na CF-88, Art.227 *caput*, isto é, princípio da prioridade absoluta, tem-se no artigo 6º daquele, verdadeira regra de interpretação dessa norma:

Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, “e **a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento**” (BRASIL, 1988, p. 38, grifo nosso).

Como é cediço, esses são os pressupostos para interpretação do E-C-A, pois refletem na Carta Mãe algo de suma importância para as crianças e adolescentes o qual se trata expressamente de uma responsabilidade tanto da família quanto do próprio Estado. Com isso, não resta dúvida de que esses devem dar guarita a esse público juvenil que ainda está em desenvolvimento.

Além disso, não se deve deixar de complementar que é preciso uma participação ativa da própria sociedade, com aplicação de políticas para uma regular convivência no âmbito social dessas crianças e adolescentes. Haja vista que a própria sociedade possui, indiscutivelmente, um poder supremo de vigilância sobre outros indivíduos. Tal poder supremo da sociedade não tem o interesse, nesse caso, de entrar em conflito com o poder do próprio o Estado. Todavia, o que se quer transmitir é que a máquina estatal não pode estar em todos os lugares ao mesmo tempo para dar uma total guarita a esse público infantil, mas a sociedade sim.

² Direito Penal do Autor consiste na norma penal que se preocupa com quem o agente é, e não com o fato por ele praticado.

3. DO INÍCIO DO PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DO ATO INFRACIONAL- MOMENTO DA OITIVA INFORMAL

O adolescente deve ser apresentado ao representante do Ministério Público em exercício, perante a Vara da Infância e da Juventude na Comarca em que for verificada a ação ou omissão do fato ocorrido. No caso de flagrante, sendo o adolescente liberado, a apresentação compete aos pais ou responsável. Sendo assim, esse comparecimento do menor ao representante do *Parquet* serve como uma espécie de paliativo para florescer um processo penal. A ratificação desse entendimento é reforçada nas palavras de (ROSSATO, 2015):

Trata-se de importante oportunidade em que o Ministério Público poderá colher elementos que embasarão a tomada de uma das providências indicadas no Art. 180 do Estatuto. Em certas ocasiões, a oitiva das vítimas e testemunhas pelo Ministério Público é importantíssima, notadamente em atos infracionais equiparados a delitos sexuais, para ter-se conhecimento das circunstâncias em que ele foi praticado, bem como de eventual dolo (ROSSATO, 2015, p. 445).

Porém, caso contrário, o adolescente será apresentado pela autoridade ou pela entidade de atendimento, conforme a hipótese (Art. 175 e parágrafos desse Estatuto). Não sendo hipótese de flagrante, a apresentação far-se-á mediante notificação aos pais ou responsável, aplicando-se a regra do parágrafo único³ do artigo 179 do E-C-A.

Assim, os documentos vindos da Polícia - Auto de Apreensão ou Boletim de Ocorrência (B.O), no caso de flagrante, e relatório policial, quando houver indícios de participação de adolescente na prática de ato infracional - devem ser previamente autuados pelo cartório judicial, estando subentendida à necessidade do registro em livro próprio para controle da movimentação dos autos.

Dessa forma, o cartório deve fornecer informação sobre os antecedentes do adolescente, certificando nos autos tudo o que constar sobre essa pessoa, inclusive, eventuais remissões anteriormente concedidas, não se prestando, por conseguinte, à caracterização da hipótese do Art. 122, inciso II, justificadora da imposição de internação. O fato é que o representante do Ministério Público e a autoridade judiciária necessitam da informação para decidir se o adolescente faz jus ao novo benefício.

Com isso, a apresentação deve ser feita “desde logo” (Art. 175), isto é, tal entendimento é que seja no mesmo dia. Sendo impossível a apresentação imediata, há que se distinguirem

³ Parágrafo único. Em caso de não apresentação, o representante do Ministério Público notificará os pais ou responsável para apresentação do adolescente, podendo requisitar o concurso das polícias civil e militar.

duas hipóteses: a primeira é que o adolescente foi liberado aos pais ou responsável, caso em que sua apresentação deva ocorrer no primeiro dia útil imediato; já a segunda é que o adolescente não foi liberado, permanecendo sob custódia provisória na representação policial ou em entidade de atendimento; nesse caso, a apresentação deve ser feita no prazo máximo de 24 horas, ou seja, não mais no primeiro dia útil imediato, sob pena de responsabilidade (Art. 235).

4. DA OITIVA INFORMAL

É notório que a palavra “oitiva”, conforme a dicção do dicionário⁴ trata-se de um substantivo feminino que significa ouvido, audição. Algo interessante é também a locução adverbial “de oitiva”, pois é aquilo que se ouviu, se repetiu diversas vezes e nada foi averiguado para se ter certeza se é verdadeiro, ou seja, algo de muita incerteza, não confiante. Assim, na seara do direito, oitiva é a “audição” de uma testemunha ou daqueles litigantes que se encontram envolvidos em processo o qual estão sendo ouvidos.

Desta forma, a oitiva informal é uma espécie de procedimento de natureza administrativa pelo qual o adolescente é encaminhado diretamente à presença do Promotor de Justiça, na fase pré-processual para que seja declarado tudo sobre o que houve no ato infracional em que o mesmo é suspeito, em conformidade com o Estatuto do Menor (ALEXANDRE, 2016).

Entretanto, o principal divisor de águas que vem sendo trabalhado nesse estudo científico, indiscutivelmente, encontra-se na redação do artigo 179 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Haja vista que o dispositivo se expressa de forma inadequada quando posto em comparação com a CF-88, especificamente para os procedimentos de um objetivo fundamental quando interpretado à luz da dignidade da pessoa humana e outras garantias fundamentais, como o devido processo legal. Assim, veja: (Art.179, ECA)

Art. 179. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão. Boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuado pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas (BRASIL, 1990, p. 55).

Todavia, percebe-se que na redação desse dispositivo existe uma ausência de algo que é de suma importância para quaisquer procedimentos, seja administrativo ou judicial, qual seja a presença de um defensor, que poderá ser o advogado ou, a depender do caso, o Defensor

⁴ Dicionário Aurélio. Origem: Wikipédia, a enciclopédia livre.

Público. A ratificação dessa tese é sustentada também nas palavras de (SPOSATO, 2006) da seguinte forma:

Trata-se de providência obrigatória que antecede a representação, e, portanto, corresponde a direito do adolescente acusado da autoria de ato infracional. Entende-se que supre a necessidade do inquérito policial a fim de conferir maior celeridade ao processo. Justamente pelas consequências que pode ocasionar, “por ser a mais grave a internação provisória do adolescente, muitos advogam que a defesa deveria também participar da oitiva informal.” (SPOSATO, 2006, p. 147).

Embora, já exista um entendimento de que a oitiva informal refere-se a um procedimento administrativo e não judicial, na visão de alguns tribunais, tal ótica pode também influenciar bastante no rito processual, até por que se for feita uma metáfora com o próprio Inquérito Policial, é de se perceber que esta pode se tratar de uma peça de suma importância, principalmente, na ausência de outras provas cabíveis para o início da prática processual.

Diante dos fatos expostos, é sabido que existe uma oitiva informal sobre a qual os adolescentes infratores ficam submetidos a uma espécie de entrevista (oitiva) no tocante ao ato infracional que ele mesmo cometera. Porém, o que chama atenção é a distância que existe em usar outros princípios muito importantes, a saber: o contraditório e a ampla defesa CF/88, artigo 5º, inciso LV:

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

LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral “são assegurados o contraditório e ampla defesa”, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL,1990, p. 55).

Esse modelo de depoimento também se afasta de outro princípio expresso no artigo 5º, inciso LIII5, que por sinal, faz-se referência ao devido processo legal. Isto é, tal processo legal possui uma abrangência, pois não abraça apenas o direito de indivíduos adultos, idosos mais também o direito juvenil. Corroborando com isso, o próprio Ministro da Suprema Corte, Gilmar Ferreira Mendes, abrange ainda esse assunto, sobretudo no que fere a dignidade da pessoa humana, Destarte, veja: (MENDES, 2012, p. 441)

Assim, tal como a garantia do devido processo legal, o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do

⁵ Art. 5º, inciso VIII, CF/88: Ninguém será processado nem sentenciado senão pela a autoridade competente.

processo. Os direitos fundamentais relacionados à atuação processual e procedimental fundamentam-se no princípio da dignidade da pessoa humana, e a compreensão do processo como um fim em si mesmo e “o homem como objeto desta finalidade agride a um só tempo direitos fundamentais relacionados à existência do processo, e também a dignidade humana” (MENDES, 2012, p. 441).

Sendo assim, os motivos expostos levam a uma hermenêutica de que o depoimento informal tem que se objetivar de alguns pressupostos, a saber: a presença marcante de um advogado ou a depender do rito, um defensor público; reduzir a termo não somente a oitiva do menor infrator, mais também deixar registrado os depoimentos de vítimas, testemunhas para que o prejudicado tenha em mãos as peças suficientes para poder usufruir o princípio do contraditório e da ampla defesa, isto é, uma honesta paridade de armas entre os litigantes.

5. DA ÊNFASE NA OITIVA PARAGEM

Com ênfase em dados coletados no Município de Petrolina-PE, em especial a Oitiva Informal, várias informações foram adquiridas sobre esse tema. Contudo, dentre esses dados, o que chama atenção é justamente que o Ministério Público local que atua junto a Vara da Infância e da Juventude, no citado município, ao ser questionado em relação ao quantitativo de oitivas por ele já realizado, no período (2014 a 2016), foram de aproximadamente 25 (vinte e cinco) ouvidas por módulo anual⁶.

Entretanto, para o *Parquet* dessa localidade, o procedimento da oitiva informal apenas se trata de uma faculdade para sua realização. Todavia, quando é feita pelo Promotor de Justiça, possuem os mesmos paradigmas consagrados no Estatuto da Criança e do Adolescente, isto é, sem a presença marcante de um advogado ou defensor público, como reza o *caput* do Art. 179 desse mesmo diploma legal.

Além disso, para fortalecer o estudo em questão, foi feita uma pesquisa através de formulários e visitas a um dos centros de acolhimentos de menores infratores nessa cidade juntamente com assistência da Vara Regional da Infância e Juventude de Petrolina-PE. Dito isso, o estabelecimento em tela possui como referência um dos maiores centro de guarita desse

⁶ Ministério Público do Município de Petrolina-PE. Com base em dados recolhidos, através de informações telefônicas, por uma funcionária do presente órgão no dia 19/09/2016.

município para esses menores. Nesse caso, trata-se do Centro de Atendimento Sócio Educativo – CASE.

Nesse lugar, foram feitas várias entrevistas com aproximadamente 20 pessoas entre adolescentes e adultos. Tendo em vista que o Estatuto da Criança e do Adolescente não abrange somente o menor, mais também aquele adolescente que em caso excepcional, ultrapassa o limite de idade de um adolescente, isto é, dezoito anos incompletos. Por exemplo, em uma situação hipotética em que o adolescente já possuía a idade de 17 anos na data do ato infracional. Com isso, ao adentrar no CASE, organicamente, atingirá sua maior idade, conforme a hermenêutica que está tipificada no Art. 121, §§ 3º e 5º desse Estatuto:

“Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.” (BRASIL,1990, p. 57).

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

Dessa forma, dando continuidade à entrevista, foi indagado aos adolescentes se no momento da sua oitiva informal havia um advogado a sua disposição para que o mesmo se sentisse seguro com aquela situação, haja vista que era a primeira vez que o menor estava situado em um ambiente forense. A princípio, de forma unânime, os menores pediram que fossem fornecidas mais informações no tocante à oitiva, pois apesar de terem vivenciado tal caso, não tinham noção do que se tratava aquele tipo de procedimento. Contudo, acrescentaram também que se foram passadas tais informações, não as lembravam mais.

Sendo assim, é notório que o menor se torna inocente da própria dinâmica do sistema jurídico brasileiro, pois com a ausência de um advogado para oferecer informações basilares de um ritual jurídico e sua defesa, torna-se imaturo principalmente no momento de responder algo que lhe é indagado. Uma prova disso é o que foi vivenciado nas entrevistas desses adolescentes, sendo que em uma escala topográfica⁷ de 0 a 100, a porcentagem de menores que de outra sorte não seguiram o caminho da oitiva informal são de aproximadamente 75%. Já os demais são

⁷ Escala Topográfica. Desenho ou escala topográfica consiste na reprodução geométrica de dados colhidos em um determinado campo de estudo.

preenchidos com 20% na presença de advogado contratado pela família e apenas 5% possuíram guarita de um Defensor Público.

Diante dessa tipologia, resta claro uma afronta ao *due process of Law*⁸, isto é, ao devido processo legal, pois os dizeres constitucionais não fazem distinções entre indivíduos, sejam eles adultos ou adolescentes. Dessa sorte, mesmo por se tratar de um Estatuto Juvenil, a oitiva informal não deve se ausentar dos princípios que regem a base da *Epístola Maior*, tendo em vista que todos são sujeitos de direitos. Assim, devem ser preservados.

6. SENTIDO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS E DOUTRINADORES NA INTERPRETAÇÃO DA OITIVA

A oitiva informal à luz da jurisprudência e da doutrina não passa de um mecanismo de formato administrativo. Nesse sentido, o adolescente é apresentado ao representante do *Parquet* (Promotor de Justiça) para que sejam ventiladas várias informações no tocante ao ato infracional que o mesmo está sendo acusado. Em conformidade com o que está expresso no artigo 180⁹ do ECA, tem-se uma interpretação de que no depoimento do menor (oitiva) existem duas direções específicas, a saber: complementar a investigação; oferecer ou não suporte para concessão de remissão extrajudicial.

Além disso, o Ministério Público informa que na confecção do Boletim de Ocorrência ou na elaboração do Auto de Apreensão em Flagrante por Ato Infracional (AAFAI)¹⁰, muitas vezes, não existe um processo de investigação policial de forma detalhada sobre o caso. Diante disso, o *Parquet* faz uso da oitiva informal como forma de suprir os espaços vazios deixados pela atuação policial em seu do Inquérito Policial- I.P, ou seja, tem como finalidade informar sua opinião sobre o fato ocorrido.

Entretanto, há algo que chama atenção no Estatuto da Criança e do Adolescente, pois é de se perceber que esse ritual é apenas fomentado se houver um episódio que esteja em flagrante, isto é, descarta-se a probabilidade nesse procedimento, se o ato tratar-se apenas como

⁸ O devido processo legal ou *due process of law* é um **princípio legal** proveniente do **direito anglo-saxão** e, portanto, de um sistema diferente das tradições **romanas** ou **romano-germanas**, no qual algum ato praticado por autoridade, para ser considerado válido, eficaz e completo, deve seguir todas as etapas previstas em **lei**.

⁹ Art. 180. Adotadas as providências a que alude o artigo anterior, o representante do Ministério Público poderá:

I – promover o arquivamento dos autos;

II – conceder a remissão;

III – representar à autoridade judiciária para aplicação de medida sócio-educativa.

¹⁰ AAFAI - Auto de Apreensão em Flagrante por Ato Infracional será lavrado quando o adolescente tenha cometido ato infracional, via de regra, mediante violência ou grave ameaça, após apresentação ao Delegado de Polícia.

uma mera investigação. Dessa forma, diante de uma balança, a oitiva informal vem pesando cada vez mais para a desnecessidade de tal rito, conforme a própria interpretação do STJ em seu HC- 121733/SP¹¹ e outros entendimentos dos Tribunais de Justiça, a saber não se afigura indispensável à realização da oitiva informal do adolescente, se o representante Ministério Público entende estarem reunidos elementos de convicção suficientes para amparar a representação

Porém, o presente julgado trata-se apenas da parte investigativa que de fato foge dos dizeres constitucionais, sobretudo ao princípio do devido processo legal. Uma coisa se sabe: as respostas, no cosmo jurídico, não podem ficar nem ao “Deus Dará”, como também não podem ficar ao “bel-prazer” dos magistrados e doutrinadores. Haja vista que a intenção contemporânea é seguir uma linha de entendimento que venha quebrar as decisões já gabaritadas por esses profissionais.

Assim, a concepção desse direito se dará a partir da utilização dos mais diversos critérios de Humanização da Justiça¹², tais como os que foram anteriormente explicitados. Ou seja, nenhum meio de aplicação da norma jurídica será suficiente sem a humanização de seus aplicadores, sem que estes conheçam a realidade que os cerca e motiva as relações entre os indivíduos e justiça.

Por essas considerações, há de haver uma reflexão, por parte dos tribunais pátrios, sobre a desnecessidade da oitiva informal, pois ela é verdadeiramente uma condição específica de procedibilidade da ação socioeducativa que até pode ser superada, desde que o MP justifique de forma séria as razões de sua não realização (ALEXANDRE, 2016). Todavia, é de se perceber que esse próprio Ministério Público, em alguns estados, como é o caso do MP do Rio de Janeiro que se manifesta de uma forma a qual se vem a deduzir sobre o que estar entrelaçado na própria lei, pois ventila da seguinte forma:

Se, de um lado, cumpre reconhecer o direito de o menor ser ouvido, por outro lado, insta afastar o entendimento de que tal oitiva do adolescente seja condição especial de procedibilidade da ação socioeducativa. Isto porque, se é correto que a lei não permite ao Promotor de Justiça deixar arbitrariamente de ouvir o menor, por certo tampouco proíbe que prossiga o rito diante da impossibilidade de se realizar o ato. Ademais, é mesmo incongruente

¹¹ STJ HC- 121733/SP. A ausência de oitiva informal não gera a nulidade da representação se os elementos presentes já bastarem, por si sós, à formação do convencimento do magistrado.

¹² Humanização da Justiça – “Humanizar a justiça é agir como ser humano no exercício da prestação jurisdicional, é saber democratizar a justiça, transpondo as barreiras do tradicional sistema jurisdicional”.

alçar-se a pressuposto formal algo que a própria lei define, em sua essência, como informal (PAULO JUNIOR, 2004).

Sem isso, há uma violação a Carta Magna (CF/88) e ao Estatuto da Criança e do Adolescente (E-C-A), além de pouco caso com a Resolução 118 do CNMP¹³, que incentiva à autocomposição no âmbito do Ministério Público. (ALEXANDRE, 2016)

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar o direito por essa perspectiva, percebe-se o quão abastado ele é das reais situações e conflitos existentes. Ao tornar-se um “meio de busca pela justiça” que se coloca em um patamar acima do restante da sociedade, o direito e seus aplicadores encrustam-se de verdades e as impõem, não se modificam, não criam e são frequentemente flagrados em um instinto conservativo, ou seja, nada mais que um simples e puro engessamento forense. Diante disso, essa temática é ratificada também por (Frida Kahlo), em sua “Poética Feminista” que nos informa o seguinte: Estou farta do direito comedido, do direito bem comportado, do direito magistrado [...] do direito que para e vai averiguar o significado que dá a cartilha do conservadorismo. De resto não é direito, será tabela matemática.

Na verdade, são através das lacunas que o operador do direito tem a oportunidade de criar argumentos para lutar pelo que se crê como justo e contra o injusto aos seus olhos. Nesse caso, percebe-se que é de fundamental importância que aqueles homens os quais utilizam o direito na persecução da justiça estejam sempre vigilantes para garantir direitos e garantias individuais e coletivas.

Sendo assim, a própria legislação do Estatuto da Criança e do Adolescente deixa veemente algo para muitas discursões. Tendo em vista que a principal delas está consagrada na oitiva informal, pois o corpo do Art.179 do E-C-A quer oferecer aguarita a um ato de formalidade, sobretudo naquilo que está de modo informal nas entrelinhas desse Estatuto.

Além disso, é de salutar que não é só no ordenamento jurídico, mas também em outras Legislações Alienígenas¹⁴, existe de fato uma ausência de “meias verdades”, ou seja, o que se trata de formal é formal, não se pode entrelaçar com a informalidade. Pois, em um caso hipotético, se a parte formal fosse uma cor azul e a informal fosse uma cor amarela, no exato

¹³ CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público.

¹⁴ Legislação Alienígena – O direito estrangeiro, também é conhecido como direito alienígena, é toda legislação importada do direito internacional.

momento de suas misturas, indiscutivelmente, não nasceria uma terceira cor à luz da seara forense.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, M. S. **Oitiva Informal e o sentido da jurisprudência do STJ**. Correio Brasiliense, n. 19271, 29 fev. 2016. Direito e Justiça, p. 2, 2016. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2016-1/oitiva-informal-e-o-sentido-da-jurisprudencia-do-stj-juiz-marcio-da-silva-alexandre>. Acesso em: 23 fe.2023.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BECKER, H. S. **Métodos de Pesquisa em Ciências Sociais**. Tradução de Marco Estevão. 3ª edição. São Paulo: Editora Hucitec, 1994.

CÂMARA, A. F. **Lições de Direito Processual Civil**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

CAVALCANTI, A. E. L. W. **Direito da Infância, Juventude, Idoso e Pessoas com Deficiência**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE PATOS DE MINAS. Pró-Reitoria de Ensino, Pesquisa e Extensão. **Manual para Normatização de Trabalhos Acadêmicos**. 3 ed. Patos de Minas: Unipam, 2009. Disponível em: https://biblioteca.unipam.edu.br/biblioteca/downloads/manual_normalizacao_trabalhos_academicos_2011_v_4.pdf. Acesso em: 23 fe.2023.

CHAMMAS, D. Depoimento de crianças e adolescente. **Revista Jurídica Consulex**, v. 17, n. 406, p. 31-33, dez, 2013. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2013;1000999444> Acessado em: Jan,2023.

DIDIER, Jr. F. **Novo Código de Processo Civil Estudo Comparativo com o Código de 1973**. Salvador: Ed. JusPodivm., 2015.

DONIZETTI, E. **Curso didático de direito processual civil**, 18.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, J. D. R. V. Depoimento de crianças e adolescentes em processo penal: breve análise à adequação entre princípios e regras. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 64, n. 463, p. 63-83, maio, 2016. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2017;2001071366> Acessado em: Jan,2023.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos da Metodologia Científica**. 6ª Edição. São Paulo: Atlas, 2006.

MARINONI, L. G. **O projeto da CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, G. F.; BRANCO, G. G. **Curso de Direito Constitucional - 7. Ed. Ver. E atual.**- São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, A. **Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 10 à 50 da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas S. A., 197, 2013.

NEVES, D. A. A. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

BONI, V.; QUARESMA, S. J. Aprendendo a Entrevistar: como fazer entrevistas em Ciências Sociais. **Revista Eletrônica dos Pós-Graduandos em Sociologia Política da UFSC**. Vol.2 nº 1(3), janeiro-julho/2005, p. 68-80, 2005.

PAULO JUNIOR, J. M. Da Não-Oitiva do infrator em sede extrajudicial. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.18, 2004.

ROSSATO, L. A. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo**. Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépre, Rogério Sanches Cunha. – 7. Ed. Ver., atual. Ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

SPOSATO, K. B. **Direito Penal de Adolescentes – Elementos para uma teoria garantista**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CAPÍTULO 4

MEDIDA SOCIOEDUCATIVA EM MEIO ABERTO: PONDERAÇÕES SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO COMUNITÁRIO EM CIDADE DO INTERIOR DO RIO GRANDE DO SUL

Gracielle Almeida de Aguiar

RESUMO

O Brasil possui 117.207 adolescentes e jovens em cumprimento de Medidas Socioeducativas de Liberdade Assistida e/ou Prestação de Serviços à Comunidade. O dado é da Pesquisa Nacional de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto realizada em fevereiro/março de 2018 pelo Ministério do Desenvolvimento Social. Esse quantitativo representa 82% de todas as medidas socioeducativas aplicadas no Brasil, estando as medidas de semiliberdade e internação, compreendidas nos demais 28%. Esses dados nos dão uma dimensão mais precisa do grande desafio a ser enfrentado por toda a sociedade, especialmente no que diz respeito ao Estado e às políticas públicas relacionadas a essa parcela da população, trazendo à tona diversas questões, quais sejam: como estruturar um serviço de medidas socioeducativas no município de forma a atender às normativas estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)? Como pactuar junto às diferentes políticas intersetoriais responsabilidades comuns no atendimento às diversas vulnerabilidades que os adolescentes apresentam? Neste artigo, faz-se elucidações sobre o SINASE e também sobre a aplicação de medidas socioeducativas em meio aberto.

PALAVRAS-CHAVE: Socioeducação. Medida Socioeducativa. Políticas Públicas.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil possui 117.207 adolescentes e jovens em cumprimento de Medidas Socioeducativas de Liberdade Assistida e/ou Prestação de Serviços à Comunidade. O dado é da Pesquisa Nacional de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto realizada em fevereiro/março de 2018 pelo Ministério do Desenvolvimento Social. Esse quantitativo representa 82% de todas as medidas socioeducativas aplicadas no Brasil, estando as medidas de semiliberdade e internação, compreendidas nos demais 28%. Esses dados nos dão uma dimensão mais precisa do grande desafio a ser enfrentado por toda a sociedade, especialmente no que diz respeito ao Estado e às políticas públicas relacionadas a essa parcela da população (BRASIL, 2018).

A violência praticada por jovens no país é assunto de relevância tanto aos profissionais do Direito quanto à sociedade em geral. Nesse sentido, entender a construção da responsabilidade do adolescente no Brasil pela prática de ato infracional e a compreensão do caminho histórico e normativo ocorrido no Brasil, em relação à construção dos direitos de crianças e adolescentes se faz relevante.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

É possível afirmar que a história do direito juvenil pode ser dividida em três fases, a saber: a fase da indiferença, a fase tutelar e a fase cidadã. A primeira fase ou período pode ser compreendida entre o início do século XIX até a primeira década do século XX. A inimputabilidade penal iniciava-se aos sete anos e a plena ficava para os maiores de vinte e um anos, a quem se aplicava, inclusive, a pena de morte para certos delitos. Esta fase é marcada pelo caráter indiferenciado e ficou conhecida por considerar crianças e adolescentes como adultos, na medida em que eram recolhidos no mesmo espaço, esse período corresponde à Doutrina do Direito Penal do Menor (FACHINETTO, 2003).

Dessa forma, a criança, que neste período era tratada como “coisa”, passou no final do século XIX a reclamar ao menos a condição de objeto de proteção do Poder Público. Iniciava-se assim uma nova ideologia chamada de caráter tutelar. A segunda fase, intitulada de tutelar, é caracterizada pela indignação da sociedade que, ao constatar que os animais encontravam-se mais protegidos que as crianças, uma vez que os mesmos tinham respaldo da lei para coibir a violência sofrida e as crianças não, decidiram exigir mudanças para esta realidade.

Em 1923, surge o primeiro Juizado de Menores do Brasil, que levou o nome de seu principal colaborador, o magistrado José Cândido Albuquerque Mello Mattos. O Código de Menores instituído em 1927 consolida as leis de assistência e proteção a menores. No referido Código existia a previsão do recolhimento do menor para que o Estado o reeducasse. O Código de Menores revestia a figura do juiz de grande poder. Assim, crianças e adolescentes tinham suas vidas decididas através do julgamento e da ética do juiz (SHECAIRA, 2008). Nos dois modelos de Códigos não era feita a distinção entre crianças e adolescentes “infratores” e abandonados. Assim, ambos se encontravam em situação irregular e cabia ao Estado a sua tutela. Crianças abandonadas recebiam o mesmo tratamento daquelas que delinquiriam. (RIZZINI, 2008).

Entretanto, depois de mais de seis décadas de vigência da Doutrina da Situação Irregular na sociedade brasileira, há um grande esforço por parte de alguns segmentos desta, no sentido de romper com a dimensão cultural da Doutrina da Situação Irregular e implementar uma nova doutrina. Nasce assim, a terceira fase ou terceiro período, chamado de fase cidadã. Ela inicia a partir das previsões já apontadas pela Constituição Federal (CF) de 1988 e pela Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança e Adolescente em 1989, e vai ao encontro dos preceitos assegurados pelos Direitos Humanos.

Dessa forma, a leitura que se faz das práticas jurídicas anteriores à Constituição Federal de 1988 conclui que a legislação estava eivada de conteúdo manifestadamente discriminatório, em que, por exemplo, a criança era o filho bem nascido, e o menor, o infrator. A legislação pátria, apoiada no art.227 da CF, rompe definitivamente com as práticas anteriores (LIBERATI, 2011). Sendo assim, crianças e adolescentes passaram a ser considerados sujeitos de direitos e, portanto, cidadãos, além de afirmar sua nova identidade, ocorreu um contraponto a uma situação que se pretendia superar na qual criança e adolescente eram tratados como objetos de tutela por parte da família, da sociedade e do Estado.

Ressalta-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) marcou a adoção do Princípio da Proteção Integral, tal princípio já havia sido referido na Carta Magna de 1988. Podendo-se verificar a alteração na forma de tratamento dispensado às crianças e adolescentes, quando estes praticarem atos infracionais. Na Carta Magna, o artigo 227 e o artigo 228 servem como norteadores para os preceitos do ECA, sendo que o art. 227 assegura a proteção integral e o art. 228 a inimputabilidade de crianças e adolescentes (BRASIL, 1990). Assim, em 1990 é promulgado o ECA, implantando a Doutrina da Proteção Integral, a partir da qual crianças e adolescentes são distinguidos pela sua idade e pela sua condição peculiar de desenvolvimento, ambos reconhecidos como sujeitos de direitos civis e considerados como prioridade absoluta. Além da Constituição Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), algumas normativas internacionais das quais o Brasil é signatário foram incorporadas ao ECA, tais como a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing) (MENDEZ, 1998).

3. O ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE E O ATO INFRACIONAL

Com a criação do ECA, as crianças e adolescentes deixaram de ser vítimas de um sistema de desigualdade social, desprovidos dos seus direitos, incapazes de lutar pela sua efetivação sem o apoio da família, da sociedade e do Estado, como suscitava o revogado Código de Menores. Ocorreu uma mudança no tratamento jurídico com o surgimento do novo estatuto, pela consideração da condição peculiar de seres humanos em desenvolvimento (SARAIVA 2015). Em seu art. 2º, o ECA considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela pessoa entre 12 e 18 anos. No parágrafo único do art. 2º estabelece que toda vez que um adolescente cometer um ato infracional, a aplicação da punição será regida pelo ECA e de total acordo com seus preceitos (BRASIL, 1990).

Com relação ao ECA, este é dividido em duas partes: a geral e a especial. A primeira trata dos princípios norteadores, como o da Proteção Integral da criança e do adolescente, dos direitos fundamentais e da prevenção. A parte especial inclui a política de atendimento, as medidas de proteção, a prática do ato infracional, as medidas que cabem aos pais ou responsáveis, o conselho tutelar, o acesso à justiça, a apuração de infração administrativa, os crimes e as infrações administrativas.

Segundo Liberati (2011), o ECA revolucionou o Direito Infanto-Juvenil, adotando a doutrina da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente. Essa doutrina tem como referência a proteção de todos os direitos infanto-juvenis, que compreendem, ainda, um conjunto de instrumentos jurídicos de caráter nacional e internacional, colocados à disposição de crianças e adolescentes para a proteção de todos os seus direitos.

Concomitantemente, como resultado da preocupação social em oferecer especial proteção a estes indivíduos e também em tratar adequadamente aqueles que cometerem infrações nesta faixa de idade, exsurge a principal legislação que trata do tema, o ECA, que consiste numa ferramenta que veio proteger a vida e garantir o desenvolvimento saudável das crianças e dos adolescentes no Brasil. Com referência à questão do ato infracional, o ECA estabelece diferenças entre a proteção de crianças e adolescentes em situação de risco e vulnerabilidade e a responsabilização do adolescente autor de ato infracional, criando a responsabilidade penal dos adolescentes.

O adolescente autor de conduta contrária à lei penal deverá responder a um procedimento para apuração de ato infracional, sendo passível, se comprovada a autoria e a materialidade do ato, a aplicação de uma das medidas socioeducativas (MSEs) previstas no ECA. Destaca-se no campo jurídico, o surgimento do sistema de responsabilização penal do adolescente autor de ato infracional e das ações civis públicas como instrumentos de exigibilidade dos direitos subjetivos da criança e do adolescente. O Juiz de Menores, que tratava da situação irregular do “menor”, foi substituído pelo Juiz de Direito (SARAIVA, 2013). A CF de 1988 levou à condição de princípio constitucional a inimputabilidade do “menor” de 18 anos de idade, mas foi a partir do ECA que os adolescentes em conflito com a lei passaram a contar com as garantias processuais básicas do Direito Penal dos adultos e a serem responsabilizados pelos atos infracionais.

4. O ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO E AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS PREVISTAS PELO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Quando o adolescente comete um ato infracional, poderá receber a aplicação de uma das MSEs estabelecidas no artigo 112 do ECA, que são as seguintes: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade (PSC), liberdade assistida (LA), inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional. Na aplicação das MSEs, devem ser consideradas as características sociofamiliares, visando possibilitar que o adolescente supere sua condição de exclusão por meio da reinserção na sociedade (VOLPI, 1997). Uma das medidas socioeducativas previstas em lei é a Advertência a qual consiste na admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada (art. 115, ECA). Seu propósito é alertar o adolescente e seus genitores ou responsáveis para os riscos do envolvimento do adolescente em ato infracional. Segundo Veronese (2015, p. 205), “neste momento é, também oportuno destacar que se constitui um dos objetivos das medidas socioeducativas, presentes na Lei do SINASE, é a reprovabilidade da conduta (art.1º.,III)”.

Outra forma de medida socioeducativa é a Reparação de dano onde o ato infracional tem reflexo patrimonial. O poder judiciário poderá aplicar a medida prevista no art. 116 do ECA, determinando que o adolescente restitua a coisa, ou compense o prejuízo da vítima. De acordo com o autor supracitado “a medida prevista no art. 116 cuida da medida de reparação do dano que, além de ser educativa por ensinar conceitos de valores, de respeito a coisa alheia, busca a satisfação de um dano causado a terceiro por adolescente” (VERONESE, 2015, p. 209).

4.1 Medidas socioeducativas em meio aberto

A Prestação de Serviço Comunitário (PSC) está prevista no art. 112, III e 117 do ECA e oriunda do Código Penal (art.46) e consiste na prestação de serviços comunitários gratuitos, pelo prazo máximo de seis meses, na carga horária máxima de 8 horas semanais, junto a entidades sem fins lucrativos, assistenciais, hospitais, escolas e instituições similares. Tal medida socioeducativa prioriza um sentido educativo, pedagógico e reflexivo, orientando o adolescente a ter consciência dos valores de solidariedade social e as tarefas desenvolvidas deverão ser atribuídas conforme a aptidão do adolescente (BRASIL, 1990).

Outra MSE prevista pelo Estatuto é a Liberdade Assistida, que apresenta a possibilidade do adolescente cumpri-la junto à família, com o controle do Juizado da Infância e da Juventude. Deste modo, o objetivo principal da LA é garantir que o adolescente possa contar com um responsável que o acompanhe em sua inserção social, junto à família, na escola e no mercado

de trabalho (BRASIL, 1990). Nesta medida está incluso psicoterapia e orientação pedagógica, encaminhamento ao trabalho e, à profissionalização. A medida socioeducativa de liberdade assistida é uma medida que impõe obrigações ao adolescente, de forma coercitiva. Ela é desenvolvida por meio de acompanhamento do infrator em suas atividades sociais [escola, família, trabalho] (LIBERATI, 2011).

4.2 Medida socioeducativa em meio fechado

A semiliberdade destina-se ao adolescente em situação infracional que trabalha e estuda durante o dia e à noite recolhe-se a uma entidade especializada. Tal medida é executada em meio aberto, implicando, a possibilidade de realização de atividades externas, como a frequência à escola, às relações de emprego e pode vir cumulada com uma PSC.

A MSE de internação é a mais severa de todas as previstas no Estatuto, por privar o adolescente de sua liberdade. Deve ser aplicada somente aos casos mais graves, em caráter excepcional e com o devido processo legal, conforme prescreve o ECA. A internação deve ser cumprida em estabelecimento especializado, que conte com uma equipe especializada nas áreas terapêutica e pedagógica. Nestes termos, o art. 121 do ECA, determina os princípios reguladores da internação, visando adaptar-se à condição peculiar do desenvolvimento de adolescentes em conflito com a lei. Tais princípios orientadores constituem um caráter preventivo para a medida, tornando-a eficaz em seu objetivo.

5. O SISTEMA DE SEGURANÇA E POLÍTICAS PÚBLICAS

Para que sejam garantidos todos os direitos previstos pelo ECA e pelo SINASE aos adolescentes que cometeram ato infracional e diante disto se encontram em conflito com a lei, torna-se necessário programas de ação, planejamento e desenvolvimento. Estas ações são consolidadas por meio da criação de políticas públicas. O conceito de políticas públicas como programa de ação passou a ser tratado recentemente pela teoria jurídica (ANTÃO, 2012).

As políticas públicas se constituem como programa ou quadro de ação governamental porque consiste num conjunto de medidas articuladas com escopo de movimentar a máquina governamental com o objetivo de concretizar os direitos (BUCCI, 2006). A rede de atendimento tanto social, quanto de inclusão de adolescentes em conflito com a lei são compostas principalmente pelos os órgãos do Sistema de Segurança, o Sistema de Justiça, o Sistema de Atendimento (Assistência Social, Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, Conselho Tutelar, entidades prestadoras de serviço) e a sociedade em geral, para a garantia de direitos ao adolescente em conflito com a lei.

Assim dispõe Veronese (2015) quando afirma que a equipe multidisciplinar é fundamental para auxiliar o adolescente em cumprimento de medida socioeducativa, pois ele pode ser atendido de acordo com suas necessidades e recebe apoio profissional de advogados, pedagogos, assistentes sociais, psicólogos e demais profissionais dispostos a contribuir com a sua formação. Além disso, o apoio pedagógico deve ter em mira: dar as condições necessárias para que o adolescente tenha acesso à tudo o que for preciso para que possa superar a sua situação de exclusão social, que o auxilie na sua ressignificação de valores, com vistas a uma efetiva participação na vida social, de forma que torne clara a dupla dimensão da medida socioeducativa: a jurídico-sancionatória, uma vez que o adolescente é responsabilizado estatutariamente pelo sistema de justiça (Poder do Estado) e a dimensão ético-pedagógica, que configura essencialmente a dimensão a educação como forma de inclusão cidadã (VERONESE, 2015).

Nesse contexto, o ECA surgiu como um articulador das políticas públicas estatais e as ações e iniciativas privadas, visando assegurar direitos que estão dispersos nas áreas de educação, saúde, esporte, profissionalização, entre outros, exigindo para tanto a participação e a criação de um amplo sistema de garantia de direitos. Com efeito, é de se apontar, antes de mais nada, o princípio da prioridade absoluta à criança e ao adolescente, previsto pelo art. 227, caput, da Constituição Federal, que por força do disposto no art. 4º, par. único, alínea "b", da Lei nº. 8.069/90, garante, no que diz respeito ao atendimento à população infanto-juvenil e suas respectivas famílias. A Constituição Federal de 1988 selou um novo modelo de tratamento e assistência à infância, incorporando a Doutrina da Proteção Integral e garantindo o status de sujeitos de direitos às crianças e adolescentes, como já amplamente destacado.

A partir de então, os dispositivos constitucionais foram regulamentados: a Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – que consolida a Doutrina da Proteção Integral; a Lei 8.080/90, que institui o Sistema Único Único de Saúde – SUS; a Lei 8.742/93 – Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, que dispõe sobre a organização da assistência social e a Lei 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB, que regulamenta os sistemas de educação e ensino. O objetivo comum dessas leis é a descentralização política e administrativa e a participação da sociedade na formulação das políticas”. (Conforme Diretrizes Nacionais para a Política de Atenção Integral à Infância e Adolescência, do Conanda).

Para consolidar essas disposições e para que todos os estados brasileiros mantivessem um padrão de aplicação ao ECA, foi sancionada em 2012, a Lei nº 12.594, que institui o

SINASE no território brasileiro e regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional (BRASIL, 2012a).

5.1 Aspectos gerais do sistema nacional de atendimento socioeducativo - SINASE - Lei nº 12.594, 2012

De acordo com o SINASE, o Brasil possui 25 milhões de adolescentes na faixa etária de 12 a 18 anos, o que, aproximadamente, representa 15% da população. É um país com muitas contradições e marcado por uma intensa desigualdade social, que é um reflexo da concentração de renda. Essa desigualdade social, constatada nos indicadores sociais, traz consequências diretas para as condições de vida da população infanto-juvenil.

O SINASE afirma que quando é feito um recorte racial, as disparidades aumentam pois não há igualdade de acesso aos direitos fundamentais, uma vez que, a população negra, em geral, apresenta um quadro socioeconômico e educacional mais desfavorável em comparação à população branca. Referente à escolarização dos adolescentes e jovens brasileiros, o SINASE afirma que a realidade apresenta dados significativos. Segundo dados apresentados, na faixa etária de 15 a 17 anos, 80% dos adolescentes frequentam a escola, mas somente 40% estão no nível adequado para sua faixa etária, e somente 11% dos adolescentes entre 14 e 15 anos concluíram o ensino fundamental. Na medida em que a faixa etária aumenta, a escolarização diminui, segundo o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

Dentro desse contexto envolvendo todo o atendimento socioeducativo, aufere ao SINASE ser um instrumento que deve ser entendido como uma política social de inclusão do adolescente que cometeu ato infracional. Enquanto sistema integrado, o SINASE procura articular os três níveis do governo para o melhor desenvolvimento do atendimento socioeducativo ao adolescente, levando em consideração a intersetorialidade e a corresponsabilidade entre a família, o Estado e a sociedade. É importante que haja uma articulação e um trabalho conjunto, em rede, dos operadores do Sistema de Garantia de Direitos (VERONESE, 2015).

O SINASE está estruturado no âmbito executivo a partir da resolução do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), este instituto regula o processo de apuração do ato infracional e as respectivas medidas destinadas aos adolescentes em conflito com a lei. Trata-se de um conjunto ordenado de princípios, regras e critérios de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo que envolve o processo de apuração do ato infracional e execução de medidas destinadas aos adolescentes em conflito com

a lei (BRASIL, 2012a). O órgão gestor do SINASE é a Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH) que coordena um esforço renovado, a partir da nova legislação, de implementação das diretrizes dessa política. A SDH age em articulação com os ministérios, o sistema de justiça, os estados, os municípios, as organizações da sociedade civil, as instituições de ensino e a sociedade civil.

6. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM MEIO ABERTO NO MUNICÍPIO DE SANTA MARIA-RS

No município de Santa Maria – RS as medidas socioeducativas em meio aberto estão vinculadas à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social. E esta executa a PSC (Prestação de Serviço à Comunidade) através do Serviço Centro de Referência Especializada de Assistência Social (CREAS) e a LA (Liberdade Assistida) através do convênio municipal com o Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (CEDEDICA). Neste artigo a autora irá deter-se apenas em questões relacionadas ao CREAS pois é o local onde ela atua como profissional da área de psicologia.

6.1 Centro de referência especializada de assistência social (CREAS)

O CREAS é uma unidade pública estatal de atendimento e referência para o acompanhamento especializado às famílias e indivíduos em situação de violação de direitos. Os serviços ofertados nos CREAS devem funcionar em estreita articulação com demais serviços socioassistenciais e de outras políticas públicas, com o Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Conselhos Tutelares e outros órgãos de Defesa de Direitos e do Sistema de Garantia de Direitos, com o intuito de estruturar uma rede efetiva de proteção social às famílias e indivíduos.

O CREAS é um serviço de proteção social especial de média complexidade, uma unidade pública da política de Assistência Social, onde são atendidas famílias e 21 pessoas que estão em situação de risco social ou tiveram seus direitos violados. O serviço conta com uma equipe de psicólogos, assistentes sociais, terapeuta ocupacional, advogada e orientadores sociais. O CREAS tem abrangência municipal ou regional que tem como papel constituir-se em lócus de referência, nos territórios, da oferta de trabalho social especializado no SUAS a famílias e indivíduos em situação de risco pessoal ou social, por violação de direitos. Seu papel no SUAS define, igualmente, seu papel na rede de atendimento.

O papel do CREAS no SUAS define suas competências, que compreendem: ofertar e referenciar serviços especializados de caráter continuado para famílias e indivíduos em situação

de risco pessoal e social, por violação de direitos, conforme dispõe a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais; a gestão dos processos de trabalho na unidade, incluindo a coordenação técnica e administrativa da equipe, o planejamento, monitoramento e avaliação das ações, a organização e execução direta do trabalho social no âmbito dos serviços ofertados, o relacionamento cotidiano com a rede e o registro de informações, sem prejuízo das competências do órgão gestor da assistência social em relação a unidade.

O público atendido no CREAS compreende as famílias e indivíduos em situação de risco pessoal e social, com violação de direitos, tais como: violência física, psicológica e negligência; violência sexual; afastamento do convívio familiar devido a aplicação de medida de proteção; situação de rua; abandono; trabalho infantil; discriminação por orientação social e/ou raça/etnia; descumprimento de condicionalidades do Programa Bolsa Família em decorrência de violação de direitos; cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto de Liberdade Assistida e de Prestação de Serviços à Comunidade por adolescentes, entre outras.

A resolução do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) n. 109, de 11 de novembro de 2009 aprova a tipificação e resolve que os Serviços de Proteção Social Especial de Média Complexidade compreendem: Serviço de Proteção Social Especial para Pessoas com Deficiência, Idosas e suas Famílias - Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua e Abordagem Social - Serviço de Proteção Social e Adolescentes em Cumprimento de Medida Socioeducativa de Prestação de Serviços à Comunidade (PSC) - Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI)

7. SERVIÇO DE PROTEÇÃO SOCIAL A ADOLESCENTES EM CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE (PSC)

De acordo com a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais, o serviço tem por finalidade prover atenção socioassistencial e acompanhamento a adolescentes e jovens em cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto, determinadas judicialmente. Deve contribuir para o acesso a direitos e para a ressignificação de valores na vida pessoal e social dos adolescentes e jovens. Para a oferta do serviço faz-se necessário a observância da responsabilização face ao ato infracional praticado, cujos direitos e obrigações devem ser assegurados de acordo com as legislações e normativas específicas para o cumprimento das medidas.

Na sua operacionalização é necessário a elaboração do Plano Individual de Atendimento (PIA) com a participação do adolescente e da família, devendo conter os objetivos e metas a serem alcançados durante o cumprimento da medida, perspectivas da vida futura, dentre outros aspectos a serem acrescidos, de acordo com as necessidades e interesses do adolescente. O adolescente deve ser acompanhado sistematicamente de forma que garanta o desenvolvimento adequado do PIA. No acompanhamento da medida de Prestação de Serviços à Comunidade o serviço deverá identificar no município os locais para a prestação de serviços, podendo ser: entidades sociais, programas comunitários, hospitais, escolas e outros serviços governamentais.

Com relação a prestação dos serviços deverá se configurar em tarefas gratuitas e de interesse geral, com jornada máxima de oito horas semanais, sem prejuízo da escola ou do trabalho, no caso de adolescentes maiores de 16 anos ou na condição de aprendiz a partir dos 14 anos. A inserção do adolescente em qualquer dessas alternativas deve ser compatível com suas aptidões, favorecendo o seu desenvolvimento social e pessoal. Os usuários deste serviço são adolescentes de 12 a 18 anos incompletos, ou jovens de 18 a 21 anos, em cumprimento de medida socioeducativa de Prestação de Serviços à Comunidade, aplicada pela Justiça da Infância e da Juventude ou, na ausência desta, pela Vara Civil correspondente e suas famílias.

O Serviço objetiva realizar acompanhamento social e adolescentes durante o cumprimento de medida socioeducativa de Prestação de Serviços à Comunidade e sua inserção em outros serviços e programas socioassistenciais e de políticas públicas setoriais; criar condições para a construção/reconstrução de projetos de vida que visem a ruptura com a prática de ato infracional; estabelecer contratos com o adolescente a partir das possibilidades e limites do trabalho a ser desenvolvido e normas que regulem o período de cumprimento da medida socioeducativa; contribuir para o estabelecimento da autoconfiança e a capacidade de reflexão sobre as possibilidades de construção de autonomias; possibilitar acessos a oportunidades para a ampliação do universo informacional e cultural e o desenvolvimento de habilidades e competências; fortalecer a convivência familiar e comunitária.

Dessa forma, acredita-se que para que o Serviço de Proteção Social a Adolescentes em Cumprimento de Medida Socioeducativa de Prestação de Serviços à Comunidade seja efetivado é fundamental que haja acolhida; escuta; estudo social; diagnóstico socioeconômico; referência e contra referência; trabalho interdisciplinar; articulação interinstitucional com os demais órgãos do sistema de garantia de direitos; produção de orientações técnicas e materiais informativos; monitoramento e avaliação do serviço; proteção social proativa; orientação e encaminhamentos para a rede de serviços locais; construção de plano individual e familiar de

atendimento, considerando as especificidades da adolescência; orientação sociofamiliar; acesso a documentação pessoal; informação, comunicação e defesa de direitos; articulação da rede de serviços socioassistenciais; articulação com os serviços de políticas públicas setoriais; estímulo ao convívio familiar, grupal e social; mobilização para o exercício da cidadania; desenvolvimento de projetos sociais; elaboração de relatórios e/ou prontuários.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Faz-se fundamental que este serviço ofereça aos usuários segurança na acolhida, onde o usuário tenha condições de dignidade em um ambiente que favoreça a expressão e o diálogo e que sejam expressas as necessidades e os interesses; segurança de convívio ou vivência familiar, comunitária e social onde o usuário tenha acesso a serviços assistenciais e das políticas públicas setoriais e lhe seja assegurado o convívio familiar, comunitário e social; segurança de desenvolvimento de autonomia individual, familiar e social, onde sejam assegurados às vivências pautadas pelo respeito a si próprio e aos outros, fundamentados em princípios éticos de justiça e cidadania e que o sujeito possa ter acesso a oportunidades e experiências que estimulem e fortaleçam os vínculos, construindo possibilidades e limites de expressão.

Ressalta-se que o Juizado da Infância e Juventude é a autoridade competente para aplicar as medidas socioeducativas de acordo com ECA e estas podem acontecer em meio aberto ou em meio fechado. Em Santa Maria -RS, cabe ao CREAS oferecer o Serviço de proteção social a adolescente/jovens em cumprimento de Medida Socioeducativa de PSC.

Sendo assim, o serviço deve contribuir para fortalecer os vínculos familiares e comunitários, para a redução da reincidência da prática do ato infracional e para a redução do ciclo da violência e da prática do ato infracional, bem como prover atenção socioassistencial e acompanhamento de adolescentes/jovens encaminhados pela Vara de Infância e Juventude local.

Ressalta-se também sobre a importância que, a partir da realização de um bom trabalho durante a execução de medidas socioeducativas em meio aberto, pode-se prevenir que este adolescente/jovem cometa outros atos ilícitos e acabe ingressando no sistema prisional. Dessa forma, reitera-se o quão relevante é o fato da equipe que irá atuar neste segmento tenha um novo olhar para o socioeducando e que, com apoio e orientações corretas, este possa ressignificar o ato infracional cometido e encontrar novas possibilidades de vida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Diário Oficial da União. **Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais**. Texto da Resolução Nº 109, nov. 2009.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. “ECA”. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], 1990.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. **Lei Orgânica da Assistência Social**. Brasília, DF.

BRASIL. Secretaria Nacional de Assistência Social. **Política Nacional de Assistência Social**. Brasília, set. 2004.

BRASIL. NOB-RH/SUAS. **Norma Operacional Básica de Recursos Humanos do SUAS**, 2006.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo: SINASE**. Brasília: CONANDA, 2006

BRASIL. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. **Sistema Nacional De Atendimento Socioeducativo – Sinase**. Brasília, DF.

BRASIL. **Relatório da pesquisa nacional das medidas socioeducativas em meio aberto**. Ministério do Desenvolvimento Social. 2018.

BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M. P. D. (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIBERATI, W. D. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

RIZZINI, I. **O século perdido: raízes históricas das políticas públicas para infância no Brasil**. São Paulo: Cortez. 2008.

SHECAIRA, S. S. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

VERONESE, J. R. P. **Direito penal juvenil e responsabilização estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores?: o que diz a Lei Sinase, a inimputabilidade penal em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CAPÍTULO 5

A FUNÇÃO JURISDICIONAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) E A RELAÇÃO COM A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 125/2022

José Bruno Martins Leão
Albino Gabriel Turbay Junior

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar e refletir sobre a função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e a sua relação com a instituição do requisito de relevância da questão federal. O STJ foi criado pela Constituição Federal de 1988 tendo como pressuposto a crise do Supremo Tribunal Federal (STF) pelo excessivo número de recursos em sede de Recurso Extraordinário, que comprometia sua missão. Depois de tentativas de criar restrições em relação ao Recurso Extraordinário, veio o movimento que resultou na necessidade de instituir um Tribunal Superior para dividir competências com o STF, surgindo o STJ. Na competência especial do STJ por meio do Recurso Especial, foi estabelecida a função de proteger o direito federal infraconstitucional, porém, dado o elevado número de recursos, precisou da criação de novo filtro para melhorar o cenário. A Emenda Constitucional nº 125/2022 instituiu a relevância jurídica de questão de direito federal infraconstitucional como requisito para a admissão de Recurso Especial. Por ser recente a alteração, será necessário o debate para a melhor interpretação e aplicação do referido requisito. Como principal aspecto, a Emenda Constitucional e o requisito da relevância tem o objetivo de solucionar o problema do excesso de recursos e qualificar a prestação jurisdicional, resgatando a função essencial do STJ que é a finalidade paradigmática e a uniformização da interpretação da legislação federal. Este artigo foi elaborado por meio de pesquisa bibliográfica, analisando doutrina e legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Relevância jurídica. Direito federal infraconstitucional. Recurso Especial. Superior Tribunal de Justiça. Emenda Constitucional nº 125/2022.

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que o Superior Tribunal de Justiça, também chamado Corte da Cidadania, é o destinatário por excelência do Recurso Especial, por meio do qual se almeja a revisão (modificação, anulação ou integração) de decisões jurisdicionais que, porventura, afrontem o disposto em legislação federal, razão por que recebe a atribuição de guardião do direito objetivo infraconstitucional, em conformidade com o que é expressamente fixado no bojo da Constituição Federal (art. 105 e incisos), que, ao delinear a estrutura do Poder Judiciário, bem distribuiu as funções para este Tribunal Superior, especialmente no que toca às competências, originárias e recursais.

No entanto, comumente se traz à tona a sobrecarga de trabalho a que se encontra submetido os órgãos jurisdicionais. A respeito dos Tribunais Superiores, alega-se a existência de uma quantidade exorbitante de recursos interpostos, o que também é apontado como fator que compromete a duração dos processos e a qualidade do trabalho judicante revisional, o que pode interferir na sua função jurisdicional.

Diante disso, sugeriu-se a criação de filtros recursais, para diminuir o número de recursos a serem analisados pelas Cortes. Assim, recentemente foi criada outra condicionante que há de ser observada para a interposição e a consequente admissão do Recurso Especial, qual seja, a relevância jurídica de questões afetas a direito federal infraconstitucional. Tal inovação normativa se deu no âmbito constitucional, por meio da Emenda Constitucional nº 125/2022. A interpretação do texto promovido pela Emenda provocará divergências e reflexões sobre sua aplicação e regulamentação, mas analisando os fundamentos dos relatórios nas casas legislativas que resultaram na sua aprovação, o requisito da relevância jurídica de questão federal infraconstitucional sinaliza para um resgate da principal função jurisdicional do STJ.

Portanto, elaborado com base em pesquisa bibliográfica, analisando legislação e doutrina, este artigo tem como objetivo fazer um retrospecto sobre o contexto da criação do Superior Tribunal de Justiça, sua competência em julgamento do Recurso Especial, bem como, fazer uma reflexão sobre o requisito da relevância jurídica da questão federal infraconstitucional criada a partir da Emenda nº 125/2022 em relação à função do STJ no que se refere à legislação federal infraconstitucional.

2. A CRISE DO STF E A CRIAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para adequada compreensão do leitor, é preciso registrar de início que o STJ foi criado com a Constituição Federal de 1988, no período anterior era o STF que cumpria o papel de guardião tanto da legislação constitucional quanto da infraconstitucional.

Em uma perspectiva histórica, Velloso (2011, p. 635) recorda que, principalmente a partir dos anos 60, registrava-se a entrada de um número exorbitante de processos na Secretaria do Supremo Tribunal Federal (STF), sendo que, à época, a Corte Maior não era capaz de processar e julgar tantas causas ajuizadas e recursos interpostos, o que, por conseguinte, deu origem ao evento que ficou conhecido como a crise do STF.

Nesse sentido, Dantas e Gallotti (2018, p. 131) anotam que tal crise somente aconteceu porque, até a vigência da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal era responsável pela manutenção de todo o direito federal no Brasil, atuando tanto em questões que versavam sobre matéria constitucional quanto direito federal infraconstitucional. Dessa maneira, por ser responsável pela tutela do direito em sua inteireza e autoridade, a Corte Maior, de fato, não conseguiu suportar a problemática então instalada com a intensa carga de processos, uma vez que “uma única corte uniformizava sozinha um imenso leque de ramos do direito federal aplicado por tribunais diversos, estaduais e federais” (DANTAS; GALLOTTI, 2018, p. 131).

No intuito de solver a chamada crise do STF foi expedido pela Corte Suprema Emenda Regimental publicada em 17 de novembro de 1969, com vigor a partir de 1º de janeiro de 1970, listando hipóteses de não cabimento do Recurso Extraordinário.

Essa limitação ao Recurso Extraordinário foi mantida no Regimento Interno do STF publicado em setembro de 1970, que em seu artigo 308 prescrevia:

Art. 308. Salvo nos casos de ofensa à Constituição ou discrepância manifesta da jurisprudência predominante no Supremo Tribunal Federal, não caberá o recurso extraordinário, a que alude o seu art. 119, parágrafo único, das decisões proferidas: I – nos processos por crime ou contravenção a que sejam cominadas penas de multa, prisão simples ou detenção, isoladas, alternadas ou acumuladas, bem como as medidas de segurança com eles relacionadas; II – nos litígios decorrentes: a) – de acidente do trabalho; b) das relações de trabalho mencionadas no art. 110 da Constituição; III – nos mandados de segurança, quando não julgarem o mérito; IV – nas causas cujo benefício patrimonial, determinado segundo a lei, estimado pelo autor no pedido, ou fixado pelo juiz em caso de impugnação, não exceda, em valor, de sessenta (60) vezes o maior salário mínimo vigente no país, na data de seu julgamento, quando uniformes os pronunciamentos das instâncias ordinárias; e de trinta (30) quando entre elas tenha havido divergência, ou se trate de ação sujeita a instância única (BRASIL, 1970, p. 3980).

É possível notar, pelo mencionado artigo do Regimento Interno do STF de setembro de 1970, que promovendo hipóteses de não cabimento do Recurso Extraordinário, trouxe limitação a este recurso pela natureza, espécie e valor da causa. Neste sentido, tem-se que

O Regimento Interno passou a indicar os casos de cabimento desse recurso, tendo em vista a natureza, espécie e valor pecuniário da causa. Essa reforma regimental, entretanto, foi alvo de críticas, principalmente no ponto em que fixou a alçada para efeito do recurso extraordinário (VELLOSO, 2011, p. 636).

Em seguida, ainda no objetivo de resolver a crise do STF, foi instituída a “arguição de relevância da questão federal” introduzida pela Emenda Regimental nº 3 de 1975 com a alteração no art. 308 do Regimento Interno do STF, arguição que seria processada por instrumento, sendo que, na petição do recurso extraordinário, o recorrente deveria demonstrar a relevância da questão em capítulo específico e destacado, pedindo a formação do instrumento (art. 308 §4º, I):

I – na petição de recurso extraordinário (arts. 304 e 305), o recorrente deduzirá, sucinta mas fundamentadamente, em capítulo específico e destacado, a demonstração de relevância da questão suscitada, pedirá a formação do instrumento e indicará, além das enumeradas no inciso seguinte, outras peças essenciais cuja reprodução deva integrá-lo (BRASIL, 1975, p. 4250).

Na Emenda Regimental nº 2 de dezembro de 1985, além de manter a relevância da questão federal, criou outras limitações ao recurso. Neste sentido, Velloso (2011, p. 637) fez a seguinte observação: “Em 4.12.85 o STF editou a ER 2, com vigência a partir de 1.2.86, a qual,

na linha da exigência da relevância da questão federal como condição de conhecimento do extraordinário, reduziu sobremaneira, o raio de ação deste”.

O texto da referida Emenda Regimental que criou hipóteses específicas de cabimento do Recurso Extraordinário é o seguinte:

Art. 325. Nas hipóteses das alíneas "a" e "d" do inciso III do artigo 119 da Constituição Federal, cabe recurso extraordinário: I - nos casos de ofensa à Constituição Federal; II - nos casos de divergência com a Súmula do Supremo Tribunal Federal; III - nos processos por crime a que seja cominada pena de reclusão; IV - nas revisões criminais dos processos de que trata o inciso anterior; V - nas ações relativas à nacionalidade e aos direitos políticos; VI - nos mandados de segurança julgados originariamente por Tribunal Federal ou Estadual, em matéria de mérito; VII - nas ações populares; VIII - nas ações relativas ao exercício de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, bem como às garantias da magistratura; IX - nas ações relativas ao estado das pessoas, em matéria de mérito; X - nas ações rescisórias, quando julgadas procedentes em questão de direito material; XI - em todos os demais feitos, quando reconhecida relevância da questão federal (BRASIL, 1985, p. 4).

Velloso entendeu como legítima as restrições ao raio de ação do Recurso Extraordinário, afirmando que foi necessário criar barreiras ao recurso, caso contrário o STF poderia sucumbir frente ao elevado número de processos (VELLOSO, 2011, p. 637). Sua justificativa foi a seguinte:

Sob o ponto de vista jurídico, a legitimidade da Emenda Regimental defluía da delegação legislativa conferida ao STF pela Constituição; e, sob o aspecto sociológico, porque estava evidente que apenas 11 ministros, não obstante doutos, sábios e infatigáveis no trabalho, não tinham condições materiais de conhecer de todos os recursos extraordinários interpostos das decisões dos tribunais federais e estaduais, num País cujo povo é judiciarista. (VELLOSO, 2011, p. 637).

Contudo, as medidas adotadas não conseguiram resolver a crise do STF, isso porque o mencionado critério de relevância daquele momento histórico, juntamente com óbices decorrentes da rigidez de pressupostos procedimentais, fez com que se suscitasse “restrições por parte dos litigantes e corporações advocatícias, desejosas de maior amplitude no acolhimento de irresignação dirigida a um tribunal nacional” (CARNEIRO, 2011, p. 362).

Diante disso, Carneiro (2011, p. 362) registra que, com o condão de liberar a Suprema Corte da análise de matérias infraconstitucionais, resgatou-se uma ideia que não era nova, qual seja, finalmente criar um Tribunal nacional. Nesse caso, a ausência de novidade se refere ao que fora preconizado durante o Simpósio na Fundação Getúlio Vargas, em 1965. Nesse evento, formou-se uma mesa redonda em que estavam presentes juristas da envergadura de Seabra Fagundes, Alcindo Salazar, Miguel Reale, Levi Carneiro, Caio Tácito, Frederico Marques, Caio Mário Pereira, entre outros, que deliberaram a respeito da “instituição de um tribunal para o

juízo dos recursos extraordinários em matéria não-constitucional” (CARNEIRO, 2011, p. 362).

Conforme Velloso (2011, p. 639), outro ponto foi debatido sobre a sobrecarga de processos do STF, pois, juristas e advogados brasileiros desejavam por uma nova postura do Supremo Tribunal, comparando com a Suprema Corte americana. Nesta linha de pensamento:

O Supremo Tribunal, tal como faz a Corte americana, deve realizar o ajuste da Constituição formal à Constituição substancial, à Constituição real, viva é claro que uma Corte assoberbada com uma série de pequenas causas, com um grande número de recursos que versam o Direito Federal Comum, não teria tempo para realizar essa relevante tarefa que é própria de uma corte constitucional (VELLOSO, 2011, p. 639).

Desta forma, com presidência do Senador Afonso Arinos, o anteprojeto elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, comissão que foi instituída pelo Dec. 91450 de 18 de julho de 1985, “sustentou a criação de um Tribunal Superior de Justiça nos moldes do que foi instituído pelo Constituinte de 1988” (VELLOSO, 2011, p. 641).

Assim, pela Constituição Federal de 1988 surge o Superior Tribunal de Justiça.

Nesse contexto de inovação na organização do Poder Judiciário, Dantas e Gallotti (2018, p. 132) assinalam que a criação do Superior Tribunal de Justiça, com a Constituição Federal de 1988, reduziu o âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal em relação à quantidade de recursos extraordinários, dado o fracionamento de matérias, quais sejam, constitucional e direito federal infraconstitucional. Tal fracionamento pode ser notado pelo surgimento do Recurso Especial, consoante as disposições do art. 105 e incisos do Texto Magno que ficou com a incumbência sobre a legislação federal infraconstitucional, deixando para o Recurso Extraordinário (STF) as questões constitucionais.

Atualmente, sob a vigência da Constituição da República de 1988, fortalecendo o Estado Democrático de Direito, o Superior Tribunal de Justiça é entendido como “o Tribunal Superior da Justiça comum (estadual e federal) para causas infraconstitucionais (que não se relacionam diretamente com a Constituição Federal), sendo composto por 33 ministros”. Entende-se que “sua principal função é uniformizar e padronizar a interpretação da legislação federal brasileira, ressalvadas as questões de competência das justiças especializadas (Eleitoral e Trabalhista)” (BRASIL, 2021, p. 31).

Ademais, tratando-se da Corte da Cidadania, tem-se que:

Suas competências estão previstas no art. 105 da Constituição Federal, entre as quais o julgamento em recurso especial de causas decididas em última ou única instância pelos Tribunais Regionais Federais, pelos Tribunais de Justiça ou pelos Tribunais de

Justiça Militar dos estados quando a decisão recorrida contrariar lei federal (BRASIL, 2021, p. 31).

Em tópico adiante será tratada de forma específica sobre a função do Superior Tribunal de Justiça. Sobre sua competência, nos termos do art. 105 da CF de 1988, pode ser considerada a competência originária, por exemplo, julgando os governadores dos Estados e Distrito Federal nos crimes comuns, a competência ordinária, julgando em recurso ordinário habeas corpus e mandado de segurança, e competência especial, com julgamento do Recurso Especial. Por ser a competência mais importante do STJ, a competência especial, é preciso fazer uma referência ao recurso instrumento desta atuação, o Recurso Especial.

3. O RECURSO ESPECIAL E SUA PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Do exame da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, bem assim da ordem jurídico-constitucional em seu todo, depreende-se pela existência de graus de jurisdição. Dessa concepção, extrai-se também o fundamento segundo o qual o sistema jurídico acolhe a possibilidade de legítima contestação de decisões judiciais por meio de distintas vias recursais, nas quais são alocadas as razões de irresignação da parte em relação a determinado decism.

A recorribilidade, pois, é indicativo da assunção pelo Estado de certas variáveis inerentes ao comportamento humano que, por inevitável, modelam, em grau diversificado, a atuação das instituições, entre as quais, o Poder Judiciário. Daí que decisões judiciais também são produtos do agir humano naturalmente falível a justificar seu reexame.

Desta forma, o Recurso Especial é o meio para submeter ao STJ discussão sobre a lei federal, sendo importante destacar que não se trata de um recurso de característica ordinária, pois não tem por objeto reexaminar os fatos, mas sim, como o Recurso Extraordinário ao STF, tem característica extraordinária já que seu objeto é análise sobre o direito aplicado e sua interpretação.

Conforme a Constituição Federal de 1988, vê-se que o processamento e julgamento de Recurso Especial integra a competência do Superior Tribunal de Justiça, novidades criadas para aliviar a carga sobre o Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, *in verbis*:

Art. 105. Compete ao **Superior Tribunal de Justiça**: [...] III - julgar, em **recurso especial**, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (BRASIL, 1988) (sem grifo no original).

A partir de tais disposições constitucionais, estabelecedoras da competência do Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial, nota-se que a referência para se manejar este recurso é a lei federal, assim, o STJ terá a missão de resguardar a lei federal quando a decisão recorrida - nas causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados – afrontar a lei federal ou causar divergência na interpretação de lei federal.

Por isso, Cury aduz que a Constituição Federal consagrou a Corte da Cidadania “como o guardião da lei federal (em analogia à função do Supremo Tribunal Federal), conferindo-lhe a incumbência de garantir o respeito a tais normas e, desse modo, preservar sua integridade” (CURY, 2017, p. 293).

Importante salientar que o Código de Processo Civil de 2015 regulamenta o Recurso Especial. Assim, o art. 994, do CPC/2015, enumera os recursos existentes no sistema processual civil brasileiro, entre os quais está o Recurso Especial (VI), previsto constitucionalmente, sendo disciplinado no referido código a partir do art. 1.029, juntamente com o Recurso Extraordinário. Tais recursos, registre-se, têm o objetivo de “resguardar o sistema jurídico, e não a situação individual das partes, a não ser mediatamente ou de modo indireto” (ALVIM; DANTAS, 2019, RB-4.18).

Percebe-se que a função dos mencionados recursos excepcionais é basicamente assegurar a integridade das disposições constitucionais e preservar a correta aplicabilidade da legislação federal. Em virtude disso, Jorge e Siqueira (2019, p. 169) sustentam que a função desses recursos é “uniformizar o entendimento a respeito da norma jurídica e, por via de consequência, manter a integridade em sua aplicação”.

Assim, o CPC/2015 a partir do artigo 1.029 traz a regulamentação sobre interposição e processamento do Recurso Especial, inclusive sobre o julgamento dos recursos repetitivos com fundamento em idêntica questão de direito, nos termos do artigo 1.036 e seguintes. De fato, importa frisar o papel do Superior Tribunal de Justiça no que toca à tutela do direito federal infraconstitucional por meio do Recurso Especial, isso justifica a importância de se discutir acerca do novo requisito erigido pelo constituinte derivado reformador para a admissão de Recurso Especial, qual seja, a relevância jurídica atribuída a questões que envolvam direito federal infraconstitucional.

4. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 125 DE 2022 E O REQUISITO DA RELEVÂNCIA DAS QUESTÕES DE DIREITO FEDERAL INFRACONSTITUCIONAL

Importante destacar, conforme já referido neste artigo no contexto da crise do STF da década de 1960, o requisito de relevância jurídica de questão federal não é uma novidade no sistema jurídico brasileiro, pois, antes da Constituição Federal de 1988 em que a competência sobre a legislação federal era do STF, e por consequência, pelo uso do Recurso Extraordinário, já houve a instituição da arguição de relevância da questão federal pela Emenda Regimental (STF) nº 3 de 1975 como mecanismo de combate ao excesso de recursos. Com a Constituição Federal de 1988 o requisito de relevância jurídica deixou de ser exigido, pois não teve previsão no texto constitucional originário.

Medina, inclusive, (2022, online) recorda que o Superior Tribunal de Justiça já levou em consideração a relevância jurídica de questão federal em um de seus julgamentos. No caso, o autor cita o AgRg no Ag 1.322.327/RJ, no qual se assentou a prevalência da relevância jurídica de questão federal em face do excesso de formalismo processual a não prejudicar o exame do pleito. Na mesma linha, existe o entendimento com amparo no qual razões meramente formais, em rigor, “não deveriam ser consideradas óbices a que os recursos fossem decididos pelo mérito” (ALVIM; DANTAS, 2019, RB-4.20).

A propósito, confira-se a ementa do julgado acima citado, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DA PARTE FINAL DA EMENTA. COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. EXCESSO DE RIGOR FORMAL. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. No presente caso, a ausência de parte da ementa do acórdão exarado pelo Tribunal a quo não prejudica o conhecimento do agravo de instrumento. 2. Constitui-se excesso de rigor formal não conhecer de agravo de instrumento na hipótese em que as demais cópias trasladadas são suficientes para vislumbrar-se a admissibilidade do recurso especial. 3. Ostentando a questão federal ventilada no recurso especial relevância jurídica, econômica e social a desafiar o conhecimento do apelo, propicia-se ao STJ que se proceda à interpretação final da lei federal e, por conseguinte, se desincumba de sua missão constitucional de assegurar a inteireza do direito federal infraconstitucional. 4. Agravo regimental provido para reconsiderar a decisão agravada e determinar a subida dos autos do recurso especial. (BRASIL, 2011, p. 1) (sem grifo no original).

Todavia, neste ano de 2022, a dita relevância jurídica de questão inerente a direito federal deixou de ser apenas uma proposição doutrinária ou somente uma decisão isolada da Corte Superior, conforme o julgado textualmente reproduzido acima. Com a Emenda Constitucional nº 125, de 14 de julho de 2022, que entrou em vigor na data da sua publicação em 15 de julho de 2022, alterou-se o art. 105 da Lei Fundamental, instituindo-se, para o recurso

especial, “o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional” (BRASIL, 2022b).

O requisito da relevância da questão de direito federal infraconstitucional para o Recurso Especial foi objeto da PEC 209/2012 da Câmara dos Deputados, que gerou a PEC 10/2017 no Senado Federal, e da PEC 17/2013 do Senado Federal, tais propostas divergiam quanto ao órgão que faria a admissibilidade da relevância. Por fim, seguiu adiante pela PEC 39/2021 de autoria do Senado Federal, até ser aprovado e transformado na Emenda Constitucional nº 125/2022.

Analisando o voto da Relatora (Deputada Bia Kicis) na PEC 39/2021 (BRASIL, 2021b) e do Relator (Senador José Maranhão) na PEC 10/2017 (BRASIL, 2017), há um consenso sobre o número excessivo de recursos especiais que são submetidos ao STJ, causando congestionamento, assim, da mesma forma que a repercussão geral contribuiu para o Recurso Extraordinário (STF), o requisito da relevância servirá como um filtro de acesso ao STJ por meio do Recurso Especial.

Neste contexto, é possível comparação entre a chamada crise do STF da década de 1960 e esta crise atual que resultou na necessidade da repercussão geral e do requisito da relevância da questão federal infraconstitucional.

Em relação a isso, Oliveira (2015, p. 267) aponta, inclusive, uma crise na Justiça, constatada a partir do descompasso que persiste entre a atividade jurisdicional pretendida pela sociedade e a realidade judiciária que realmente se oferece aos jurisdicionados, das manifestações de primeira instância até as manifestações dos Tribunais Superiores, que estão no ápice das instituições responsáveis pela aplicação do ordenamento jurídico.

Para Oliveira (2015, p. 267), essa chamada crise no sistema de justiça se deve, entre outras causas, “ao crescente número de processos que diariamente chegam ao Poder Judiciário e pela impossibilidade de serem julgados na mesma velocidade”. Disso, continua o autor, tem-se como consequência a acumulação de processos com julgamentos pendente e uma consequente progressão na perda de qualidade das decisões prolatadas no âmbito dos tribunais (OLIVEIRA, 2015, p. 267).

Essa crise do Judiciário brasileiro, ao menos no que concerne ao âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pode ser ilustrada, exemplificativamente, por meio de números e estatísticas oficiais. Isso é possível porque, desde a edição da Resolução CNJ nº 76, de 12 de maio de 2009, o STJ compõe o chamado Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário (SIESPJ),

que anualmente disponibiliza o documento Justiça em Números, a fim de tornar públicas informações quantitativas relacionadas aos recursos humanos e materiais do Poder Judiciário brasileiro.

Por exemplo, em Justiça em Números 2021, verifica-se o diagrama de recorribilidade e demanda processual, a partir do que se constata que, no ano de 2021, o Superior Tribunal de Justiça teve 102.413 (29%) casos novos originários, e 251.985 (71%) casos novos recursais. Desses dados estatísticos, vê-se que 37% corresponde à recorribilidade interna e 8% diz respeito à recorribilidade externa (BRASIL, 2021a, p. 137). Inclusive, o recurso especial está entre as classes mais demandadas, sendo utilizado em um total de 53.904 casos (BRASIL, 2021a, p. 284).

Ainda, conforme consta do Boletim Estatístico, do Superior Tribunal de Justiça, anotou-se que, de janeiro a junho de 2022, 28.687 recursos especiais foram distribuídos e 38.287 julgados (BRASIL, 2022a, p. 31). Em termos estatísticos mais específicos aplicados ao exame do processamento e julgamentos, dos 38.287 recursos especiais julgados, tem-se a seguinte categorização numérica: 8.844 (23,1%) não conhecidos; 14.620 (38%) concedidos; 11.544 (30,2%) negados; e 3.279 (8,6%) classificados oficialmente como “outros” (BRASIL, 2022a, p. 33).

Amparados na crise por que passa o Judiciário brasileiro, em especial os Tribunais Superiores, demonstrada por meio de dados estatísticos referentes à quantidade de demandas que sobrecarregam o trabalho jurisdicional, Dantas e Gallotti (2018, p. 130) defendiam “a instituição de um filtro de relevância da questão federal, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça [...] para que se realize com mais qualidade e efetividade o controle da inteireza, unidade e autoridade do direito objetivo federal, com reflexos positivos para a segurança jurídica”.

Desta forma, o art. 1º da EC nº 125 de 2022 acresceu ao art. 105 da Constituição Federal brasileira os §§ 2º e 3º, nos termos que a seguir se expõe, *in verbis*:

Art. 1º O art. 105 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:
Art. 105. [...] § 1º [...] § 2º No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento. § 3º Haverá a relevância de que trata o § 2º deste artigo nos seguintes casos: I - ações penais; II - ações de improbidade administrativa; III - ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos; IV - ações que possam gerar inelegibilidade; V - hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; VI - outras hipóteses previstas em lei. Art. 2º A relevância de que trata o § 2º do art. 105 da Constituição Federal será exigida nos recursos especiais interpostos após a entrada em vigor desta Emenda Constitucional, ocasião em que a

parte poderá atualizar o valor da causa para os fins de que trata o inciso III do § 3º do referido artigo. Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação (BRASIL, 2022b).

Frise-se que, desde a publicação da referida Emenda Constitucional, que foi na data de 15 de julho de 2022, tornou-se parte integrante do Texto Magno a obrigatoriedade imposta à parte recorrente no sentido de que esta demonstre a relevância jurídica de direito federal infraconstitucional para a interposição de Recurso Especial, a fim de que a admissão de tal recurso seja analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, que apenas poderá não conhecê-lo mediante a manifestação de ao menos dois terços dos membros do órgão competente para o respectivo julgamento, conforme se extrai da leitura do novo § 2º do art. 105, acima reproduzido.

Em sede de primeiras impressões, já que o texto constitucional reformado será objeto de interpretações e discussões divergentes até ir se consolidando, e ainda, parece inevitável que o requisito da relevância da questão federal infraconstitucional seja regulamentado pela legislação processual infraconstitucional, o entendimento é de que no § 2º há uma regra geral sobre a relevância, que deverá ser demonstrada na interposição do Recurso Especial, mas que, pela expressão “nos termos da lei” será regulamentado, inclusive para ter parâmetros do que seja relevância da questão de direito federal. Já no § 3º, o que a doutrina tem chamado de relevância presumida, há hipóteses que o Constituinte reformador considerou ter a relevância em sua essência. O que leva ao entendimento de que fora das hipóteses do § 3º é possível a admissibilidade do Recurso Especial pela demonstração no caso da relevância da questão de direito federal infraconstitucional.

Outra questão que deverá ser compreendida e esclarecida é sobre o direito intertemporal, ou seja, a partir de que momento será exigido na interposição do Recurso Federal o requisito da relevância da questão federal, bem como, a questão da eficácia e aplicabilidade da norma que introduziu tais mudanças. Nota-se a expressão “nos termos da lei”, inserta no § 2º, e a vigência imediata da EC nº 125 de 2022, conforme apregoado nos arts. 2º e 3º pelo constituinte reformador. Posto isso, em ordem de apresentação segundo o grau de conformação e repercussão jurídica das ideias, convém anotar, em primeiro lugar, que a observância obrigatória do disposto no § 2º da EC, e agora do art. 105 da Constituição em definitivo, a partir de sua entrada em vigor é conclusão a que facilmente se chega por meio de mera interpretação textual.

Resta precisar, então, o sentido e o alcance da expressão “nos termos da lei”, acima aludida, presente no § 2º, dada vigência imediata da reforma constitucional em tela. É possível

que haja interpretação entendendo que trata-se de norma de eficácia contida, assim, deverá ser aplicada de imediato, podendo ser restringida em eventual regulamentação. Por outro lado, é possível compreender como norma de eficácia limitada, e nesta linha, deverá aguardar a regulamentação pela legislação infraconstitucional processual para que passe a ser exigido o requisito da relevância.

Situação distinta é aquela constante do § 3º do art. 105 da Constituição Federal, igualmente oriundo da EC nº 125 de 2022. Tal dispositivo elenca de forma expressa as hipóteses nas quais restará devida e regularmente preenchido o requisito da relevância jurídica de direito federal infraconstitucional, quais sejam: ações penais, ações de improbidade administrativa, ações cujo valor da causa ultrapasse quinhentos salários mínimos, ações que possam gerar inelegibilidade, hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante o Superior Tribunal de Justiça, assim como outras hipóteses previstas em lei.

Tudo indica, até por força dos artigos 2º e 3º da Emenda Constitucional nº 125/2022, que tais disposições sejam imediatamente aplicáveis, de maneira que a necessidade de se demonstrar relevância jurídica de direito federal infraconstitucional é requisito de admissibilidade do Recurso Especial nos moldes de norma constitucional de eficácia contida, em vigor desde o dia 15 de julho de 2022, data em que a citada emenda teve vigência e repercussão direta no processo brasileiro. Mas é preciso aguardar pelo posicionamento, especialmente, do próprio Superior Tribunal de Justiça.

5. A FUNÇÃO JURISDICIONAL ESSENCIAL DO STJ E SUA RELAÇÃO COM O REQUISITO DE RELEVÂNCIA JURÍDICA DA QUESTÃO FEDERAL INFRACONSTITUCIONAL

Analisando a missão constitucional do STJ, Medina (2022, online) entende que por meio do Recurso Especial este Tribunal Superior exerce duas funções, nomofilática e dikelógica, sendo preponderante a função nomofilática. Conforme Medina (2022, online): “A função nomofilática diz respeito à proteção da higidez, da validade e da autoridade da norma. A função nomofilática relaciona-se à uniformizadora e à paradigmática”. Sobre a função dikelógica, Medina (2022, online) explica que “consiste na aplicação do direito ao caso concreto, algo que, de acordo com a própria Constituição (art. 105, caput, III), o STJ realiza apenas eventualmente, não consistindo em uma função essencial do Tribunal”.

Observando o texto constitucional sobre a competência especial do STJ e o julgamento por meio do Recurso Especial, nota-se que o objetivo é a compreensão e definição do conteúdo

normativo por meio da interpretação, bem como, tem o objetivo de uniformização da interpretação da legislação federal para que os tribunais brasileiros, estabelecendo divergências, não causem uma insegurança interpretativa sobre o direito federal.

Nos termos já vistos em tópico anterior deste artigo, que tratou da criação do STJ, percebe-se que veio para contribuir com o STF, dividindo as tarefas e assumindo a responsabilidade de ser o guardião do direito federal, uniformizando a interpretação realizada sobre a legislação federal, o que tem o objetivo, por meio dos mecanismos de uniformização de jurisprudência previstos pela Constituição e legislação processual, em especial o Código de Processo Civil de 2015, buscar a integridade e um padrão de decisão no sistema judiciário.

Neste sentido, no que tange particularmente à função a ser desempenhada pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da instituição conjunta do Recurso Especial, verifica-se que, enquanto Tribunal Superior, tem-se a presença de duas funções: “A decisão, antes de mais nada, define a controvérsia, ou seja, decide o caso, resolvendo a lide. Em segundo lugar, no sistema de ‘precedente judicial’ acolhido pelo NCPC, a decisão judicial também terá valor paradigmático” (OLIVEIRA, 2015, p. 268).

Assim sendo, as decisões dos Tribunais Superiores, dentre os quais está o STJ, repercutem precipuamente na finalidade paradigmática, a fim de concretizar o conceito processual de uniformidade na interpretação e aplicação do direito federal infraconstitucional. Em vista disso, Faria (2015, p. 266) ensina que a uniformização da jurisprudência é fenômeno a guardar estreita vinculação com a segurança jurídica. Segundo o autor, é preciso que os tribunais “possam fixar o sentido supostamente correto da norma, a fim de que a interpretação tido por correta seja alvo de uma ‘uniformidade interpretativa’” (FARIA, 2015, p. 266).

No entanto, a ideia de que compete ao Superior Tribunal de Justiça a tarefa de uniformizar a interpretação do direito federal infraconstitucional não pode ser a justificativa para transformar essa Corte em uma espécie de instância à qual todos possam recorrer por ocasião da prolação de acórdão de conteúdo decisional insatisfatório em sede de segunda instância. A propósito, antes mesmo da codificação processual de 2015, asseverou-se que a finalidade principal do Recurso Especial “é a defesa do Direito federal e a unificação da jurisprudência. Não se presta, entretanto, ao exame de matéria de fato, e nem representa 3.^a instância” (TEIXEIRA, 2011, p. 348).

Como visto, a finalidade pela qual foram instituídos o Superior Tribunal de Justiça e o Recurso Especial não faz da Corte da Cidadania uma instância tendente a reavaliar questões de

fato relativas a conflitos inter-relacionais dirimidos em Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça ou em Tribunais de Justiça Militar dos estados da federação. Em todo caso, deve persistir a concretização do objetivo essencial em termos de jurisdição desta Corte Superior, qual seja, a uniformização do direito federal infraconstitucional, com vistas à proteção do sistema jurídico, mesmo que, em decorrência dessa tutela, determinados processos sejam positivamente atingidos, influenciando, por conseguinte, a avaliação de direitos em prol da condição jurídica de partes processuais individualmente identificadas ou identificáveis.

Pelas razões apresentadas, é preciso que haja filtros para o acesso ao STJ por meio do Recurso Especial, até porque, conforme visto em tópico anterior há excesso no número de processos que chegam a esta instância Superior, especialmente, por Recurso Especial, o que gera congestionamento, prejudica a duração razoável do processo e interfere negativamente na qualidade da prestação jurisdicional.

Enquanto houver esta realidade de excesso de processos no STJ haverá o risco de que sua função jurisdicional essencial, proteger o direito federal infraconstitucional e sua integridade, não seja adequadamente alcançada.

Neste sentido, o requisito da relevância da questão federal infraconstitucional instituído pela Emenda Constitucional nº 125/2022, criando um filtro, poderá contribuir para que a missão constitucional do STJ encontre um caminho mais favorável. Analisando os fundamentos dos Relatores dos projetos que resultaram na referida Emenda Constitucional encontra-se este mesmo argumento.

No parecer do Senador José Maranhão (BRASIL, 2017), na PEC 10/2017, ele constata o “impensável número de recursos especiais que são submetidos a julgamento todos os anos”, com isso, entende pela necessidade de criar o novo requisito de admissibilidade, concluindo, em seu parecer, a seguinte ideia: “A PEC busca racionalizar a ‘avalanche’ de recursos especiais interpostos, contribuindo para o resgate da verdadeira missão constitucional do tribunal: uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional”.

Na mesma linha de pensamento, o parecer da Deputada Bia Kicis, fazendo referência a crise do STF e a criação do STJ e do Recurso Especial como medida contra aquela crise, aponta que a inovação constitucional teve problemas decorridos da ampla competência dirigida ao Tribunal Superior, e arremata:

Vemos então surgir, no STJ, um cenário semelhante ao havido, ao longo do último século, no STF: um crescimento irrefreado no número de feitos que chegam ao tribunal, numa escalada que põe em risco o funcionamento eficiente do STJ e, por

consequente, a eficácia da prestação jurisdicional como um todo (BRASIL, 2021b, p. 3).

Mas é preciso considerar que a reforma no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 125/2022 é recente, assim, passará pelo exercício interpretativo para encontrar seu conteúdo normativo, da mesma forma, o requisito da relevância da questão federal infraconstitucional deverá ser adequadamente compreendido e passará por regulamentação. Com isso, fica o alerta se, efetivamente, será uma contribuição para a função jurisdicional essencial do STJ, ou trará outros problemas, como por exemplo, ser um mecanismo formal de contenção de recursos, sem trazer benefícios para a função paradigmática e uniformizante deste tribunal em questões relevantes para a sociedade.

Outro importante alerta foi mencionado por Medina (2022, online), que é o problema da estadualização de temas do direito federal, pois, caso houvesse uma redução relevante por meio do Recurso Especial, faria com que os tribunais estaduais decidissem em última instância sobre normas da legislação federal criando interpretações diferentes nos Estados. Conforme Medina (2022, online) tal situação “é medida que contribui para a insegurança, a incerteza do direito, e depõe contra a ideia de federalismo, que deve ser resguardada através do recurso especial”.

Desta forma, é preciso que todos os esforços, interpretação e regulamentação, para a adequada utilização do requisito da relevância da questão federal infraconstitucional, priorize a missão constitucional do STJ, a Corte da Cidadania.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, conclui-se que, na medida em que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é o órgão jurisdicional responsável pela salvaguarda da legislação federal, a ocupar o âmbito das disposições infraconstitucionais. Essa divisão de tarefas, e a criação do STJ, foi implementada pela Constituição Federal de 1988 como meio de resolver o excesso de número de recursos ao STF, atribuindo ao STJ o papel de guardião da legislação federal infraconstitucional.

Isso implica na imprescindibilidade da Corte Superior para a manutenção da integridade do sistema jurídico de forma geral, representado, também, no caráter vinculativo das questões de direito versadas em sede de Recurso Especial. Contudo, o fenômeno do excesso de recursos também é presente na atualidade causando prejuízos a funcionalidade do Superior Tribunal de Justiça, por isso, verificou-se a necessidade de novos filtros para o Recurso Especial.

Neste sentido, a Emenda Constitucional nº 125 de 2022 acresceu ao art. 105, do Texto Maior, a relevância jurídica concernente a questões de direito federal infraconstitucional como requisito necessário para a admissão de Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça. O texto proveniente da mais recente reforma constitucional está em vigor desde o dia 15 de julho de 2022, data a partir da qual, conforme o texto da Emenda, a citada relevância jurídica será exigida de todos os potenciais recorrentes que pretendam se valer do Recurso Excepcional.

Contudo, é preciso considerar as implicações técnico-jurídicas decorrentes da eficácia e aplicabilidade da norma constitucional introduzida pela Emenda, assim, a norma e a relevância jurídica em questão ainda estão no limiar do debate processual sob a perspectiva de inovação legislativa. Isso porque o requisito para a admissão de Recurso Especial, consistente na relevância jurídica de direito federal infraconstitucional, será objeto de regulamentação, o que denota o potencial para a positivação superveniente, inclusive de outras restrições e ampliações de hipóteses legais dessa condicionante recursal.

Por fim, a principal notícia a partir da Emenda Constitucional nº 125/2022 é o intuito de resgatar a função jurisdicional essencial do STJ determinado pela Constituição Federal de 1988, paradigmática e de uniformização da legislação federal infraconstitucional, criando um filtro para que as questões federais que cheguem por meio do Recurso Especial tenham relevância para a sociedade brasileira e sejam decididas com qualidade, porém, é preciso que haja equilíbrio entre a intenção de redução dos recursos com o cumprimento da missão constitucional do referido Tribunal Superior, para que não ocorra prejuízos para a integridade do direito federal.

REFERÊNCIAS

ALVIM, T. A.; DANTAS, B. **Recurso especial, recurso extraordinário e nova função dos tribunais superiores: precedentes no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Regimento Interno de 1970. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI&pagina=1970>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Emenda Regimental nº 3, de 17.06.1975. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1970_emen_da_3_dj_1975.pdf. Acesso em: 25 fev. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Emenda Regimental nº 2 de 04.12.1985. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL002-1985.PDF>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**. Agravo regimental no agravo de instrumento nº 1.322.327/RJ. Quarta Turma, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Julgamento: 05/10/2010, Publicação: 07/02/2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201001168625&dt_publicacao=07/02/2011. Acesso em: 26 jul. 2022.

BRASIL. **Senado Federal**. Proposta de Emenda à Constituição nº 10/2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=5252722&ts=1663788940326&disposition=inline>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Justiça em Números 2021a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. **Senado Federal**. Proposta de Emenda à Constituição nº 39/2021b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2194394&filename=Tramitacao-PEC+39/2021+%28Fase+2+-+CD%29. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**. Boletim estatístico: junho de 2022a. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Bolesta/article/view/12560/12656>. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 125, de 14 de julho de 2022b**. Altera o art. 105 da Constituição Federal para instituir no recurso especial o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc125.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

CARNEIRO, A. G. Anotações sobre o recurso especial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 7, p. 361-374, out. 2011. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000018689a99472354c5de4&docguid=I506c8fa0f25811dfab6f010000000000&hitguid=I506c8fa0f25811dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=3&context=24&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25 fev. 2023.

CURY, A. J. Limites do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quanto ao juízo de revisão dos recursos extraordinários lato sensu – breve análise. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 266, p. 291-317, abr. 2017. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000018689ab29591ce9eff5&docguid=I58ae7a6002e711e7b835010000000000&hitguid=>

I58ae7a6002e711e7b83501000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=46&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1.
Acesso em: 25 fev. 2023.

DANTAS, B.; GALLOTTI, I. Crise do recurso especial e a função constitucional do STJ: uma proposta de reforma. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 998, p. 129-158, dez. 2018. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000018689adea583d73301d&docguid=I1920a420ecb711e8810c010000000000&hitguid=I1920a420ecb711e8810c010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=74&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25 fev. 2023.



FARIA, M. C. As funções das cortes superiores, os recursos excepcionais e a necessária revisão dos parâmetros interpretativos em relação à lealdade processual (parte um). **Revista de Processo**, São Paulo, v. 247, p. 265-297, set. 2015. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000018689b005275bc41666&docguid=I56f2ac506fe011e586fc010000000000&hitguid=I56f2ac506fe011e586fc010000000000&spos=2&epos=2&td=2&context=125&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25 fev. 2023.

JORGE, F. C.; SIQUEIRA, T. F. Função e técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 295, p. 165-192, set. 2019. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000018689b1c339eea6ac45&docguid=I54bcec10b8cb11e98cc9010000000000&hitguid=I54bcec10b8cb11e98cc9010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=143&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25 fev. 2023.

MEDINA, J. M. G. **Constituição federal comentada**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. online.

OLIVEIRA, P. M. de. Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 250, p. 265-286, dez. 2015. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000018689b35a3f5d74a40b&docguid=I7c8982f0bc1511e58a9c010000000000&hitguid=I7c8982f0bc1511e58a9c010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=160&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 25 fev. 2023.

TEIXEIRA, S. de F. O recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça. In: WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. (org.) **Recursos e ação rescisória**. Coleção Doutrinas Essenciais de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 7, p. 347-360.



VELLOSO, C. M. da S. O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988. In: CLÈVE, C. M.; BARROSO, L. R. (org.). **Direito Constitucional: organização dos poderes da República**. Coleção Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 4, p. 635-658.

CAPÍTULO 6

UM OLHAR ATENTO PARA AS PROFISSIONAIS DA ENFERMAGEM POR MEIO DOS DIREITOS HUMANOS

Amanda Netto Brum
Crhis Netto Brum
Jessica Cristianetti

RESUMO

Este estudo propõe-se refletir a categoria gênero como um fator determinante no contexto social brasileiro. Para tanto, valendo-se de uma reflexão a partir de Fraser e Biroli, parte-se de um estudo interdisciplinar entre Direito e a Enfermagem. Dessa forma, ao se considerar o papel fundamental das profissionais de Enfermagem frente a crise sanitária, social e econômica ocasionada pela Covid-19 e a necessidade de repensar sobre seus direitos humanos em tal crise, tem-se como objetivos específicos: analisar a inserção da Enfermagem nesse contexto e refletir como os direitos humanos funcionam em cenário de crises como o vivenciado no contexto pandêmico. Entende-se, por fim, que se faz fundamental um olhar a partir dos direitos humanos, pois compreende-se que somente por meio deste torna-se possível considerar caminhos emancipatórios as mulheres, como, especialmente, das profissionais de Enfermagem.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Enfermagem. Gênero. Saúde. Direitos Humanos.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo geral o estudo sobre como a categoria gênero foi e, ainda é, um fator determinante na pandemia da *Coronavirus Disease 2019* (COVID-19) e, para tanto, utiliza-se do estudo da Enfermagem brasileira. Os direitos humanos se colocam em foco neste debate tendo em vista o papel central que tomam os direitos relacionados à saúde, igualdade e dignidade humana.

Justifica-se a interdisciplinaridade deste estudo tendo em vista o papel fundamental das profissionais de Enfermagem frente à pandemia e a necessidade de repensar sobre seus direitos humanos em tal crise advinda com o vírus. Desta forma, partindo do pressuposto de que a maioria das profissionais que atuam na Enfermagem é constituída por mulheres, o recorte de gênero se evidencia.

Primeiramente será, então, abordada a relação direta entre a crise da COVID-19 e a prática da Enfermagem no Brasil. Importa considerar que o início da crise do coronavírus se deu, exatamente, no momento em que se vivenciava o ano Internacional da Enfermagem. Isto porque o ano de 2020 marcou dois séculos do nascimento de Florence Nightingale considerada a precursora da Enfermagem moderna. Florence, é reconhecida por sua postura de liderança e por ter semeado os fundamentos profissionais da Enfermagem.

Ainda, concomitante a isso, foi lançada, naquele ano, a Campanha Nursing Now. Trata-se de uma ação internacional que procurou estruturar meios emancipatórios aos profissionais de Enfermagem. No Brasil, tal ação foi realizada pelo Conselho Federal de Enfermagem (COFEN) em parceria com o Centro Colaborador da Organização Mundial da Saúde (OMS) para o Desenvolvimento da Pesquisa em Enfermagem. Ocorre que, embora a Campanha Nursing Now tenha apontado o protagonismo dos Profissionais Enfermeiros, a pandemia da COVID-19 parece ter acirrado a precariedade das relações e condições de trabalho, destacando a, imensurável, lacuna permeada pela amplitude feminina que compõe, majoritariamente, a construção da Enfermagem.

Na segunda parte será realizada uma revisão bibliográfica sobre o marcador de gênero, onde serão abordadas teóricas feministas como a estadunidense Nancy Fraser (2009a; 2009b; 2013; 2018, 2019; 2020) e a brasileira Flávia Biroli (2018), apresentando-se dados e questionando como a reprodução social afeta diretamente as mulheres profissionais de Enfermagem.

Já, na última parte do presente estudo propõe-se pensar como tais questões podem refletir, no contexto societário brasileiro, caminhos emancipatórios para as mulheres, como especialmente as profissionais de Enfermagem, a partir da efetivação dos direitos humanos em contextos de crises como o vivenciado na pandemia da COVID-19.

Dessa forma, tem-se os seguintes objetivos específicos: analisar a inserção da Enfermagem no contexto da pandemia da COVID-19, pensar como se relaciona o contexto pandêmico com as mulheres – pois, será abordado como o conceito de reprodução social se relaciona nesse panorama -, e, refletir como os direitos humanos funcionam neste contexto. Como caminho metodológico propõe-se uma reflexão a partir de referenciais utilizados para uma provocação sobre o tema.

2. A RELAÇÃO ENTRE A PANDEMIA E AS PROFISSIONAIS DE ENFERMAGEM

Nos últimos anos vivencia-se um momento de intenso desafio e preocupações sob o ponto de vista de saúde, isto é, a crise social, econômica e sanitária¹⁵ reportada à doença da COVID-19¹⁶ causada pelo Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2 (Sars-CoV-2).

¹⁵Inserir-se nesse contexto a social ao compreender as assimetrias de gênero configuradas nesse cenário de pandemia.

¹⁶Desde o início de fevereiro de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) passou a chamar oficialmente a doença causada pelo novo coronavírus de Covid-19. COVID significa Corona Vírus Disease (Doença do Coronavírus), enquanto “19” se refere a 2019, quando os primeiros casos em Wuhan, na China, foram divulgados publicamente pelo governo chinês no final de dezembro. A denominação é importante para evitar casos de xenofobia e preconceito, além de confusões com outras doenças. (World Health Organization, 2020).

Trata-se de um vírus, isolado pela primeira vez em 1937 e descrito como coronavírus em 1965. Obteve essa denominação considerando seu perfil, apresentado pela microscopia, semelhante a uma coroa. Entre 2002 e 2003, a OMS notificou 774 mortes devido à síndrome respiratória aguda grave (Sars-CoV) e, em 2012, foram confirmadas 858 mortes causadas pela síndrome respiratória do oriente médio (Mers-CoV), na Arábia Saudita, ambas as complicações ocasionadas por membros da família do coronavírus (WORD HEALTH ORGANIZATION, 2020; CHANG; YAN; WANG, 2020).

Passados oito anos, o coronavírus voltou ao cenário, dessa vez representado pelo SARS-Cov-2 reportado pela província de Wuhan na China no ano de 2019. O atual, vírus se configura como uma nova enfermidade, diferente das demais causadas por coronavírus, como a Sars-CoV e a Mers-CoV, que possuía sintomas mais agressivos. Contudo, possui rápida transmissibilidade entre indivíduos que podem ser sintomáticos ou não, cujos surtos podem acender rápida e exponencialmente, ocasionando, assim, impactos consideráveis para os sistemas de saúde (CHANG; YAN; WANG, 2020).

Assim, considerando o cenário, prontamente, as mídias sociais, e os demais meios de comunicação, começaram a registrar o, abrupto, aumento de pessoas infectadas, mortes e a alta taxa de contaminação na cidade de Wuhan. Diante disso, medidas, para tentativas de controle da doença foram necessárias as quais incluíram: a suspensão do transporte público, fechamento de locais de entretenimento, proibição de reuniões públicas, higienização de prédios, ruas e restrição domiciliar compulsória a todos os cidadãos (TIAN *et al.*, 2020).

Considerando o mundo globalizado e conectado as dimensões das atividades humanas, o coronavírus, velozmente, ultrapassou as fronteiras de diversos países. Situação que impulsionou a OMS a caracterizá-la como um surto, tanto que no final de janeiro de 2020, a declarou como uma Emergência em Saúde Pública de interesse internacional e uma pandemia em março do mesmo ano (WORD HEALTH ORGANIZATION, 2020).

Em consonância aos diálogos estabelecidos aliados aos numerosos casos, no Brasil, no dia 3 de fevereiro de 2020, foi declarada, por meio da Portaria número 188 do Ministério da Saúde (MS), Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional, correspondendo a uma classificação de risco em nível 3, em decorrência da infecção humana pelo Sars-CoV-2. Essa iniciativa sustentou-se no intuito de permitir que medidas administrativas fossem inseridas no cotidiano da população brasileira com maior celeridade para que o país pudesse se estruturar

para o enfrentamento da pandemia. Muito embora, ainda neste período, não tivesse confirmado nenhum registro da COVID-19 (BRASIL, 2020).

O primeiro caso de infecção no Brasil, pelo novo coronavírus, foi notificado pelo Ministério da Saúde no dia 26 de fevereiro, em São Paulo. Essa notificação alertou todo país sobre a relevância e o reforço das medidas de prevenção, como à exemplo a higienização das mãos e etiqueta respiratória. No entanto, o avanço da doença foi rápido, e logo evoluiu dos casos importados para a transmissão comunitária¹⁷.

A convivência com a COVID-19 destacou a necessidade de uma reorganização dos sistemas de saúde, especialmente, no que tange ao restabelecimento da saúde das pessoas que se infectam pelo Sars-CoV-2, bem como culminou com a necessidade de um quantitativo superior de trabalhadores inseridos nos espaços de saúde com a finalidade de minimizar os danos causados pelo avanço da epidemia.

Em virtude disso, estima-se que 3,5 milhões trabalhadores do setor da saúde enfrentaram incertezas, ansiosos e preocupações. Tiveram sua saúde mental e física afetadas neste período de pandemia. É, exatamente, neste contexto que as profissionais da Enfermagem foram inseridas. Muitas delas, atuaram sem equipamentos de proteção adequados, no atendimento em geral ou em unidades de terapia intensiva, resgates, emergências, atenção primária, Unidade de Pronto Atendimento (UPA) e enfermarias. (CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM, 2020).

Nesse cenário, cabe destacar que a Enfermagem se configura como o cerne dos sistemas de saúde em todo o mundo. Contudo, as jornadas extensas e condições de trabalho, por vezes precárias, que podem estar atreladas das diversidades regionais, contratuais e exacerbadas pela condicionante de ser mulher, expõem essas profissionais ao risco de adoecimento físico, mental, social e econômico.

Ressalta-se que essa situação apontada acima, foi apenas acirrada pela epidemia, uma vez que, rotineiramente, as¹⁸ profissionais de Enfermagem enfrentam, precárias, condições de trabalho com extensas e duplas jornadas, ritmo intenso, desvalorização profissional, conflitos

¹⁷ Entende-se como casos importados aqueles em que é possível identificar a origem do vírus, em geral, quando uma pessoa o adquire em viagens ao exterior, no primeiro momento, vindas de países como China e Itália. Já, na transmissão comunitária, a origem da doença já não pode mais ser identificada, além dos casos assintomáticos que passam a representar um maior risco, considerando que disseminam o vírus de forma efetiva (Brasil, 2020).

¹⁸ Considerando que as mulheres representam o quantitativo, expressivo, dos profissionais de Enfermagem, será utilizado a semântica no feminino.

interpessoais, entre outros fatores. No momento da pandemia, estas condições foram potencializadas pelo número de pessoas infectadas e pela escassez de Equipamento de Proteção Individual (EPI) adequados, situações que elevou os desgastes devido ao medo da infecção do Sars-CoV-2 (CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM, 2020).

A OMS afirmou que as mulheres corresponderam a 90% das equipes de Enfermagem do mundo. Essas equipes, por sua vez, representam mais da metade de todo o sistema de saúde global. E são *elas*, que estiveram no cotidiano do combate à pandemia.

No mês de agosto de 2020, o Brasil, registrou três centenas de morte de profissionais de Enfermagem. Três em cada 10 óbitos foram de profissionais brasileiras, segundo o COFEN e o Conselho Internacional de Enfermagem (ICN). As profissionais que vieram a óbito, eram mulheres relativamente jovens, com prevalência da faixa etária de 40 a 60 anos de idade. Muitas delas apresentavam comorbidades, e que, portanto, segundo a OMS deveriam estar afastadas de suas ocupações considerando serem grupo de risco (CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM, 2020).

No decorrer da trajetória da profissão de Enfermagem, a história aponta que as mulheres assumiram a posição do cuidado na sociedade e, com isso, resignaram-se a compreender essa dimensão da existência humana apenas como uma prática benevolente. Sendo, assim, a Enfermagem uma profissão associada ao gênero feminino, a tornou ou a torna, por vezes, um conjunto de conhecimentos advindos, estritamente, do conhecimento tácito, impedindo a sua devida valorização e adequação de conhecimentos a fim de compor um status enquanto ciência.

Como mencionado, a Enfermagem é uma profissão que, majoritariamente, centra suas atividades a partir de sua representação feminina. Ligada à figura do cuidado de si e do outro, assume relevante papel nas dimensões e complexidades dos seres humanos. Insere-se no cuidado ligado às necessidades básicas atenta às demandas biológicas, emocionais e espirituais que perpassam pelo ciclo vital, desde o nascimento, atua no processo saúde doença, no envelhecimento e no processo de morte-morrer.

Para Hernandez e Viera (2020), a pandemia ocasionou efeitos imediatos ampliando a desigualdade de gênero e uma redução, significativa, na qualidade de vida das mulheres. No mundo, assim como no Brasil, percebeu-se um aumento na força de trabalho das mulheres, cerca de 70% da força das equipes de trabalho entre os profissionais de saúde e um número superior a 80% da força de trabalho na Enfermagem entre as profissionais Técnicas e Enfermeiras.

A pandemia do coronavírus, apresentou ao mundo uma desigualdade que não pode ser ignorada. A notoriedade da práxis apresentada pela Enfermagem, sustentada pelo conhecimento circundado pelas relações sociais e as reflexões políticas, econômicas e morais e éticas, carece ser reconhecida pela sociedade e seus representantes na materialização de leis de proteção e zelo pelo trabalho que também se sustenta da ciência. A minoração da desigualdade entre as profissões e os gêneros evidencia um caminho necessário, para a existência humana, em busca de permitir vislumbrar a valorização das práticas profissionais destituídas da historicidade agregadas a precariedade das ações vinculadas ao trabalho feminino.

Constata-se a relevância dos serviços de cuidados em saúde, de predominância do gênero feminino, como emergente na pandemia sendo imperativo um olhar acurado da sociedade para essas profissionais. Considerando, então, que a pandemia intensificou as assimetrias já presentes das condições de trabalho do *corpus* das profissionais de Enfermagem, entende-se necessário refletir, neste momento - a partir da categoria da reprodução social, - porque o trabalho do cuidado de pessoas tem como seu marcador o gênero - objeto de análise no tópico seguinte.

3. REPRODUÇÃO SOCIAL E CUIDADO: O GÊNERO COMO MARCADOR

Nesta parte do trabalho objetiva-se refletir porque o cuidado de pessoas desenvolvido tanto na esfera privada (no interior dos lares), quanto especialmente na esfera pública (como o trabalho desenvolvido pelas profissionais de Enfermagem), é historicamente direcionado às mulheres e como essa responsabilidade se reflete nas suas vidas. Ainda, pretende-se investigar como tal fato se relaciona com o sistema econômico capitalista, pois, entende-se esta ordem social institucionalizada a partir dos preceitos de Fraser. Isso porque, a autora, traz uma visão de capitalismo para além da questão econômica, mas sem esquecê-la. Assim, compreende-se, como a teórica, que quando o capital deixa essa questão um pouco de lado, surgem questões culturais para se pensar à luz do capitalismo, como o gênero. Ou seja, Fraser procura expandir a visão capitalista centrada na economia que nasceu com Marx (FRASER; JAEGGI, 2018).

Pretende-se,, neste momento do estudo, valendo-se das contribuições de Biroli (2018) e de Fraser (2009a; 2009b; 2013; 2018, 2019; 2020), analisar, especialmente o entrelaçamento entre as crises¹⁹ do capitalismo e a reprodução social, fundamentalmente por meio da

¹⁹Fraser explica que, nos dias de hoje, muitos falam acerca da crise e que isso fez com que essa análise caísse em descrédito. Tãmanha é a banalização que o termo atingiu por sua imprecisa e incessante utilização. No entanto, adverte que há um sentido necessário e preciso em afirmar que se enfrenta, em tempo presentes, uma crise e é exatamente a partir deste posicionamento teórico que se aborda tal crise neste escrito. Isto porque, conforme a autora, caso caracterize-se com precisão e identifique-se sua dinâmica discursiva pode-se identificar melhor como resolver tal situação e, além disso, pode-se, então, sob essas bases, construir um caminho para além do atual impasse –por meio do realinhamento político para transformar a sociedade (Fraser, 2019b).

perspectiva do cuidado, posto que as autoras têm possibilitado reflexões interessantes, a partir dos seus estudos, em contextos societários democráticos, como o brasileiro, acerca desse eixo de análise no atual ciclo do capitalismo. A propósito, Fraser parece avançar, nessa análise, ao apostar na construção de uma sociedade pós-capitalista²⁰ como um caminho promissor em tempos presentes.

Para Biroli (2018, p. 67) “a alocação de tarefas tem o gênero como um eixo. Ancora-se na naturalidade de habilidades e pertencimentos, definidos de acordo com uma visão binária, não apenas simplificada, mas também ilusória, da conexão entre sexo biológico e comportamento”. Ou seja, existe uma concepção de que mulheres, naturalmente, sabem lidar melhor com serviços domésticos e cuidado com crianças e idosos apenas baseando-se no fator biológico de ser do sexo feminino versus o masculino, ou seja, no pensamento binarizante.

Como é sabido, as profissionais de Enfermagem exercem profissão marcada pelo cuidado e, apesar de, no Brasil, constar entre as áreas do conhecimento, a Enfermagem é, para muitos, percebida como uma extensão do papel natural do cuidado exercido pelas mulheres. A conexão entre o feminino e o cuidado traz consequências que não se esgotam somente na questão salarial e na valorização da carreira, mas especialmente, busca retirar desta profissão a ideia da cientificidade.

Conectado a isso, diante da pandemia da COVID-19, as profissionais de Enfermagem foram, no cenário brasileiro, dentre as profissionais que se encontraram na linha de frente ao combate do coronavírus, uma das que representaram o maior número de profissionais atuando nessa situação. Foram, portanto, na sua maioria esmagadora, as mulheres que estiveram presentes no combate à COVID-19. Tal fato viabiliza, deste modo, que mulheres ao estarem associadas a uma profissão que tem o cuidado como um dos eixos, são afetadas diretamente pela contaminação do vírus, dessa forma, outra vez, evidencia-se que há um entrelaçamento entre as crises do capitalismo e a reprodução feminina, isto é, os impactos da COVID-19 nas mulheres, especialmente nas profissionais de Enfermagem, relacionam-se diretamente com tal ordem, uma ordem social institucionalizada.

Em Fraser, a diferença de gênero é produto das dinâmicas de poder que designa o indivíduo para as posições estruturais nas sociedades capitalistas. A filósofa aponta que às

²⁰ Fraser concedeu recentemente uma entrevista acerca do impacto da covid-19 no capitalismo e suas consequências em canal do Youtube. Tal fala permite suscitar importantes reflexões acerca do momento atual - essas que serão melhor analisadas no tópico seguinte desta análise.

mulheres são impostos os trabalhos da reprodução social (FRASER; ARRIZZA; BHATTACHARYA, 2019). Trata-se de compreender que longe de ser acidental, está enraizado na estrutura institucional do capitalismo e, em razão disso, é percebida em muitas esferas e sentida nas mais variadas vivências femininas. Contudo, chama-se atenção, nesse momento, fundamentalmente para as situações que englobam os cuidados na linha de frente ao combate do Sars-CoV-2. Isso porque, conforme será demonstrado no tópico seguinte, parece que ocorreu um aprofundamento da tensão nessa arena da reprodução social nesses tempos da pandemia da COVID-19.

Isto é, a pandemia da COVID-19 intensificou tal tensão. A realidade imposta pelo Sars-CoV-2 nos mais variados contextos sociais, fundamentalmente no brasileiro, evidenciou as fragilidades e contradições do sistema capitalista. As contradições do capitalismo tornaram-se mais aparentes em tempos pandêmicos e ainda mais palpáveis, com isso, o contexto de crise apontado pela autora torna-se particularmente agudo. E é, exatamente, diante desse cenário, da crise da epidemia da COVID-19, que há um tensionamento ainda maior da reprodução social.

Segundo Fraser, “[...] reprodução e produção formam um par. Cada termo é definido em função do outro, de modo que nenhum faz sentido sem o outro²¹” (FRASER; JAEGGI, 2018, p. 57). Significa dizer que, na teoria fraseriana, a produção e reprodução são intrínsecas, uma depende da outra, sem reprodução não há capitalismo que sobreviva. Porém, em tempos de crise, o que ocorre é que as ambiguidades e contradições da reprodução social parecem se intensificar nas sociedades capitalistas, como se dá contexto societário brasileiro. Ou seja, além da crise da COVID-19 ter ocasionado e ainda ocasionar efeitos nefastos nas vidas dos sujeitos, também lançou luzes exatamente no caráter contraditório que a reprodução social desenvolve nas sociedades capitalistas. O impacto das alterações sociais que o Sars-CoV-2 impôs nas mulheres está, também, desvelando o protagonismo da reprodução social na estrutura capitalista. Chama-se atenção, neste contexto, que tal protagonismo não é libertador e demarca justamente o caráter contraditório que o capitalismo impõe à essa atividade. “Se, por um lado, o sistema não pode funcionar sem essa atividade; por outro, ele renega os custos desta última e

²¹No original: reproduction and production make a pair. Each term is co-defined by way of the other; neither makes any sense without the other.

confere a ela pouco ou nenhum valor econômico” (FRASER; ARRUZZA; BHATTACHARYA, 2019, p. 111).

Diante desse contexto, torna-se central compreender que, como proposto em seu livro “Feminismo para os 99%: Um Manifesto” lançado em 2019, em coautoria de Arruzza e Bhattacharya, a reprodução social na teoria fraseriana

Diz respeito ao segundo imperativo. Abrange atividades que sustentam seres humanos como seres sociais corporatificados que precisam não apenas comer e dormir, mas também criar suas crianças, cuidar de suas famílias e manter suas comunidades, tudo isso enquanto perseguem esperanças no futuro. Essas atividades [...] nas sociedades capitalistas devem servir a outro mestre – a saber, o capital, que exige que o trabalho de reprodução social produza e substitua a força de trabalho (FRASER; ARRUZZA; BHATTACHARYA, 2019, p. 106).

E, em outra obra, respondendo diretamente ao seu entendimento de reprodução social, após Jaeggi questioná-la sob a temática, Fraser afirma que:

[...] entendo a reprodução social de modo bastante amplo. Ainda assim, o ponto que quero salientar aqui diz respeito à maneira bastante específica com que a reprodução social é institucionalizada na sociedade capitalista. Diferentemente do que ocorria em sociedades anteriores, o capitalismo institui uma divisão entre reprodução social e produção de mercadorias. A separação entre elas é fundamental ao capitalismo – é, de fato, um artefato dele. Como muitas feministas enfatizaram, essa divisão é inteiramente marcada por gênero, com a reprodução associada às mulheres e a produção dos homens²² (FRASER; JAEGGI, 2018, p. 33).

Concebe-se, diante da estrutura teórica fraseriana, que a sociedade capitalista divide produção e reprodução social como se fossem características separadas, que não se relacionam ou dependem uma da outra e, essa divisão é feita através do gênero. Mulheres são responsáveis pelo cuidado e homens pelo trabalho pago. Assim sendo, como sustenta Fraser e como sugere Biroli (2016), a reprodução social é uma questão feminina nas sociedades capitalistas:

Do mesmo modo, o ônus do trabalho reprodutivo ainda recai muito mais sobre os ombros das mulheres, que permanecem bem mais propensas do que os homens a chefiar domicílios sozinhas, com responsabilidades de cuidado primário e, provavelmente, tendo que cumprir dupla jornada, voltando para casa após um longo dia de trabalho pago para cozinhar, limpar, lavar roupa e cuidar de filhos e pais, mesmo quando têm companheiros masculinos²³ (FRASER; JAEGGI, 2018, p. 112, tradução livre).

²² No original: I do understand social reproduction very broadly. But the point I want to stress here concerns the very specific way in which social reproduction is institutionalized in capitalist society. Unlike earlier societies, capitalism institutes a division between social reproduction and commodity production. Their separation is utterly fundamental to capitalism – and indeed is an artifact of it. And as many feminists have stressed, this division is thoroughly gendered, with reproduction associated with women and production with men.

²³ No original: Likewise, the onus of reproductive labor still falls overwhelmingly on the shoulders of women, who remain far more likely than men to be single heads of households, with primary care responsibilities, and far more likely, too, even when they have male partners, to work the “double shift,” returning home from a long day of paid work to cook, clean, do laundry, and care for kids and parents.

É também, fundamental compreender, segundo Fraser, que a reprodução social é renegada pelo capitalismo.

Longe de ser valorizada por si mesma, a produção de pessoas é tratada como mero meio para gerar lucro. Como o capital evita pagar por esse trabalho, na medida do possível, ao mesmo tempo que trata o dinheiro como essência e finalidade supremas, ele relega quem realiza o trabalho de reprodução social a uma posição de subordinação. [...] na sociedade capitalista, a organização da reprodução social se baseia no gênero: ela depende dos papéis de gênero e entrincheira-se na opressão de gênero (FRASER; ARRUZZA; BHATTACHARYA, 2019, p. 53).

Parece evidente, neste contexto, que a reprodução social está estruturalmente ligada à assimetria de gênero. Efetivamente, Fraser reconhece que o trabalho de produção de pessoas sempre existiu e sempre esteve associado às mulheres, no entanto, em sociedades capitalistas, o capital - ao despejar o trabalho de reprodução social sobre as mulheres - feminizou e sentimentalizou tal trabalho.

Ocorre que, a reprodução social está mais visível e palpável a partir da COVID-19, demarcando, assim como a própria encruzilhada crítica do capitalismo, isso porque a tensão inerente ao capitalismo e entre reprodução e produção passou a ser claramente percebida nas mais variadas arenas institucionais em razão das alterações provocadas pela epidemia da COVID-19, fundamentalmente nas mulheres que tem como profissão a Enfermagem. Fraser avança nessa análise e diz que esse trabalho, como os relacionados ao cuidado, demonstra a vulnerabilidade da condição feminina nas sociedades capitalista (FRASER; JAEGGI, 2018).

Para além disso, Fraser revela que a mão de obra da reprodução social está presente em todas as áreas da estruturação social, e que a mão de obra da reprodução social é a condição para que o capitalismo seja possível (FRASER; ARRUZZA; BHATTACHARYA, 2019). É, por exemplo, refletindo neste contexto que Fraser constrói que está-se vivendo uma crise do cuidado dividindo-se a sociedade entre aqueles que podem pagar pelo cuidado – babás, cuidadores de idosos, domésticas – e, aqueles que não podem e que muitas vezes são as pessoas que realizam o trabalho reprodutivo para os que podem, em troca de ínfimos salários. (FRASER; JAEGGI, 2018).

É, portanto, diante deste contexto, que Fraser explica que para que haja efetivamente uma perspectiva emancipatória nas críticas desenvolvidas - como, em seu pensar, as que os feminismos devem realizar -, faz-se fundamental, que o poderio do capitalismo ganhe centralidade nos questionamentos das reflexões. É neste ponto de vista que Fraser estabelece

que os processos de subordinação mediados pelo mercado são a própria essência do capitalismo neoliberal. Hoje, conseqüentemente, eles devem se tornar no foco

principal da crítica feminista, conforme buscamos nos distinguir do neoliberalismo e evitar a ressignificação feita por ele (FRASER, 2009a, p. 30).

O capitalismo, como se perceba, exterioriza o trabalho de cuidado das mulheres. Não apenas é legado a elas tal atividade em âmbito familiar, como também há um direcionamento dessas às mulheres no âmbito profissional. Muitas são as contradições que tal fato ocasiona na estrutura social, no entanto, em momentos como o que se vivenciou, da pandemia da COVID-19, parece ocorreu uma intensificação dessas ambivalências. Se por um lado, a atividade do cuidado é, na esfera familiar, exclusivamente direcionada às mulheres, por outro, o trabalho do cuidado desenvolvido no âmbito profissional é, também, na maioria das vezes desenvolvido por elas, como ocorre no desenvolvimento das atividades inerentes a de Enfermagem, isso ocasiona, conforme apontado, que essas mulheres se tornem ainda mais precarizadas em épocas de crise como a do SARS-CoV-2.

Resta claro, então, que há um entrelaçamento entre as crises do capitalismo e a reprodução feminina e, frente isso, parece evidente que os impactos da COVID-19 nas mulheres, fundamentalmente nas profissionais de Enfermagem, apresentam-se particularmente mais agudo. Isso porque, como dito, compreende-se que tais impactos da COVID-19 se relacionam diretamente ao capitalismo, uma ordem social institucionalizada. É justamente frente a esse contexto que aponta-se que, na ordem social institucionalizada atual, em especial no contexto brasileiro, para que se possa refletir meios que possam estabelecer quaisquer formas efetivas de oposição que se constituam potentes para atender aos desafios do contexto societário brasileiro, faz-se fundamental um olhar a partir dos direitos humanos, pois compreende-se que somente por meio deste torna-se possível refletir caminhos emancipatórios as mulheres, como especialmente as profissionais de Enfermagem - debate que será desenvolvido no tópico a seguir deste escrito.

4. UM PENSAR ACERCA DOS DIREITOS HUMANOS EM CONTEXTO DE CRISE

Conforme os dados verificados nos tópicos anteriores é nítido que se deu um desrespeito aos direitos humanos das profissionais de Enfermagem no contexto de pandemia no Brasil. Frutos de um longo processo histórico-social de agregação de valores percebidos e conquistados na luta como fundamentais à condição humana (KROHLING, 2009, p. 44) e considerados como um dos pilares fundamentais de uma emergente política pós-moderna, os direitos humanos aspiram nos dias de hoje inúmeras reflexões. Isto é, os debates acerca dos direitos humanos, sempre em voga, reacenderam na pandemia da COVID-19, pois, retomou-se fortemente a discussão sobre o direito à saúde, à dignidade humana, à não discriminação e à

informação. Compreende-se que o direito à igualdade merece o mesmo protagonismo em um âmbito de ação dominado por mulheres.

Parece evidente que ocorreu um amplo desrespeito ao direito a saúde fundamental no Brasil. Segundo Michelle Bachelet, alta comissária da ONU para direitos humanos, “combater efetivamente a COVID-19 significa garantir que todos tenham acesso ao tratamento e não tenham assistência médica negada porque não podem pagar ou por causa de estigma” (ONU, 2020). Apesar de o Brasil possuir um Sistema Universal e gratuito de Saúde, este não é garantia de atendimento e é a população mais desfavorecida economicamente.

Além desse fato, profissionais da saúde foram expostos e vulneráveis frente à falta de EPI, o que ocasionou o aumento dos casos destes acerca da infecção com a COVID-19. Ou seja, o direito à saúde garantido pela Constituição Federal do Brasil (CF/1988) como um direito social e reconhecido, internacionalmente, como um direito humano²⁴, foi declaradamente desrespeitado quando não se proporcionou o mínimo aos profissionais da saúde em termos de proteção e ainda, quando se nega a cientificidade da profissão de enfermeiros e se recusa a proporcionar a devida valorização profissional aos profissionais que se colocam à frente desse combate.

Diante dos fatos elencados na primeira e segunda parte desse trabalho é impossível negar o prejuízo à dignidade humana das profissionais de Enfermagem na pandemia, além de se colocarem na linha de frente dentro dos hospitais, em longos plantões e sob forte pressão psicológica, colocaram seus familiares em risco - por meio do convívio – e, ainda, precisaram lidar com o peso do trabalho produtivo e reprodutivo, pois, muitas vezes, a chegada em casa não foi sinônimo de descanso, mas de trabalho doméstico e de cuidados com seus familiares.

Acerca das medidas que foram tomadas no que diz respeito ou não aos direitos humanos em tempo de pandemia, é possível citar o trabalho da Comissão Interamericana de direitos humanos que compõe, juntamente com a Corte criada no ano de 1979, o Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos (SIDH). Baseada na Carta da OEA (1948) e na Convenção Americana sobre os direitos humanos (1969), tem como objetivo promover e proteger os direitos humanos e, para tanto, utiliza-se de um sistema de petições individuais que visa

²⁴ Convenção Americana sobre os direitos humanos (1969). Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

monitorar como os direitos humanos vem sendo tratados pelos estados-membros. Nesse sentido, tendo em vista a pandemia de COVID-19, foi instaurada uma Comissão para verificar o cumprimento ou não dos direitos humanos no que tange à temática, e foi construída uma resolução que, no que interessa nesse estudo, prevê o direito à saúde como um direito autônomo, ou seja, um bem público de responsabilidade dos Estados no que tange à sua proteção e efetivação (VENTURA; AITH, 2020).

No entanto, como se pode perceber nesse escrito, a classe profissional de Enfermagem foi diretamente afetada. Parece evidente que a essa classe profissional foi direcionada uma maior responsabilidade e trabalhos ainda mais exaustivos - mais horas e mais leitos sob cuidado - e, lamentavelmente, se percebe que muitas dessas estão morrendo em virtude do desrespeito aos direitos humanos básicos.

Frente a isso, há que se retomar e exaltar as conquistas sociais da constituição de 1988, para que se possa garantir que os profissionais da saúde sejam protegidos enquanto seres humanos que são. A pandemia parece deixar ainda mais evidente a importância dos profissionais linha de frente no cuidado com a saúde de todos e, por isso, os direitos humanos precisam ser assegurados às profissionais de Enfermagem.

5. CONCLUSÃO

Após todo o explanado, alguns pontos merecem ser ressaltados nesta conclusão do estudo. Resta claro o impacto da pandemia do coronavírus no que tange aos profissionais de Enfermagem e, principalmente, no que se relaciona ao fato de a grande maioria desses números serem representados por mulheres. Acerca desses dados estatísticos, entende-se que o conceito de reprodução tem papel central no recorte de gênero da profissão de Enfermagem. Conforme verificou-se, ao longo do tempo, pautando-se em um sistema econômico capitalista, as mulheres nunca foram reconhecidas pelo seu trabalho não pago, entre esse, o trabalho do cuidado.

Dessa forma, ocorre que profissionais de Enfermagem carecem de reconhecimento quanto à cientificidade da profissão e, portanto, são menos valorizados, fato que revela piora quando se fala em mulheres. Ocorre que, a pandemia da COVID-19 intensificou tal situação. A realidade imposta pelo coronavírus, especialmente no contexto brasileiro, evidenciou e expôs as fragilidades e precarizações experimentadas pelas mulheres, fundamentalmente das profissionais de Enfermagem. Revelou-se como mulheres são altamente afetadas.

É nessa senda que os direitos humanos se fazem tão necessários e o ordenamento jurídico necessita amparar tais condições de precarização da saúde que afeta diretamente os

profissionais que nela exercem sua profissão. Portanto, acredita-se que os direitos humanos necessitam ser respeitados e efetivados no que tange, nesse trabalho, as profissionais de Enfermagem.

REFERÊNCIAS

BIROLI, F. **Gênero e Desigualdades**: limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.

BRASIL. M.S. **Portaria nº 454, de 20 de março de 2020: declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (Covid-19)**. Diário Oficial da União. 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-454-de-20-de-marco-de-2020-249091587>. Acesso em: 12 de junho de 2020.

CHANG L.; YAN Y.; WANG L. Coronavirus disease 2019: Coronaviruses and blood safety. **Transfus Med Rev**, v.34, n. 2, p. 75-80, 2020. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1016/j.tmr.2020.02.003>. Acesso em: 10 de junho de 2020.

CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM - **COFEN**. Disponível em: <http://www.cofen.gov.br/>. Acesso em: 13 de junho de 2020.

FRASER, N. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. In: **Lua nova**. Tradução: FREITAS, Ana Carolina; ASSIS, Mariana. São Paulo, 2009a.

FRASER, N. O feminismo, o capitalismo e a astúcia da história. In: **Dossiê: Contribuições do Pensamento Feminista para as Ciências Sociais**. Tradução: Costa Filho, Anselmo da, Cavalcante, Sávio. 2009b.

FRASER, N.; RAHEL J. **Capitalism: A conversation in critical theory**. Cambridge: Polity Press. 2018.

FRASER, N.; BHATTACHARYA, T.; ARRIZZA, C. **Feminismo para os 99%**: um manifesto. Tradução: CANDIANI, Heci Regina. São Paulo: Boitempo, 2019.

HERNANDES, E. S. C.; VIERA, L. A guerra tem rosto de mulher: trabalhadoras da saúde no enfrentamento à Covid-19. **Disponível em**: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/4/16/a-guerra-tem-rosto-de-mulher-trabalhadoras-da-sade-no-enfrentamento-covid-19>. **Acesso em: 10 de junho de 2020.**

KAMPF, G.; TODT, T.; PFAENDER, S.; STEINMANN, E. Persistence of coronaviruses on inanimate surfaces and their inactivation with biocidal agents. **J Hosp Infect**, v. 104, n. 3, p. 246-251. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1016/j.jhin.2020.01.022>. Acesso em: 13 de junho de 2020.

KROHLING, A. **Direitos humanos fundamentais - Diálogos Interculturais e Democracia**. São Paulo: Editora Paulus, 2009.

MIRANDA, F. M. D. A.; SANTANA, L. L.; PIZZOLATO, A. C.; SARQUIS, L. M. M. Working Conditions And The Impact On The Health Of The Nursing Professionals In The Context Of Covid-19. **Cogitare**. v. 25, e72702, 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cogitare/article/view/72702/pdf>. Acesso em: 15 de junho de 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE - ONU. **Coronavírus: direitos humanos precisam estar no centro da resposta, diz Bachelet**. 11 de março de 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/coronavirus-direitos-humanos-precisam-estar-no-centro-da-resposta-diz-bachelet/>. Acesso em 11 de junho de 2020.

TIAN H, L.Y.; LI Y, W. C.; CHEN B, K. M.; *et al*. The impact of transmission control measures during the first 50 days of the COVID-19 2 epidemic in China. **MedRxiv**. 2020. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1101/2020.01.30.20019844>. Acesso em: 10 de junho de 2020.

VENTURA, D.; AITH, F.; Covid-19: combate à pandemia deve respeitar direitos humanos. **Jornal da USP**. 13 de abril de 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/covid-19-combate-a-pandemia-deve-respeitar-direitos-humanos/>. Acesso em: 11 de junho de 2020.

WORD HEALTH ORGANIZATION. **Considerations for quarantine of individuals in the context of containment for coronavirus disease (COVID-19): Interim guidance** [Internet]. Geneva (CH); 2020. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/331299>. Acesso em: 10 de junho de 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Critical preparedness, readiness and response actions for COVID-19**. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/critical-preparednessreadiness-and-response-actions-for-covid-19>. Acesso em 10 de junho de 2020.

CAPÍTULO 7

O PROCESSO LEGAL E A PARIDADE DE ARMAS NAS AÇÕES PENAIS EM INQUÉRITOS INSTAURADOS NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Leandro Paiva do Monte Rodrigues
Amyna Karília Mendonça Tavares
Ednaldo Fernandes de Almeida
Raitiyssa Brendha Dantas Pessoa Balbino

RESUMO

O processo legal e a paridade de armas são princípios importante no âmbito do Direito Penal e do Direito Processual Penal brasileiro. O trabalho objetiva-se a analisar o processo legal e a paridade de armas nos inquéritos de ações penais instaurados no Supremo Tribunal Federal, dando ênfase o inquérito 4.781, o chamado inquérito das *fake News*. Nesse sentido foi importante debater a estrutura do processo penal brasileiro, discutir os princípios do processo legal e da paridade de arma. Metodologicamente, este trabalho se caracteriza pela pesquisa bibliográfica e documental. Considera-se que o inquérito penal no STF é *sui generis*, assim, a exemplo do inquérito de estudo há diversas críticas sobre o processo de instauração e condução das atividades, mas ao mesmo tempo existe alguns preceitos que defendam a sua existência, com base na chamada democracia defensiva.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal. Inquérito 4.781. Processo Legal. Paridade de armas.

1. INTRODUÇÃO

O processo legal e a paridade de armas são princípios importantes no âmbito do Direito Penal e do Direito Processual Penal brasileiro, que consta com diversos princípios, que servem para nortear o processo de entendimento da estrutura normativa e a sua aplicação.

Nesse sentido, o trabalho apresentando tem por objetivo a analisar o processo legal e a paridade de armas nos inquéritos de ações penais instaurados no Supremo Tribunal Federal (STF), dando ênfase o inquérito 4.781, o chamado inquérito das *fake News*, analisando a instauração do processo e os questionamentos no ano de 2019.

A estrutura metodológica para este trabalho se caracteriza pela pesquisa bibliográfica e documental. Na primeira teve-se acesso a periódico, teses e dissertações que trabalham sobre o tema. Na pesquisa documental foi acessado diversos processos no âmbito do STF, principalmente ao que tange ao inquérito 4.781, assim pesquisou em diversos instrumentos possíveis de acesso no site da Suprema Corte e do Ministério Público Federal

O trabalho ficou estruturado em cinco itens posteriores a esta introdução, no segundo item discutiu sobre o processo penal brasileiro, e a sua estrutura. Na terceira parte trabalhou-se

com o princípio do processo legal, para demonstrar a sua importância como base de sustentação do processo. No quarto item buscou-se discutir sobre o princípio da paridade de armas no âmbito do processo penal. No quinto ponto, buscou-se compreender as ações e efeitos do inquérito penal no âmbito do STF de nº 4.781. Por fim, no sexto item são feitas algumas considerações sobre o trabalho.

2. O PROCESSO PENAL BRASILEIRO E SUA ESTRUTURA

A estrutura do processo penal sofreu modificações ao decorrer da história, posto que prepondera no âmbito penal duas correntes ideológicas: a punitiva ou libertária (LOPES JR, 2019). Dessa forma, o mesmo autor frisa que a estrutura do processo penal de um país atua como um termômetro dos componentes democráticos ou autoritários de sua Constituição.

Isto posto, é imprescindível salientar a divisão clássica do Sistema Processual Penal em inquisitorial, acusatória e mista. Sendo o inquisitorial aquele que os papéis de acusação e de juízo residiriam em um único órgão ou pessoa, ao passo que no acusatório essas funções copulariam acauteladas a pessoas ou diferentes órgãos.

Pacelli (2017) aponta as características centrais dos modelos processuais penais mencionados:

- a) no sistema acusatório, além de se atribuírem a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e de julgamento, o processo, rigorosamente falando, somente teria início com o oferecimento da acusação;
- b) já no sistema inquisitório, como o juiz atua também na fase de investigação, o processo se iniciaria com a notícia criminis, seguindo-se a investigação, acusação e julgamento (PACELLI, 2017, p. 19).

Todavia, têm particularidades do modelo inquisitório que não conferem prestabilidade, visto que foram devidamente suplantadas no ordenamento vigente, a exemplo do processo verbal e secreto, sem a presença de princípios essenciais, como a ampla defesa e o contraditório, de modo que a pessoa do acusado fosse objetificada no processo.

Doutrinariamente, o modelo brasileiro de sistema processual alude o exercício do juiz criminal enquanto um sistema de caráter acusatório, mas com traços do misto, dotado de traços acusatórios e inquisitoriais. Alguns estudiosos entendem que a aparição do inquérito policial na fase pré-processual já categorizaria uma estrutura mista, já outros sinalizam certos poderes concedidos aos juízes no Código de Processo Penal como forma de justificação ao que foi anteriormente conceituado.

Logo, a fim de proporcionar maior entendimento, Zilli (2003, p. 41-42, *apud* DEZEM, 2017, p. 50) cita alguns elementos referentes ao sistema penal misto:

1. A jurisdição penal é exercida por tribunais, reconhecendo-se, em alguns casos, legítima participação popular; 2. A persecução penal é exercida, na maioria dos casos, por um órgão público; 3. O imputado é considerado um sujeito de direitos e sua posição jurídica, durante o processo, é a de um inocente até que venha a ser considerado culpado; 4. O procedimento traduz os interesses públicos de perseguir e de impor a sanção penal ao agente, assegurando-lhe, outrossim, o respeito à sua liberdade (...); 5. O tribunal pode ser composto por juízes leigos e profissionais ou apenas por juízes profissionais, adotando-se o sistema do livre convencimento; 6. As decisões são recorríveis (ZILLI, 2003, p. 41-42, *apud* DEZEM, 2017, p. 50).

Concernente à etapa investigativa, deve-se recordar que a determinação de um sistema processual precisa ser dirigida pela revisão do processo, em outros termos, basear-se no papel do juiz no processo. Portanto, tendo em vista que as investigações policiais não remetem a um processo, o sistema processual não se deve confundir.

Assim, é notória a querela sobre a forma e as condições de produção da verdade, da qual ocorre a discussão acerca da escolha entre o procedimento penal constitucional e o ilícito penal em um país democrático de direito ou um processo de natureza autoritária e persecutória, com resquícios inquisitórios.

Grande parte dos doutrinadores do processualismo penal citam o sistema processual penal empregado no Brasil como acusatório, tais como Lopes Jr (2019) e Pacelli (2017). Essa predisposição é oriunda do conjeturado pela Constituição Federal de 1988, ao separar as funções de julgamento e acusação, bem como fixar as garantias processuais típicas do sistema de acusação. No entanto, há resquícios do sistema inquisitório na legislação infraconstitucional, como a produção de prova de ofício pelos juízes, conforme o artigo 156, do Código de Processo Penal.

3. O PRINCÍPIO DO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal é um princípio que tem sua procedência no direito anglo-saxão, desta forma, é baseada em um sistema diferente das tradições romanas ou romano-germânica, qual tem alguns atos praticados por autoridade, para que possa ser considerado válido, eficaz e completo, para isso, tem que seguir todas etapas acordadas em lei, sendo assim, um princípio originado na primeira constituição, a Magna Carta da Inglaterra, do ano de 1215. Assim, o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal do Brasil de 1988, assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, definindo sua importância no seio de uma garantia constitucional.

Desta forma, pode-se destacar, a inegável condição de cláusula pétrea do devido processo legal. Assim, o atuar em direção a proteção de direitos fundamentais como a vida, liberdade e patrimônio, permitindo ao legislador buscar manter sob o manto constitucional

todos os processos de lutas e conquistas para que a cláusula serviu. Mostrando como se posiciona sua natureza jurídica (VIEIRA, 2013).

O devido processo legal é a maior garantia do cidadão de acesso ao Poder Judiciário, sendo garantido às partes o direito a um julgamento, com o procedimento do contraditório, direito a assistência judiciária gratuita aos pobres na forma da lei, entre outros direitos. Portanto, tal princípio serve de instrumento fundamental na defesa de todos os demais direitos, com isso, quando não reconhecidos os direitos inerentes ao cidadão, esse possui a faculdade de postular frente ao poder judiciário a tutela jurisdicional, para que assim o direito perseguido seja garantido de forma justa e definitiva (ROBERTO, 2011).

O processo penal, não é um lugar em que se dispensa ao acusado qualquer forma de honrabilidade, pois o que se pretende é justamente o aposto, demonstrar a culpabilidade de condutas que são altamente reprováveis pela ciência do Direito e estabelecidas na legislação pátria.

Desta forma, a sentença judicial, especialmente condenatória, deve ser realizada aplicando todos os preceitos de garantia a fim de que a certeza judicante passa estar aproximada da verdade fática que represente algum tipo de justiça, é a força que se demonstra com a sentença que, quando, passada em julgada, se torna a verdade processual, para além do processo.

O compromisso com a verdade fática dentro do processo é uma parte que deve ser efetivado com as garantias inerentes a este acerto, sendo o direito de defesa inalienável, inviolável e inderrogável. Assim, tendo como essência o direito de as partes intervirem em condições de paridade. Com isso, a paridade de armas desponta como um dos elementos cerne para a concreção da garantia, caso o contrário não haveria a sua realização, com isso, a afetação imediata do direito de defesa, deve, inquinando o processo de um desequilíbrio funcional inaceitável dentro do que propõe o que seria denominado como justo processo (ROBERTO, 2011).

Com isso, pode-se verificar que a paridade de armas não se trata expressamente no ordenamento jurídico nacional, portanto, não sendo esta encontrada na Carta Magna, na legislação processual penal. Todavia, levando em consideração a jurisprudência das Cortes Superiores, como o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o STF, que reconhecessem ora como garantia, ora como princípio, ora como fundamento. Assim por paridade de armas não se deve conceber somente igualdade de condições com que as partes devam se posicionar para o

confronto o *ius puniendi* e o *status libertatis*, além, da reciprocidade com o que o atuar de um sujeito reflete no outro, respeitando as diferenças funcionais dentro dos papéis que devem mover o processo (ROBERTO, 2011).

A paridade de armas é o ponto de equilíbrio entre os direitos, deveres e garantias de um preceito reflexo de reciprocidade, portanto, este procedimento deve espelhar o direito de defesa a fazê-lo também, porém, não podendo exigir, em sua investigação defensiva. Desta forma, conclui-se que diversamente que a igualdade de partes no campo processual é indiferente a um processo penal garantista, já a paridade é elemento essencial (VIEIRA, 2013).

A paridade de armas não pode ser confundida com a igualdade das partes. O princípio estudado não busca a transformação de partes desiguais sob um plano de igualdade normativa pura e simples. A paridade não visa, um prisma tecnológico e dada sua natureza jurídica, a criação de instrumentos iguais ao confronto das partes.

4. PRINCÍPIO DA PARIDADE DE ARMAS

Ampla defesa, esse é um princípio previsto no artigo 5º, LV, da Constituição de 1988, esse traz a obrigatoriedade do Estado em garantir ao acusado a possibilidade de se defender das acusações que lhe são direcionadas, nessa situação, com o apoio do princípio da paridade de armas, o acusado pode então se defender daquilo que foi lhe tido como acusação, com isso, o princípio abrange a autodefesa (o próprio acusado se defende) e a defesa técnica (um profissional da defensoria ou um advogado particular).

Decorrente do princípio do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e não menos importante, do direito à igualdade, o princípio da paridade de armas é o conhecido pela ligação entre a igualdade de instrumentos de investigação e tratamento entre as partes. Isso ocorre pelo fato de que o juiz, deve manter uma relação equidistante entre as partes para que assim haja equidade no que tange a possibilidade de influência que cada parte tem com relação a decisão judicial (SILVA, 2018).

A aplicação do art. 3º do Código de Processo Penal, decorrente do princípio do contraditório, junto ao art. 7º do Código de Processo Civil, diante do objetivo do princípio da paridade de armas, reforça que, ambas as partes devem ser asseguradas de que haverá igualdade de garantias, direitos e deveres, no que se refere a defesa de argumentos do processo.

No processo penal, o juiz é aquele que sempre irá averiguar se está havendo a existência da paridade de armas, pois o princípio da paridade de armas depende fortemente da igualdade que é oferecida às partes durante a tramitação do processo, caso não haja essa isonomia entre

as partes, o processo estará eivado de vício, tudo isso acontece para que não exista conflitos entre os princípios da igualdade, atrelado ao da paridade de armas e a busca pela verdade real (SILVA, 2018).

Consoante ao pensamento de Pacelli (2017):

com efeito, a igualdade das partes somente será alcançada quando não se permitir mais o juiz uma atuação substitutiva da função ministerial, não só no que respeita ao oferecimento da acusação, mas também no que se refere ao ônus processual de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado (PACELLI, 2017, p. 30).

Contudo, observa-se que como essência do contraditório, a paridade de armas desponta como elemento cerne para a concreção da garantia, sem o qual não haveria a sua realização e, por conseguinte a afetação imediata ao direito de defesa que o acusado possui, podendo culminar em um desequilíbrio funcional inaceitável, dentro do que se propõe o “justo processo”.

Em face disso, nota-se que, a paridade de armas não é positivada no ordenamento jurídico brasileiro, não está na Constituição Federal ou na legislação processual penal, porém, já é passivo várias jurisprudências das Cortes Superiores, reconhecendo-a.

Destarte, quando se trata de paridade de armas não se deve oferecer apenas igualdade de condições, deve-se considerar também o nível de reciprocidade com que o atuar de uma pessoa reflete na outra, respeitando as diferenças existentes dentro dos papéis desempenhados no decorrer do processo, caso contrário, estaria havendo a redução da condição de igualdade, caso não existisse a reciprocidade integrativa das ações desenvolvidas pelas partes.

5. O INQUÉRITO PENAL NO ÂMBITO DO STF, O (DES)EQUILÍBRIO COM O PROCESSO LEGAL?: O CASO DO INQUÉRITO 4.781.

No Direito Processual Brasileiro, existem vários princípios que são base para a compreensão e execução do processo penal, no curso desse trabalho toma-se o princípio da paridade de armas, que advém dos princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal. Tem-se a compreensão do princípio da paridade de armas como sendo a igualdade de tratamento entre as partes do processo em relação ao exercício de direitos e deveres, de igual modo na aplicação de sanções processuais (VIEIRA, 2013).

Todavia, os princípios de paridade de armas, da ampla defesa e do processo legal segundo Lara e Andrade (2021) e Benevides e Guimarães (2019) foram atacadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito do inquérito nº 4.781, conhecido como inquérito das *Fake News*, onde segundo os autores há um processo inconstitucional na forma de inicialização e prosseguimento deste inquérito.

De acordo com Benevides e Guimarães (2019) o inquérito nº 4.781 do STF teve seu início quando o Supremo reafirmou sua jurisprudência em março 2019, que compreendeu que os crimes de corrupção e de lavagem de dinheiro, conectados a crimes eleitorais, seriam de competência da Justiça Eleitoral. Houve críticas por parte do Ministério Público Federal (MPF), em que se opôs a esse entendimento, uma vez que considerava como desfavorável à operação Lava Jato. Nesse âmbito foi iniciado uma série de postagens em redes sociais atacando e ameaçando o STF e os Ministros, consecutivamente o Estado Democrático de Direito.

A partir desses movimentos contra a Supremo Tribunal, o Ministro Presidente Dias Toffoli, por meio a Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019, em que instaurou, de ofício, o Inquérito Penal, para apurar as ameaças que ultrajam a probidade e a segurança do STF e de seus integrantes, onde foi designado como relator o Ministro Alexandre de Moraes como relator. Assim, expresso na portaria, que:

O PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no uso de suas atribuições que lhe confere o Regimento Interno, CONSIDERANDO que velar pela intangibilidade das prerrogativas do Supremo Tribunal Federal e dos seus membros é atribuição regimental do Presidente da Corte (RISTF, art. 13, I); CONSIDERANDO a existência de notícias fraudulentas (fake news), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de animus calumniandi, diffamandi e injuriandi, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares, RESOLVE, nos termos do art. 43 e seguintes do Regimento Interno, instaurar inquérito para apuração dos fatos e infrações correspondentes, em toda a sua dimensão, Designo para a condução do feito o eminente Ministro Alexandre de Moraes, que poderá requerer à Presidência a estrutura material e de pessoal necessária para a respectiva condução (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF, Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019, STF, Min. Dias Toffoli, Presidente do STF).

Depois da instauração do inquérito nº 4.781, o partido político Rede Sustentabilidade instaurou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 572 em 23 de março de 2019 contra o citado inquérito, ao ponto que na sua petição inicial está presente que:

A prevalecer o objetivo por ele pretendido, a própria Suprema Corte estaria a editar, em pleno regime democrático, mecanismo de auspícios análogos ao do famigerado AI-5, dispondo de ferramental para intimidar livremente, como juiz e parte a um só tempo, todo aquele que ousar questionar a adequação moral dos atos de seus membros. Aliás, estes eminentes julgadores não merecem escapar à censura da Opinião Pública, visto que optaram livremente por se investir na condição de agentes públicos (SANTOS, 2019, p. 4).

Cumprir dizer que depois de pouca mais de um ano de iniciado o inquérito, o partido político Rede Sustentabilidade envia outra petição para o STF manifestando pelo não cabimento da ADPF 572, iniciada pelo próprio partido, concordando assim com o parecer do Ministério Público Federal (MPF) o partido usa como argumento que “Não por concordarmos com a forma

pela qual o Inquérito foi instaurado pela Portaria GP nº 69, de 2019, mas por entendermos que estamos diante de um momento singular de nossa história, da história do Brasil, em que um mal maior deve ser combatido” (ARAÚJO *et al.*, 2020, p. 3).

Salienta-se que o Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria- Geral da República no dia 16 de abril de 2019, expediu o documento nº 509/2019 – LJ/PGR, assinado pela então Procuradora Geral, a sra. Raquel Elias Ferreira Dodge, de imediata o MPF busca promover o arquivamento do inquérito 4.781 do STF, onde a Procuradora Geral, explícita como é instituído o sistema penal acusatório brasileiro, em que o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal. Mostra que o sistema penal acusatório tem que ter a separação de funções na persecução penal, onde um órgão acusa, outro defende e outro julga. Continua a Procuradora Geral da República Raquel Dogde:

Nesta perspectiva constitucional, de garantia democrática, do devido processo legal e do sistema penal acusatório, a decisão que determinou de ofício a instauração deste inquérito, designou seu relator sem observar o princípio da livre distribuição e deulhe poderes instrutórios quebrou a garantia da imparcialidade judicial na atuação criminal, além de obstar acesso do titular da ação penal à investigação. Na sequência, os atos judiciais instrutórios da investigação e determinantes de diligências investigativas também ferem o sistema penal acusatório e a Constituição. São vícios insanáveis sob a ótica constitucional (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA/ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (PGR/MPF, 2019, p. 5).

Com a abertura do inquérito nº 4.781 no STF vários estudiosos teceram análises, buscando compreender as possíveis ilegalidades presentes no referido instrumento. Lorenzetto e Pereira (2020) vão afirmar que no referido inquérito foram proferidas decisões inconstitucionais, que de certo modo censuravam veículos da imprensa, reprimiam liberdades e garantias processuais de cidadãos brasileiros e estabeleciam diversas arbitrariedades judiciais, tomando como justificativa de resguardo da ordem constitucional. Os autores buscam compreender se as condutas do STF poderiam ser relacionadas a teoria do estado de exceção proposto por Giorgio Agamben conforme Lorenzetto e Pereira (2020).

O estado de exceção que o STF estabeleceu segundo análise de Lorenzetto e Pereira (2020) com base no pensamento de Giorgio Agamben não é a suspensão explícita do reconhecimento formal, para os autores o Suprema Corte instaurou de forma sub-réptica a exceção, na palavra dos autores, “o STF suspende o direito para protegê-lo, mas o faz disfarçadamente, sob a densa neblina da interpretação jurídica e através dos obscuros pretextos das melhores intenções” (LORENZETTO; PEREIRA, 2020, p. 200).

Outras críticas são feitas ao inquérito das Fake News no STF, Lara e Andrade (2021) vão discorrer de como o inquérito 4.781 vai ao encontro de várias principais do Direito Penal

do Processo Penal Brasileiro. Mostram como princípio da legalidade é ferido, para os autores é a lei que estabelece a limitação para os atos do Estado em relação a sua população, assim, a extrapolação de tal princípio constitui ilegalidade, para os referidos autores, a ação do STF é eivada da ilegalidade, uma vez que não cumpre o princípio da legalidade, principalmente observando a estrutura do sistema acusatório penal.

O princípio da imparcialidade também é afetado com o inquérito 4.781 do STF, para Lara e Andrade (2021) no Estado Democrático de Direito, no processo penal as partes que desejam objetivos contrários, esperam que sejam julgados por um Juiz imparcial e justo, nesse sentido, tercem críticas ao inquérito das fake News, onde o julgador tem interesse no julgamento, uma vez que versa sobre os ataques sofridos pela própria instituição e aos seus ministros.

O próprio Ministério Público Federal já tinha demonstrado que o inquérito 4.781 do STF incorria no esgarçamento do princípio da imparcialidade. Neste mesmo sentido asseveram Benevides e Guimarães (2019, p. 14) que “com o prosseguimento desse inquérito, em um julgamento parcial, sem atenção aos princípios constitucionais, à própria Carta Magna e ao ordenamento jurídico”.

Outro princípio questionado diante do inquérito das fake News é do juiz natural e do impedimento do juiz, ou seja, no momento do cometimento do delito já se sabe qual o juízo julgará, não podendo ser criado tribunal de exceção, neste sentido, em documento já citado o MPF questiona o modo de instauração do inquérito, no STF “o Ministro Relator, aleatoriamente escolhido pelo sistema de distribuição regular, é o juiz natural, o juiz garante, responsável por decidir questões legais. Não é o juiz investigador. Juiz investigador existia no sistema penal inquisitorial abolido pela Constituição de 1988” (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA/ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (PGR/MPF, 2019, p. 4)

Para Lara e Andrade (2021) e Benevides e Guimarães (2019) compreendem que houve no inquérito penal nº 4.781 uma ofensa ao sistema penal acusatório, pois consideram que o STF se revestiu da função de um juiz inquisidor, uma vez que a Suprema Corte instaurou o procedimento investigatório e o conduz.

Todavia, cabe também ressaltar que existe o entendimento que no momento político brasileiro, no período que iniciou em 2019, houve uma sistematização de ataques ao processo democrático, conforme apontam Oliveira e Rêgo (2022) houve um questionamento não

republicano sobre as instituições, sendo amplamente difundido por meio de fake News, nesse sentido apontam os autores que:

Evidentemente, a postura de Bolsonaro e de seus apoiadores foi e continua sendo muito questionada pelos mais diversos atores políticos, os quais, via de regra, enxergam no atual contexto nacional um verdadeiro "estado de exceção", a justificar a tomada de providências extraordinárias (ou pouco comuns na realidade brasileira pós-redemocratização) na defesa da Constituição Federal de 1988 e de suas consagradas instituições (OLIVEIRA E RÊGO, 2022, n.p).

Nesse diapasão, buscou-se compreender que as ações do STF estão dentre do entendimento de Democracia Defensiva, que pode ser entendida como a busca de “impedir que vulnerem a própria democracia quaisquer situações ou grupos que afetem a normalidade democrática” (FERNANDES, 2021, p. 131).

Cabe dizer que esse conceito de Democracia Defensiva não é a afirmação da não necessidade do processo legal, ao contrário, neste caso a democracia tem de agir de forma mais incisivo, de modo a descortinar os grupos intolerante, é isso que Fernandes (2021) vai chamar de paradoxo da intolerância, uma vez, o Estado Democrático não pode suprimir o direito de manifestações filosóficas intolerantes e sim combatê-las racionalmente, mas deve suprimir as manifestações intolerantes, assim, afirma a autora:

Popper, ademais, esclareceu que não se tratava de suprimir o direito à manifestação de filosofias intolerantes, uma vez que, enquanto fosse possível contradizer racionalmente tais manifestações e mantê-las controladas perante a opinião pública, deveria ser possível a sua livre manifestação. Entretanto, dever-se-ia garantir o direito de suprimir tais manifestações intolerantes, inclusive por meio do uso da força (FERNANDES, 2021, p. 137).

No caso em tela, do Inquérito de Ação Penal 4.781 é entendido por Oliveira e Rêgo (2022) que as ações do STF estão dentro do que se pode chamar de democracia defensiva, todavia, os autores não negam que muitas críticas aos procedimentos de sua operacionalização, assim, afirmam

Não isenta de críticas, muitas delas pertinentes, a postura (por vezes ativista) do STF vem sendo compreendida, por muitos, como uma possível expressão da chamada democracia defensiva — doutrina de matriz europeia que recomenda uma postura mais enérgica dos detentores do poder estatal, sobretudo o Judiciário, contra partidos e grupos não democráticos. Sabe-se que o Judiciário tem o dever de zelar pela manutenção da forma prevista no artigo 1º da Constituição Federal, que é o "Estado democrático de Direito", explicitamente protegido pelo Código Penal, com a edição da Lei 14.197/21, de modo que, se outro Poder estiver flertando com a ruptura institucional, cabe a ele lançar mão de esforços extraordinários para evitar que isso aconteça (OLIVEIRA; RÊGO, 2022, n.p.).

Ressalta-se que o Ministério Público Federal no âmbito da ADPF – 572, considera que é legítimo ao STF instaurar inquérito *sui generis*, conforme previsão regimental, todavia, deve esse inquérito obedecer ao trâmite processual, assim se manifestou a PGR/MPF:

Manifestou-se a Procuradoria-Geral da República pela legitimidade da instauração do inquérito sui generis previsto no regimento interno do Supremo Tribunal Federal, que, per si, não obstante a dubiedade procedimental, não apresenta violação a preceito fundamental se, e somente se, a tramitação processual guardar os limites próprios ao sistema acusatório (PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA/ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (PGR/MPF, 2020, p. 17).

Com a legitimação do MPF da possibilidade de abertura de inquérito pelo STF, com ressalvas para obedecer ao sistema acusatório e a aprovação do Inquérito 4.781 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, pode-se fazer algumas provocações para instigar o debate: é necessário para defender a democracia estremecer o sistema acusatória já estabelecido? As ações do STF são legítimas da democracia defensiva? Como o sistema legislativo vem se adaptando as novas formas de crimes com os usos das tecnologias? (correndo atrás do vento?)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro do aspecto da estrutura processual penal brasileira são estabelecidos diversos princípios, de modo, que o processo penal tenha a legitimidade e estabeleça a justiça, assim, os princípios do processo legal e da paridade das armas, são fundamentais, o primeiro enquanto forma do estabelecimento público de como ocorrerá o processo penal, oportunizando as partes conhecer como será o rito do processo. Já a paridade de armas, pode ser compreendida como o equilíbrio das partes em um processo.

Observando o processo 4.781 no âmbito do STF, houve e há muitos questionamentos sobre a sua legalidade, sobre o desequilíbrio da paridade de armas, todavia, com o aumento aos ataques a democracia e as suas instituições, principalmente no governo Bolsonaro, isso de certo modo fortaleceu a justificativa da existência do deste processo. Isso se asseverou com o processo eleitoral do ano de 2022.

Com a derrota do então Presidente Bolsonaro, pessoas simpatizantes do governo, iniciaram diversos ataques as instituições, agora elevando o nível da forma de violência, não mais apenas com palavras e vídeos em redes sociais. Mas com ataques violentos, considerados criminosos, a exemplo dos ocorridos nos atos de vandalismo e depredação ocorridos em 12 de dezembro de 2022, onde apoiadores do candidato derrota depredaram várias partes da Capital Federal. No dia 24 de dezembro de 2022 houve uma tentativa frustrada de explosão de caminhão de abastecimento no aeroporto de Brasília. E o mais infame ato foi os ataques as sedes dos três poderes da República ocorrida no dia 08 de janeiro de 2023.

O trabalho não buscou analisar os acontecimentos mais recentes, todavia, ainda cabe diversas análises dos limites legais dos inquéritos abertos no âmbito do Supremo Tribunal

Federal. Qual é o papel do STF no presente momento para a defesa da Constituição e da democracia? Cabe ao Estado brasileiro, no âmbito dos três poderes estabelecer a defesa do Estado Democrático de Direito, buscando assim, a justiça social e as garantias previstas na Constituição.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, C. S. *et al.* **Petição Eletrônica para manifestar acerca do não cabimento da presente ADPF, na linha do já defendido pelo PGR em seu Parecer de 24/10/19 – ADPF 572/STF**, Brasília: Supremo Tribunal Federal, 29 de maio de 2020, pp. 1-7. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5658808>. Acesso em: Dez. 2022.

BENEVIDES, L. G.; GUIMARÃES, V. S. **A inconstitucionalidade do inquérito penal nº 4.781/ STF: Inquérito contra “fake News” envolvendo Ministros do Supremo Tribunal Federal**. 18 f. 2019, Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – ALFAUNIPAC, Teófilo Otoni/MG, 2019. Disponível em: https://repositorio.alfaunipac.com.br/publicacoes/2019/132_a_inconstitucionalidade_do_inquerito_penal_no_4781stf_inquerito_contra.pdf. Acesso em: Dez. 2022.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, DF, ano 79. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.html. Acesso em: Dez. 2022.

DEZEM, G. M. **Curso de processo penal**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2017.

FERNANDES, T. R. M. Democracia Defensiva: Origens, conceito e aplicação prática. **RIL**, Brasília, a. 58 n. 230 p. 133-147 abr./jun. 2021.

LARA, V. E. D.; ANDRADE, P. H. **A inconstitucionalidade do inquérito das Fake News em face do princípio da imparcialidade e do sistema acusatório**. 20 f. 2021, Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Centro Universitário Una Betim, Betim/MG, 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/13945>. Acesso em: Dez. 2022.

LOPES JR., A. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LORENZETTO, B. M.; PEREIRA, R. R. O Supremo Soberano no Estado de Exceção: a (des) aplicação do direito pelo STF no âmbito do Inquérito das “Fake News” (Inquérito n. 4.781). **Sequência**, Florianópolis, n. 85, p. 173-203, ago. 2020. Disponível: <https://www.scielo.br/j/seq/a/3rd8dS8fb5j5pVH4rBbsfbB/?format=pdf&lang=ptt>. Acesso em: Dez. 2022.

OLIVEIRA, G. J. RÊGO, E. de C. Inquérito das *fake news* e democracia defensiva no Brasil. **Revista Consultor Jurídico**, 28 de agosto de 2022, 8h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-28/publico-pragmatico-inquerito-fake-news-democracia-defensiva-brasil>. Acesso em: Dez. 2022.

PACELLI, E. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA/ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (PGR/MPF). Nº **509/2019 – LJ/ PGR**. Brasília: Procuradoria Geral da República, 16 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/INQ4781.pdf>. Acesso em: Dez. 2022.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA/ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (PGR/MPF). **MEMORIAL ASSEP/PGR Nº 175760/2020**. Brasília: Procuradoria Geral da República, 04 de junho de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752884929&prcID=5658808#>. Acesso em: Dez. 2022.

ROBERTO, W. **A paridade de armas no processo penal brasileiro: uma concepção do justo processo**. 2011. 332 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2011.

SANTOS, D. M. **ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL com pedido de medida liminar – ADPF 572/STF**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 21 de março de 2019, pp. 1 – 23. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5658808>. Acesso em: Dez. 2022.

SILVA, N. L. **O princípio da paridade de armas como uma ficção jurídica no processo penal brasileiro** – Uma análise sobre a violação do princípio e suas consequências. 2018. 16 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Pós-Graduação Lato Sensu) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Portaria GP nº 69**. Brasília, DF: STF, 14 de março de 2019. Assunto: Abertura de Inquérito. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/comunicado-supremo-tribunal-federal1.pdf>. Acesso em: Dez. 2022.

VIEIRA, R. S. **Paridade de armas no processo penal: do conceito à aplicação no direito processual penal brasileiro**. 2009. 288 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CAPÍTULO 8

JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL: UM RISCO A DEMOCRACIA?

Marcello Rodrigues Siqueira
Suzana Rodrigues Floresta
Gabriell Rodrigues Floresta e Siqueira
Hellena Rodrigues Floresta e Siqueira

RESUMO

Esta pesquisa busca investigar a judicialização de políticas públicas no Brasil e, mais especificamente, conhecer suas causas e analisar suas relações com a questão da discricionariedade, *accountability* e democracia. Para tanto, optou-se por uma pesquisa de avaliação *ex post* ou somativa visando trabalhar com impactos e processos concentrando-se, sobretudo, na eficácia e no julgamento de valor geral. Portanto, do ponto de vista metodológico, trata-se de uma pesquisa teórico-empírica realizada a partir de diversas fontes, primárias e secundárias, bibliográficas, documentais e eletrônicas. A reconstituição histórica dos caminhos da judicialização de políticas públicas e suas análises demonstram que ela veio para ficar e, portanto, os gestores públicos terão de lidar com sua sistematicidade e manejá-la, encontrando mecanismos institucionais de diálogo com vistas à sua adequada produção e implementação.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização. Políticas Públicas. Discricionariedade. Accountability. Democracia.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, informa-se que existe uma ampla agenda de pesquisa a ser explorada sobre a *Judicialização de Políticas Públicas no Brasil*. Mas, segundo Oliveira (2019), alguns temas merecem a atenção da academia e das pesquisas futuras. A saber: 1) As causas da judicialização, para além das falhas de implementação; 2) Os processos de judicialização de políticas públicas nas diferentes regiões do país; 3) Os mecanismos de *enforcement* das decisões judiciais; 4) A relação entre os movimentos sociais com a judicialização de políticas públicas; e 5) A questão da discricionariedade, *accountability* e democracia nos processos de judicialização de políticas públicas.

Considerando a impossibilidade de tratar de todos os temas apontados anteriormente por Oliveira (2019), buscar-se-á no âmbito desta pesquisa conhecer as possíveis causas da judicialização de políticas públicas no Brasil e analisar suas relações com a questão da discricionariedade, *accountability* e democracia.

Acredita-se que escolha do tema se justifica porque o interesse jurídico pelas políticas públicas vem crescendo em simetria com o agigantamento do Poder Executivo, fenômeno iniciado no Estado social. Tal fato, conforme Oliveira (2008),

[...] justifica um reexame da classificação tradicional dos poderes estatais, baseada na supremacia do Poder Legislativo e no papel secundário do Poder Executivo, deslocando o lugar de destaque da lei para as políticas públicas, ou seja, do Estado legislativo para o Estado social, que tem na realização de finalidades coletivas a sua principal fonte de legitimidade (OLIVEIRA, 2008, p. 2808).

Assim, pode-se dizer que as políticas públicas representam os instrumentos de ação dos governos, numa clara substituição do "governo por leis" pelo "governo por políticas". É através das políticas públicas que o Estado organiza suas metas e estabelece sua estratégia de governo, priorizando valores de acordo com seus ideais, desde que se observe os imperativos constitucionais.

Arruda Neto (2015) em sua obra intitulada *Direito das Políticas Públicas* investigou questões ligadas ao controle das chamadas políticas públicas, em análise transdisciplinar e, portanto, complexa da Ciência Jurídica e Administrativa. Logo no início, o autor apresentou uma definição de políticas públicas da qual se compartilha no âmbito da presente pesquisa. A saber:

[Políticas Públicas] são aqui definidas como diretrizes estatais, de status constitucional e/ou legal, e exteriorizadas em sequência de atos administrativos praticados com uma finalidade coletiva de realização de direitos fundamentais de segunda, terceira e quarta gerações, e que se implementam por meio de prestação de serviços públicos à população. As políticas públicas dentro dessa concepção dizem respeito, sobretudo, aos direitos fundamentais de cunho prestacional (ARRUDA NETO, 2015, p. 20, grifo nosso).

Problematizando o conceito, observa-se que o controle de políticas públicas representa uma evolução ao controle do ato administrativo que hoje perdeu a centralidade nos estudos do Direito Administrativo pátrio que evoluiu no sentido de dar primazia ao processo administrativo e, mais hodiernamente, às políticas públicas como forma de exteriorização do atuar estatal.

Percebe-se que o controle centrado na ideia de invalidação de atos administrativos ilegais se afigura como pontual e, via de regra, *ex post facto* – quando o ato administrativo já começou a produzir os seus efeitos – enquanto o controle de políticas públicas tem a característica de ser mais abrangente e, desse modo, goza de maiores possibilidades de efetividade jurídico-social por meio da correção dos rumos e diretivas adotados pelo Estado-Administração (ARRUDA NETO, 2015, p. 20).

Considerando que o poder público no Brasil tem historicamente falhado na concretização dos direitos fundamentais, e que isso gera violação frontal à confiança legítima depositada pela coletividade na realização dos deveres estatais de natureza primordialmente social, percebe-se que a dinâmica funcional das políticas públicas que dizem respeito à sua formulação, vigência, processamento e implementação necessita ser mais bem fiscalizada, avaliada e, finalisticamente, controlada (ARRUDA NETO, 2015, p. 22).

Nesse sentido, a judicialização de políticas públicas pode ser entendida como a crescente utilização do sistema de justiça nos casos em que a atuação dos poderes Legislativo e/ou Executivo é percebida por atores políticos e sociais como falha, omissa ou insatisfatória (OLIVEIRA; COUTO, 2016). Uma vez acionados, respondem interferindo em questões políticas variadas, como temas controversos não decididos, regras do jogo político partidário, divisão de poderes na federação, etc. Somando-se a isso, promove adaptações institucionais, bem como reflexos nos outros poderes e instituições, por meio das interações resultantes do processo de judicialização.

E a questão torna-se ainda mais complexa quando se adiciona ao tema da judicialização de políticas públicas discussões relacionadas a discricionariedade, *accountability* e democracia.

Assim, uma das questões a ser explorada aqui é a discricionariedade do STF, entendido como espaço privilegiado de análise, ao definir o que deve o gestor público fazer, e o quanto essa autonomia pode ser (ou é) um limitador da discricionariedade do próprio gestor em definir suas prioridades em termos agenda de governo e de implementação de políticas públicas.

Outra questão a ser adicionada ao tema, discutido por Oliveira e Couto (2016), é a *accountability* e controle sobre os profissionais do direito. Para estes autores, “a intensa interferência judicial na política pode se constituir num risco à democracia, na medida em que confere a um poder não eleito (e, por isso, insuscetível ao controle democrático do voto) a capacidade de alterar um *status quo* produzido por agentes públicos eleitos” (OLIVEIRA; COUTO, 2016, p. 2)

Quanto a questão da democracia, Mounk (2016) percebe que novas figuras políticas têm tomado o palco político de assalto. Eleitores clamam por políticas públicas que até o dia anterior eram impensáveis. Tensões sociais que por muito tempo fervilharam sob a superfície vêm à tona numa explosão terrível. O sistema de governo que antes parecia inabalável dá sinais de que vai desmoronar. É o tipo de momento em que se vive hoje.

Em suma, compreender como essas questões influenciam as instituições envolvidas nos processos de judicialização de políticas públicas é uma agenda de pesquisa ainda pouco explorada, mas que se pretende levar a diante aqui.

Para tanto, serão adotados vários procedimentos metodológicos necessários para se obter respostas aos questionamentos e aos objetivos propostos. Segundo Chizzotti (1995, p. 11), “a pesquisa investiga o mundo em que o homem vive e o próprio homem”. Portanto, a

pesquisa só existe com o apoio de procedimentos metodológicos adequados, que permitam a aproximação ao objeto de estudo.

De certa forma, a intenção aqui é realizar uma pesquisa de avaliação (*evaluation research*) *ex post* ou somativa visando trabalhar com impactos e processos concentrando-se, sobretudo, na eficácia e no julgamento de valor geral. Serão consideradas duas abordagens: a objetiva e a subjetiva. A primeira, geralmente, é mensurada através de informação disponível sob a forma de indicadores. Quanto à abordagem subjetiva, é expressa pelos seres humanos e, sistematizada através de informação provocada mediante inquéritos aplicados a um conjunto de respondentes.

2. POSSÍVEIS CAUSAS E ENFRENTAMENTOS

Inúmeras são as causas da judicialização de políticas públicas. Inúmeras também são as doutrinas e entendimentos. Barroso (2014, p. 3-4), por exemplo, aponta três principais causas da judicialização: “a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade”. Oliveira (2019, p. 36), por sua vez, faz o seguinte alerta: “sabe-se pouco sobre as causas da judicialização, para além das falhas de implementação” destacando-se apenas algumas hipóteses. A saber:

Em pesquisa sobre a judicialização das vagas em creches, por exemplo, Silveira, Ximenes e Oliveira (2015) verificam que municípios com baixas taxas de cobertura não são os que apresentam os volumes mais elevados de judicialização. Algumas hipóteses podem ser aventadas, como ausência ou debilidades da DP ou do MP no município ou região, ou desconhecimento da população desse canal de busca por direitos, no caso da baixa judicialização; em contrapartida, pode-se supor uma postura proativa de promotores ou defensores, onde a judicialização é elevada. Estas são, todavia, apenas hipóteses ainda não exploradas pela literatura (OLIVEIRA, 2019, p. 36).

Ainda conforme a referida autora, outro ponto a ser observado, relacionado com o anterior, é a existência de uma grande lacuna no entendimento sobre os processos de judicialização de políticas públicas nas diferentes regiões do país, tanto em termos de causas quanto de efeitos.

Há uma significativa concentração de estudos empíricos sobre estados e municípios do Sul e Sudeste, mas pouco se conhece sobre processos, mecanismos e atores da judicialização no Centro-Oeste, Norte e Nordeste do país. Ademais, diferenças territoriais são pouco exploradas. Luciana Gross Cunha e Fabiana Luci de Oliveira demonstram que os residentes de capitais acionam mais o Judiciário do que moradores de outras localidades (OLIVEIRA, 2019, p. 36-37).

Dessa forma, é plausível supor que demandas judiciais em termos de insumos, serviços e políticas públicas são territorial e socioeconomicamente determinadas, variando regionalmente. Futuras pesquisas empíricas poderão aprofundar essas questões.

Mas, se as causas da judicialização de políticas públicas são inúmeras e devem ser verificadas caso a caso, uma coisa é certa: “se a presença das instituições judiciais no processo de políticas públicas é cada vez maior, conforme os trabalhos aqui apresentados demonstram, urge conhecermos quais são os mecanismos de *enforcement* das decisões judiciais” (OLIVEIRA, 2019, p. 37).

Talvez, este seja o principal enfrentamento. Afinal, se as decisões judiciais acerca de políticas públicas são sistematicamente desconsideradas ou descumpridas pelos atores políticos, a via judicial deixa de ser um caminho a ser percorrido para a garantia de direitos. Daí, a necessidade de acompanhamento do cumprimento das decisões judiciais, entendida aqui como uma etapa fundamental do ciclo de judicialização de políticas públicas, porque esta não se completa se a decisão não é implementada – se o leito hospitalar, a vaga em creche não é obtida, os efeitos são nulos, do ponto de vista do requerente (ainda que não o seja do ponto de vista do gestor).

Relacionada a essa questão verifica-se ainda, a possibilidade de aplicabilidade da sanção prevista. Todavia, no caso das multas pelo descumprimento de decisão judicial acerca de políticas públicas, tem-se percebido que estas tem variado de maneira aleatória, independentemente do orçamento e, inclusive, algumas tem sido aplicadas contra o ente federativo, ao passo que outras tem recaído sobre o próprio gestor público.

Diante deste quadro, marcado pelas incertezas e insegurança jurídica, duas reações à judicialização de política pública se destacam.

Por um lado, é aplaudida por aqueles que acreditam que tais decisões fazem justiça em situações em que o Estado se omite, ou em que é ineficiente na prestação destes direitos. Outros, amparados por estudos empíricos, argumentam que tais decisões são injustas e regressivas: desconsideram os efeitos econômicos diretos e indiretos na prestação das políticas públicas para a população, e beneficiam parcela da população que dispõe de recursos para acionar o judiciário. De acordo com esta visão, o Judiciário não seria o poder mais competente, tampouco legítimo, para decidir sobre políticas públicas (SILVA; TERRAZAS, 2011; FERRAZ, 2013; WANG, 2018; MENDES, 2019, p. 103-104).

Haveria, portanto, problemas de legitimidade e capacidade técnica ligados à interferência do Judiciário na implementação de políticas públicas. Nas palavras do autor,

O primeiro é a legitimidade. A definição de políticas públicas envolve escolhas alocativas que não são reguladas pelo direito e envolvem dilemas distributivos. Teorias da democracia buscam oferecer procedimentos de decisão coletiva para alcançar politicamente distribuições legítimas. Se a regra da maioria e a representação parlamentar são alternativas imperfeitas, a imposição judicial de preferências controversas pode magnificar a imperfeição.

O segundo problema é a capacidade técnica da corte. Políticas públicas fazem opções por critérios de prioridade e afetam ou beneficiam de forma distinta uma

multiplicidade de pessoas. Na adjudicação, ao contrário, o que se pede são prestações precisas, de sujeitos bem determinados, em relação a pessoas específicas. Questões distributivas são potencialmente desnaturadas e distorcidas no foro judicial (MENDES, 2019, p. 104).

É oportuno frisar que, embora exerça função contramajoritária, há pois duas justificativas para que o Supremo Tribunal Federal possa exercê-la. Sobre essa questão, assim afirmou Luís Roberto Barroso:

A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária. Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo? Há duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica (BARROSO, 2012, p. 28).

Quanto à capacidade técnica da corte, Nunes Júnior (2019) afirma que o grande enfrentamento diz respeito ao “ativismo judicial” e, por isso mesmo, não se deve confundi-lo com o “maior protagonismo do Poder Judiciário” evidenciado na judicialização de políticas públicas. Segundo este autor,

Este último é uma consequência natural do neoconstitucionalismo, já que o Judiciário, como “guardião da Constituição”, tem o dever de garantir a sua força normativa, questionando os atos e as omissões do Poder Público que descumprem os ditames constitucionais. Todavia, o primeiro (o ativismo) é o exagero, a ação desmesurada do Poder Judiciário. Enquanto o ativismo pode ser acusado de violar a “separação dos Poderes”, o protagonismo do Poder Judiciário pode ser visto como um avanço na implementação dos direitos fundamentais (como no controle das políticas públicas) e na consecução de sua função contramajoritária (nome criado por Alexander Bickel), assegurando os direitos fundamentais de uma minoria, ainda que contra a vontade de uma maioria episódica (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 95).

Destaca-se ainda que uma reação ao ativismo judicial é o “efeito backlash”²⁵. Exemplo recente ocorreu no Brasil em outubro de 2016, quando o STF julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4.983, declarando inconstitucional a Lei estadual cearense n. 15.299/2013, que regulamentava a vaquejada, por considerar tal prática esportiva e cultural uma espécie de crueldade aos animais. Mas, a polêmica decisão ensejou forte reação social (sobretudo nos estados em que a prática da vaquejada ocorria) e reação política, culminando

²⁵ A palavra *backlash* pode ser traduzida como uma forte reação por um grande número de pessoas a uma mudança ou evento recente, no âmbito social, político ou jurídico. Assim, o “efeito backlash” nada mais é do que uma forte reação, exercida pela sociedade ou por outro Poder a um ato (lei, decisão judicial, ato administrativo etc.) do poder público. No caso do ativismo judicial, como afirma George Marmelstein, “o efeito backlash é uma espécie de efeito colateral das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo”. Nas palavras do brilhante professor de Harvard Cass Sunstein, o efeito backlash é uma “intensa e sustentada rejeição pública a uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas para resistir a essa decisão e remover sua força legal” (Cf. NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de direito constitucional*. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 95-96).

com a edição da Emenda Constitucional n. 96/2017, que acrescentou o §7º ao art. 225 da Constituição Federal, segundo o qual “não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais [...]”.

Da mesma forma, pode ser verificado o efeito backlash contra a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar (ADPF 132 e ADI 4.277). O Congresso Nacional discute a aprovação do “Estatuto da Família” (Projeto de Lei n. 6.583/2012, de autoria do deputado Anderson Ferreira, do PR-PE), já aprovado em Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Segundo o art. 2º desse projeto de lei: “define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável”.

Em outras palavras, se pode dizer que o efeito backlash é uma reação majoritária contra uma decisão contramajoritária. Isso porque muitas vezes o Judiciário, para tutela dos direitos das minorias, acaba contrariando o interesse da maioria (exemplo: reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar). Em alguns casos, a maioria, inconformada com a decisão, reage social, política e juridicamente contra a decisão: uma reação majoritária a uma decisão contramajoritária. Por exemplo, o Estatuto da Família é uma reação majoritária a uma decisão contramajoritária do STF, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar (ADPF 132 e ADI 4.277).

Diante de situações como estas, uma questão vem sendo levantada pela doutrina: deve o Judiciário se atentar ao possível efeito backlash para proferir suas decisões ou deve apenas e tão somente decidir de acordo com suas convicções, pouco se importando com eventuais reações?

Segundo Nunes Junior (2019, 96), “embora o Poder Judiciário seja o principal protagonista na interpretação constitucional, não pode deixar de ouvir os demais intérpretes da Constituição, que podem se manifestar através do efeito backlash”. Dessa maneira, o efeito backlash seria uma hipótese de “engajamento popular na discussão de questões constitucionais e não é apenas legítimo dentro dessa perspectiva, mas pode contribuir, também, para o próprio fortalecimento do princípio democrático”.

Neste momento, é oportuno lembrar que, embora deva ser ponderado o efeito backlash no momento das decisões judiciais, tal fato deve ser visto como um dos elementos interpretativos, mas não o único. Isso porque é possível que o STF profira uma decisão contramajoritária em defesa de certas minorias, contrariando o interesse da maioria. Dessa

forma, é preciso considerar que democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal, a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contramajoritária, em última instância, é o próprio Poder Judiciário.

Aliás, o próprio STF mencionou expressamente a necessidade de ponderar o efeito backlash como elemento interpretativo e democrático de sua decisão:

Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de **instância contramajoritária** de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular (ADC 29/DF, voto do Min. Luiz Fux, 9-11-2011, grifo nosso).

Dessa maneira, o juiz pode, levando-se em conta possíveis reações sociais à sua decisão (efeito backlash), ter a devida ponderação no processo decisório para evitar o conflito desnecessário. Não obstante, esse não deve ser o parâmetro principal de sua decisão. Afinal, o constitucionalismo democrático sugere que evitar o conflito não deve ser uma restrição significativa quanto às decisões judiciais, chegando a impor-se sobre a melhor compreensão profissional de um juiz de direito constitucional.

3. QUESTÕES RELATIVAS À DISCRICIONARIEDADE E *ACCOUNTABILITY*

De acordo com Mendes (2019), não há dúvidas de que o Supremo Tribunal Federal (STF) é o espaço institucional onde se concentra a judicialização de maior envergadura e repercussão na democracia brasileira. Por isso mesmo, no âmbito desta pesquisa, optou-se por concentrar a análise no papel e atuação do STF. Assim,

Se a Constituição de 1988 (CF/88) é um motor de judicialização (na sua acepção abrangente que inclui *policies*, *politics* e a própria *polity*) e, entre outras escolhas, deu densidade normativa às metas de bem-estar social, é natural que o tribunal de cúpula seja o ponto culminante desse processo de vocalização de argumentos constitucionais em múltiplos níveis do sistema judicial. Judicializações de diversos tipos vêm sendo desencadeadas: do conflito entre os poderes, das relações federativas, da política pública (MENDES, 2019, p. 90).

Este autor, observa-se ainda que o sistema vigente é produto final de uma cadeia histórica de decisões constituintes, legislativas e jurisprudenciais, e não modelo construído por meio de único cálculo institucional abrangente, ou de um fiat localizado no tempo e no espaço.

Esta evolução histórica tem três marcos temporais importantes: em 1891, a primeira Constituição republicana cria o controle difuso em paralelo à instituição STF; em 1965, por meio de emenda à Constituição de 1946, soma-se o controle concentrado, que só pode ser acionado pelo procurador-geral da República; a Constituição de 1988, por fim, dentre outras mudanças importantes, amplia os legitimados para provocar o controle concentrado, o que permite, pela primeira vez, a participação de variados atores sociais na jurisdição constitucional abstrata (art. 103) (MENDES, 2019, p. 93).

O modelo brasileiro, portanto, obedeceu a uma lógica gradual de construção. Nasceu difuso, na acepção mais pura, e caminhou na direção da concentração jurisdicional no STF, sem ter suprimido o elemento difuso original. Uma corte mais poderosa e mais acessível, combinada com um texto constitucional multitemático e de textura aberta: esse é o atual cenário institucional e argumentativo para as disputas de significado constitucional.

Desde o início dos anos 2000, o STF habituou-se a ser retratado, publicamente, como um dos atores responsáveis pelos principais avanços no campo dos direitos fundamentais.

Nos primeiros 25 anos da CF/88, e antes que o STF tivesse parte do seu capital político chacoalhado pela centralidade que passou a ocupar numa prolongada turbulência política do país, sobretudo em decorrência do caso do Mensalão, da Operação Lava-Jato e da deposição de Dilma Roussef, decisões paradigmáticas lhe deram um lugar celebrado na proteção de direitos: a autorização da união homoafetiva (ADPF n. 132/2011), a validação de programas de ação afirmativa (ADI n. 3.330/2012), a permissão da interrupção terapêutica da gravidez de fetos anencéfalos (ADPF n. 54/2012), a validação de pesquisas com células-tronco (ADI n. 3.510/2008), a intervenção em políticas de saúde para oferecimento de variados tratamentos e remédios (PET 1.246/1997, por exemplo), o direito de greve de servidores públicos (MI 670/2007), entre outras. Algumas questões constitucionais de alta carga moral, que tinham mínima probabilidade de serem aprovadas pelo Congresso, foram acolhidas pelo STF (MENDES, 2019, p. 100-101).

No campo dos direitos e moralidade pública, o conservadorismo religioso de certos partidos que têm integrado a coalizão governamental sempre ofereceu grande resistência à agenda de avanços nos direitos fundamentais. Mas, apesar do “diagnóstico de ativismo”, em geral inspirado por uma concepção de separação de poderes há muito problematizada pela teoria e pela prática constitucionais, acredita-se que o STF não enfrentou resistência política consistente ao longo dos primeiros 25 anos da Constituição.

Um exemplo importante de reação que começou a ser esboçada pelo Congresso Nacional foi a proposta de emenda constitucional (PEC n. 33/2011)²⁶ com o objetivo de aumentar o quórum para declaração de inconstitucionalidade (de maioria simples para $\frac{3}{4}$), e permitir consulta popular, a ser iniciada pelo Parlamento, nos casos em que o STF declarasse inconstitucionalidade de emendas constitucionais. Segundo Mendes (2019, p. 101), “a proposta foi entendida como retaliação, pela coalizão governamental, à decisão no caso do *Mensalão*²⁷”.

²⁶ Curiosamente, a PEC 33 foi apresentada no dia 25/05/2011 pelo Deputado Nazareno Fonteles (PT), exatamente 20 dias após a decisão do STF que, julgando a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. Na época, especulou-se que fosse uma reação da bancada religiosa da Câmara em represália à Decisão do Supremo. Segundo a justificação, a função precípua da PEC 33 seria restaurar o equilíbrio entre os poderes. Logo, visava fortalecer o Poder Legislativo restaurando a sua competência legislativa plena, além de reestruturar os mecanismos que o Judiciário dispõe para exercer o controle de constitucionalidade.

²⁷ Assim ficou conhecido e popularizado o esquema de compra de votos de parlamentares, deflagrado no primeiro mandato do governo de Luís Inácio Lula da Silva (PT - Partido dos Trabalhadores). Em agosto de 2007, mais de dois anos após ser denunciado o esquema, o STF (Supremo Tribunal Federal) acatou a denúncia da Procuradoria Geral da República e abriu processo contra quarenta envolvidos no escândalo do Mensalão. Entre os réus, estão: José Dirceu, Luiz Gushiken, Anderson Aduato, João Paulo Cunha, Marcos Valério, Roberto Jefferson, os quais responderam por crime de corrupção passiva e ativa, formação de quadrilha, lavagem de dinheiro, entre outros.

Muito se discutiu acerca da inconstitucionalidade da proposta e, entre idas e vindas, acabou sendo arquivada ao final da Legislatura (art. 332 do RISF) em 21/12/2018.

De lá pra cá muita coisa mudou e as críticas ao STF cresceram exponencialmente, principalmente, no governo de Jair Messias Bolsonaro (2019-2022). O presidente participou em várias manifestações populares contra o Supremo Tribunal Federal e chegou, inclusive, a encaminhar pedido pessoal de impeachment contra o ministro Alexandre de Moraes. Estes fatos ficaram marcados nas comemorações do 07 de setembro de 2022 quando faixas de manifestantes pediam intervenção no STF e impeachment de ministros.

Apoiadores do presidente Jair Bolsonaro que participam do evento de comemoração do 7 de Setembro em Brasília exibiram faixas com mensagens de ataques ao Supremo Tribunal Federal (STF) e pedidos de intervenção militar. Um dos cartazes colocados em uma das arquibancadas na Esplanada dos Ministérios dizia, por exemplo, "intervenção no STF". Outra faixa solicitava que o presidente Jair Bolsonaro acione as Forças Armadas para "colocar ordem nesse país".

A possibilidade de que o evento do 7 de Setembro resultasse em atos antidemocráticos chegou a motivar o ministro Alexandre de Moraes a determinar uma operação de busca e apreensão, no mês passado, contra oito empresários bolsonaristas que seriam suspeitos de financiar esses atos. A ação acirrou o clima com o presidente Jair Bolsonaro, que passou a fazer críticas à operação e defender publicamente os empresários.

No ano passado, a Procuradoria-Geral da República (PGR) identificou que manifestantes pretendiam fechar estradas para pedir a deposição e o impeachment de ministros do STF, por isso deflagrou uma investigação contra os líderes do movimento. Na ocasião, o líder caminhoneiro Marcos Antônio Pereira Gomes, o Zé Trovão, teve a prisão decretada pelo ministro Alexandre de Moraes, mas fugiu para o México.

Em 2020, Bolsonaro participou de um evento de comemoração ao dia do Exército, em 19 de abril, também marcado por ataques às instituições. Por isso, a PGR pediu a abertura de um inquérito para apurar a organização e o financiamento desses atos antidemocráticos (EXTRA GLOBO, 2022).

De acordo com Cunha, Oliveira e Buzolin (2020, p. 10), ainda durante a campanha para a eleição presidencial de 2018, Jair Bolsonaro já se apresentava como resistente às regras democráticas, ao declarar que só aceitaria o resultado das eleições se fosse o vencedor.

Mesmo sendo eleito, a todo momento afirma, sem provas, que o sistema de voto eletrônico brasileiro não é confiável e que o processo eleitoral que o elegeu foi fraudulento. Da mesma forma, tem uma relação conturbada com a imprensa, denunciando-a de mentirosa e corrupta. Em 2020, nos piores momentos da pandemia, o chefe do Executivo se comportou de forma contrária às regras de distanciamento social e uso de máscara, incitando a desobediência civil e a autoridade de governadores e prefeitos (CUNHA; OLIVEIRA; BUZOLIN, 2020, p. 10).

Com relação a direitos e garantias institucionais, também não surpreendem as investidas de Bolsonaro contra a agenda de direitos relacionados à proteção do meio ambiente, de grupos indígenas e minorias sociais, ao delinear reformas e políticas contrárias ao caráter inclusivo e pluralista da Constituição.

Isso pode ser verificado ao menos nas duas denúncias apresentadas por organizações da sociedade civil brasileira ao **Tribunal Penal Internacional contra Bolsonaro**: uma delas diz respeito à incitação ao genocídio de povos indígenas por parte do executivo federal, e outra, apresentada em 2020, denuncia o governo por **crimes contra a humanidade e genocídio** devido a sua postura diante da pandemia de covid-19, além das representações apresentadas na ONU (CUNHA, OLIVEIRA e BUZOLIN, 2020, p. 11, grifo nosso).

Ainda conforme as referidas autoras, o que se vivenciou no Brasil foi um governo que incita o extremismo e a violência, chamando de “inimigos da pátria” aqueles que não concordam com as suas atitudes, ameaçando e coibindo direitos humanos fundamentais, base da participação democrática e pilar do estado democrático de Direito.

Nesse cenário, Cunha, Oliveira e Buzolin (2020) afirmam que a postura do STF tem sido fundamental para coibir atos e comportamentos antidemocráticos, tendo se tornado “um espaço de resistência” afim de garantir alguma segurança jurídica.

No que se refere à atuação do STF no governo Bolsonaro, embora o período de análise seja curto (19 meses), os dados da movimentação processual em controle concentrado de constitucionalidade, sobretudo no que concerne à judicialização das políticas no combate à pandemia, permitem identificar que o Tribunal vem sendo acionado por partidos da oposição e por atores críticos à postura presidencial como ponto de veto a essas políticas, podendo caracterizar o tribunal como um espaço de resistência onde as forças políticas de oposição conseguem vocalizar suas reivindicações (CUNHA; OLIVEIRA; BUZOLIN, 2020, p. 15).

Conforme as referidas autoras, no período 2019 – 2020 os partidos políticos foram responsáveis pela maior parte das ações de controle concentrado de constitucionalidade (52%), levando para o STF temas de embate político, o que “caracteriza a continuidade da judicialização da política”. Nesse período também prevaleceu o questionamento de atos do poder executivo: 62,1% das ações questionaram medidas provisórias, atos administrativos, decretos, portarias e resoluções ministeriais, além de instruções normativas (Cf. CUNHA, OLIVEIRA; BUZOLIN, 2020, p. 15).

Dessa forma, pode-se afirmar que o STF tem se notabilizado nas últimas décadas por intervenções frequentes nas mais diversas áreas de políticas públicas do país. Tem atuado na fiscalização e controle de serviços de relevância pública em todos os níveis da federação, da União aos estados e municípios.

Não obstante, as críticas também tem se acumulado. Na experiência da judicialização de políticas públicas, o STF parece ainda oscilar entre dois polos de uma camisa de força binária:

[...] a deferência à escolha política ou a concessão integral do pedido à luz do direito invocado. Entre os dois polos desse chamado “dilema da justiciabilidade”, a experiência do STF não parece ter buscado modelos intermediários para calibrar sua intervenção. Vem recebendo, por essa razão, importantes críticas que, a partir da análise de experiências estrangeiras de judicialização, tais como a colombiana e sul-africana, pedem ao STF a construção de formas mais criativas de interação com os outros poderes (MENDES, 2019, p. 105).

Segundo o referido autor, a possibilidade de um debate mais inovador sobre as capacidades institucionais do STF no campo das políticas sociais depende também de que o próprio tribunal transcenda a opção por um dos polos e experimente saídas mais interativas (também chamadas de “dialógicas”). Portanto, atuando entre a complacência e o fatalismo, de um lado, e a retórica heroica, de outro, que pode gerar distorções e realocações regressivas de recursos, o STF ainda não encontrou um terceiro caminho.

Soma-se a isso a ausência de mecanismos de controle externo dos agentes do sistema de justiça. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), criado em 2005, é formado em sua ampla maioria por membros do próprio Judiciário, constituindo-se apenas como instrumentos de controle interno.

Um terceiro elemento que amplia o problema da ausência de mecanismos de controle é a falta de transparência do Judiciário na publicização de informações, como salários dos juízes, processos administrativos contra os operadores do direito, dentre outros aspectos. Portanto, como afirmam Oliveira e Couto (2016, p. 5), “é imenso o insulamento dessa burocracia dotada de prerrogativas de um poder de Estado, que desfruta de uma autonomia maior do que aquela esperada pelos que teorizaram originalmente sobre os mecanismos de freios e contrapesos do poder estatal”.

4. UM RISCO A DEMOCRACIA?

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), o mundo contemporâneo, constituído por 193 países, é não democrático, em razão da falta de qualidade das democracias. Nesse contexto, o *Democracy Index*, um dos principais indicadores internacionais sobre a democracia, o qual é publicado anualmente pela revista *The Economist*, tem evidenciado alterações democráticas globais:

[...] apenas 4,5% das pessoas do mundo vivem em uma ‘democracia plena’. A pontuação global permaneceu estável em 2018 pela primeira vez em três anos. Apenas 42 países experimentaram um declínio, em comparação com 89 em 2017. Já, 48

melhoraram”. Ainda, segundo o Democracy Index, “quase metade dos países do mundo podem ser considerados democracias de algum tipo. Em razão do conturbado processo eleitoral, os Estados Unidos da América (EUA) foram rebaixados de uma ‘democracia plena’ para uma ‘democracia defeituosa’ (THE ECONOMIST, 2018, p. 1).

A partir de 2020, a mesma revista identificou novas alterações tendo afirmado que a pandemia do Covid-19 causou uma reversão sem precedentes nas liberdades democráticas.

Global democracy continuou seu declínio em 2020, de acordo com a última edição do Democracy Index de nossa empresa irmã, The Economist Intelligence Unit. A pesquisa anual, que avalia o estado da democracia em 167 países com base em cinco medidas – processo eleitoral e pluralismo, funcionamento do governo, participação política, cultura política democrática e liberdades civis – revela que apenas 8,4% da população mundial vive em uma democracia plena, enquanto mais de um terço vive sob regime autoritário. A pontuação global de 5,37 em dez é a mais baixa registrada desde o início do índice em 2006 (THE ECONOMIST, 2021, p. 1).

Mais recentemente, Repucci e Slipowitz (2022) afirmaram que a liberdade global enfrenta uma ameaça terrível e, em todo o mundo, os inimigos da democracia liberal estariam acelerando seus ataques.

Os regimes autoritários tornaram-se mais eficazes na cooptação ou burla das normas e instituições destinadas a apoiar as liberdades básicas e na prestação de ajuda a outros que desejam fazer o mesmo. Em países com democracias estabelecidas há muito tempo, as forças internas exploraram as deficiências em seus sistemas, distorcendo a política nacional para promover o ódio, a violência e o poder desenfreado. Os países que lutaram no espaço entre democracia e autoritarismo, entretanto, estão cada vez mais inclinados para o último. A ordem global está se aproximando de um ponto de inflexão. **A atual ameaça à democracia é o produto de 16 anos consecutivos de declínio na liberdade global.** Um total de 60 países sofreram declínios no ano passado, enquanto apenas 25 melhoraram. Atualmente, cerca de 38 por cento da população global vive em países Não Livres, a maior proporção desde 1997. Apenas cerca de 20 por cento vivem agora em países Livres (REPUCCI;SLIPOWITZ, 2022, p. 1, grifo nosso).

Diante deste quadro pouco animar, os especialistas se dividem. Para uns, a democracia estaria enfrentando uma “era de desilusão”, no sentido de que, conforme Fukuyama (2015, p. 18), “o desempenho das democracias ao redor do mundo tem deixado a desejar nos últimos anos”. Para outros, como Levitsky e Ziblatt (2018, p. 56-57), “uma maneira alternativa de entender o século XXI, não como um colapso, mas sim como período no qual deve ser exaltada a resiliência da democracia”. E ainda há aqueles, como Corte e Malinowski (2019), por exemplo, que afirmam estar ocorrendo um “esvaziamento da democracia” no século XXI. Nas palavras dos autores,

Qualquer país que formalmente reconheça-se ou que seja internacionalmente reconhecido como uma democracia, está enfrentando, contemporaneamente, o esvaziamento da democracia, em razão de diversas causas. Isso significa que a democracia é diretamente afetada pelos problemas da realidade contemporânea precisando dar respostas a eles, o que não tem conseguido, colocando em dúvida a possibilidade de sobrevivência de sua constituição (CORTE; MALINOWSKI, 2019, p. 4).

Mas, para além das divergências sobre desilusão, resiliência ou esvaziamento, acredita-se que a demanda popular por democracia continua forte. Entretanto, é fundamental uma compreensão correta do que ela é para se evitar certos usos e abusos. Por exemplo,

A palavra democracia tem sido aplicada, com ou sem razão, a estados de todos os tipos, desde a “República Popular Democrática” da Coreia do Norte até as políticas mais livres da Escandinávia. Um editorial conjunto de dezembro de 2021 dos embaixadores russo e chinês nos Estados Unidos chamou ambas as ditaduras de “democráticas”. A apropriação indébita da palavra é uma prova do apelo generalizado da democracia. No entanto, essa prática infeliz gerou confusão, permitindo que os oponentes reivindicassem simultaneamente credenciais democráticas e argumentassem que as democracias reais são ineficazes ou hipócritas (REPUCCI; SLIPOWITZ, 2022, p. 1).

Vejamos o caso do Brasil. De acordo com o art. 1º da Constituição Federal de 1988, constitui-se em “Estado Democrático de Direito”.

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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

Mas, quão democrático tem sido o Brasil? Esta democracia está em risco? Na avaliação mais recente, divulgada em fevereiro de 2022, o *Democracy Index*²⁸ 2021 reportou que a

²⁸ O Índice de Democracia (*Democracy Index* no original em inglês) é um índice criado em 2006 pela revista *The Economist* para examinar o estado da democracia em 167 países. A *The Economist* avalia os países em cinco critérios: processo eleitoral e pluralismo, funcionamento do governo, participação política, cultura política e liberdades civis, com cada um dos itens recebendo notas que vão de 0 a 10. Após a avaliação dos cinco itens, os países são classificados em "democracias plenas", "democracias imperfeitas", "regimes híbridos" (todos considerados democracias) e "regimes autoritários" (considerados governos ditatoriais). As democracias plenas são nações onde as liberdades civis e as liberdades políticas fundamentais não são apenas respeitadas, mas também reforçadas por uma cultura política que conduz à prosperidade dos princípios democráticos. Essas nações têm um sistema válido de freios e contrapesos governamentais, um judiciário independente cujas decisões são aplicadas, governos que funcionam adequadamente e mídia diversificada e independente. Essas nações têm apenas problemas limitados no funcionamento democrático. Democracias imperfeitas ou defeituosas são nações onde as eleições são justas e livres e as liberdades civis básicas são respeitadas, mas podem ter problemas (por exemplo, violação da liberdade de mídia e repressão menor de oposição e críticos políticos). Essas nações têm falhas significativas em outros aspectos democráticos, incluindo cultura política subdesenvolvida, baixos níveis de participação na política e problemas no funcionamento da governança. Os regimes híbridos são nações com fraudes eleitorais regulares, impedindo que sejam democracias justas e livres. Essas nações geralmente têm governos que exercem pressão sobre a oposição política, judiciários não independentes, corrupção generalizada, assédio e pressão sobre a mídia, estado de direito anêmico e falhas mais pronunciadas do que democracias imperfeitas nos domínios da cultura política subdesenvolvida, níveis baixos de participação na política e questões de funcionamento da governança. Regimes autoritários são nações onde o pluralismo político é inexistente ou severamente limitado. Essas nações são muitas vezes monarquias ou ditaduras absolutas, podem ter algumas instituições convencionais de democracia, mas com pouca importância, violações e abusos das liberdades civis são comuns, as eleições (se ocorrerem) não são justas ou livres (incluindo eleições simuladas), a mídia é muitas vezes estatal ou controlada por grupos associados ao regime dominante, o judiciário não é independente e a censura e a supressão de críticas governamentais são comuns.

Noruega marcou um total de 9.75 em uma escala de 0 a 10, que foi o maior resultado (1º país no ranking geral), enquanto o Afeganistão teve a pior nota, com 0.32. No relatório de 2021, “o Brasil piorou a sua pontuação, ao cair de 6.92 pontos, em 2020, para 6.82, em 2021, ocupando 47º lugar e sendo uma democracia imperfeita”. No relatório ainda consta um parágrafo onde avaliou que o presidente Jair Bolsonaro era parte do problema na queda da pontuação do país em 2021:

Populistas iliberais na região continuaram a corroer as instituições da democracia em 2021. O presidente, Jair Bolsonaro, exigiu a renúncia de dois membros do Supremo Tribunal Federal, uma investigação sobre alegações de que grupos pró-Bolsonaro estavam espalhando “fake news”. Ele também tem questionado a integridade do sistema de votação eletrônica do Brasil, apesar de não haver evidência de fraude eleitoral. Bolsonaro chegou a dizer que ignoraria os resultados do pleito de 2022 das eleições presidenciais e legislativas - comentários que mais tarde ele retirou. Bolsonaro provavelmente vai continuar com seus ataques às instituições democráticas e minar a confiança na integridade eleitoral à frente das eleições de outubro de 2022, especialmente, porque as pesquisas mostram que ele atualmente está atrás de um ex-presidente esquerdista Luiz Inácio Lula da Silva (2003-10) (THE ECONOMIST, 2022, p. 50).

Desde sua posse, em 1º de janeiro de 2019, o presidente Jair Bolsonaro vem continuamente desprezando práticas democráticas que garantem eleições justas e independentes e a separação e equilíbrio de poderes no governo. Dessa forma, a U.S Network for Democracy in Brazil (USNDB)²⁹ elaborou um documento, intitulado de “Recomendações sobre o Brasil para o Presidente Biden e o novo governo dos EUA. Informe de Políticas Públicas”, que fornece uma análise contextual da atual situação do Brasil, focando em dez áreas principais e trazendo *uma lista de recomendações em políticas públicas*³⁰. Em relação as recomendações relacionadas a “Democracia e Estado de Direito”, considera-se imperativo que os Estados Unidos e o Brasil reestabeleçam relações que coloquem o respeito às liberdades civis, aos direitos democráticos e ao Estado de Direito no centro de sua diplomacia.

²⁹ U.S Network for Democracy in Brazil (USNDB) – Rede nos Estados Unidos pela Democracia no Brasil – foi fundada em 1º de dezembro de 2018 por 200 ativistas e acadêmicos que se reuniram numa conferência na Faculdade de Direito de Columbia. Durante o encontro, os participantes organizaram 14 Grupos de Trabalho que agora trabalham para coletar e disseminar informação para o público estadunidense sobre os efeitos do avanço da extrema direita na política brasileira e a agenda conservadora do governo Bolsonaro. Também foi formado um Comitê Diretor Nacional, composto por quarenta organizações pertencentes à rede, e um Comitê Executivo para colaborar diretamente com os dois Coordenadores Nacionais. No total, mais de 1.500 pessoas, em 234 faculdades e universidades de 45 estados dos Estados Unidos, somaram-se à Rede. Trata-se de uma organização nacional descentralizada, democrática e apartidária, com três objetivos principais: (1) Informar o público estadunidense sobre a atual situação do Brasil; (2) Defender avanços sociais, econômicos, políticos e culturais no Brasil; e (3) Apoiar movimentos sociais, organizações comunitárias, ONGs, universidades e ativistas etc., que enfrentam diversas ameaças no cenário político atual.

³⁰ Estas recomendações concentraram-se nas seguintes áreas: 1) Democracia e estado de direito; 2) Direitos indígenas, mudanças climáticas e desmatamento; 3) Política econômica; 4) Base Espacial de Alcântara e auxílio militar dos EUA; 5) Direitos humanos: a situação de grupos historicamente marginalizados, defensores de direitos humanos e jornalistas; 6) Violência estatal e brutalidade policial; 7) Sistema de Saúde Pública; 8) Covid-19, pobreza e bem estar; 9) Liberdade religiosa; 10) Trabalho (Cf. USNDB, 2021).

A administração Bolsonaro-Mourão tem enfraquecido a democracia brasileira e acelerado a erosão institucional ao abraçar o autoritarismo [...]. Talvez o exemplo mais marcante de erosão democrática – que, notadamente, possibilitou a eleição de Bolsonaro em primeiro lugar - é a distorção do Estado de Direito pela Operação Lava Jato, uma investigação de longa data sobre casos de corrupção na empresa estatal petrolífera, a Petrobras, que acabou se tornando um mecanismo de acerto de contas políticas. Em junho de 2019, o The Intercept Brasil revelou um padrão de mentiras e manipulações no centro das investigações da Lava-Jato, ao publicar uma série de mensagens vazadas entre o então juiz Sérgio Moro, que iria, posteriormente, se somar ao governo Bolsonaro-Mourão como ministro da Justiça, e o principal promotor do caso, Deltan Dallagnol [...]. Alguns dos processos que tem levado à erosão de instituições democráticas no Brasil se baseiam em modelos globais e redes que disseminam desinformação e alimentam a polarização política. Autoridades públicas dos Estados Unidos aparentam ter entendido a importância de combater esses males no âmbito doméstico, seja tentando responsabilizar as grandes empresas de tecnologia, seja investigando os principais indivíduos responsáveis por esses esquemas de desinformação, como Steve Bannon. Essas iniciativas serão de extrema importância para apoiadores da democracia e do Estado de Direito no Brasil e em outros países; portanto, exortamos a administração Biden-Harris a aprofundá-las. É imperativo que os Estados Unidos e o Brasil reestabeleçam relações que coloquem o respeito às liberdades civis, aos direitos democráticos e ao Estado de Direito no centro de sua diplomacia (USNDB, 2021, p. 6-7).

Ao analisar a expansão global do regime autoritário, Repucci e Slipowitz (2022, p. 22), concluíram que “apesar dos argumentos claros a favor da democracia, os últimos 16 anos mostraram em termos contundentes que nem a prevalência de ideias democráticas em todo o mundo nem a certeza do progresso global em direção à governança democrática podem ser tomadas como garantidas”. De fato, em relação ao futuro, não há certezas ou garantias.

Mesmo assim, acredita-se que a vitória do Presidente Biden nas eleições presidenciais nos Estados Unidos e o seu esforço para restaurar os valores democráticos e os padrões de direitos humanos ao seu devido lugar no sistema internacional por meio da *Cúpula para a Democracia* – realizada em dezembro de 2021 com 110 governos convidados – representou um primeiro passo promissor. Mas, esses governos devem agora ir além dos compromissos retóricos e buscar a contribuição da sociedade civil sobre a implementação. Afinal, “a democracia não acontece por acaso. Temos que defendê-la, lutar por ela, fortalecê-la, renová-la” (PRESIDENTE JOSEPH R. BIDEN JR, 2021).

O segundo passo, especialmente importante para a democracia brasileira, diz respeito a vitória de Lula sobre Bolsonaro nas eleições presidenciais realizadas no dia 30 de outubro de 2022. Maioria deixou claro que deseja mais democracia, diz Lula

O presidente eleito Luiz Inácio Lula da Silva fez seu primeiro pronunciamento após a confirmação da vitória no segundo turno das eleições, neste domingo (30). Lula agradeceu ao povo brasileiro e disse que passou por um processo de ressurreição na política. “Tentaram me enterrar vivo e estou aqui para governar esse país numa situação muito difícil”, afirmou. Segundo ele, a maioria do eleitorado deixou claro que deseja mais democracia. Lula disse que vai governar a partir de janeiro de 2023

para todos os brasileiros. “Não existem dois Brasis. Somos um único país, um único povo, uma grande nação” (RÁDIO SENADO, 2022).

Neste caso, acredita-se que o futuro da democracia no Brasil e no mundo depende da capacidade e atuação de vários atores para se mobilizarem contra qualquer ataque antidemocrático. Considerando que os autocratas continuam determinados a manter e expandir seu poder, e continuarão a obter ganhos enquanto os defensores da democracia permitirem, é imprescindível que o judiciário, a sociedade civil, a mídia e as empresas de tecnologia se comprometam a trabalhar juntos para reconstruir e melhorar as normas internacionais que as democracias defendem há muito tempo e empurrar as práticas repreensíveis dos autoritários de volta às margens da experiência humana a que pertencem.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em contraste com as alegações de judicialização como uma tendência positiva ou negativa, menos atenção tem sido dada às formas de entender melhor o fenômeno em tempo real. Nesse sentido, compartilha-se aqui da ideia proposta por Biehl e outros (2018) acerca da “Judicialização 2.0” que reconhece a judicialização como intrínseca às democracias contemporâneas, garantidoras de direitos sociais.

Enfim, Oliveira (2019, p. 224) tem razão ao afirmar que “o que é certo é que a judicialização vem aumentando, em volume e impacto para o processo de políticas públicas, tanto em termos financeiros, quanto em termos de gestão político-administrativa”. Assim, a reconstituição histórica dos caminhos da judicialização de políticas públicas e suas análises demonstram que ela veio para ficar e, portanto, os gestores públicos terão de lidar com sua sistematicidade e manejá-la, encontrando mecanismos institucionais de diálogo com vistas à sua adequada produção e implementação.

REFERÊNCIAS

ARRUDA NETO, P. T. **Direito das Políticas Públicas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 23-32.

BIEHL, J. *et al.* Judicialization 2.0: understanding right-to-health litigation in real time, **Global Public Health**, 14(2): 1-10, 2018. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/figure/10.1080/17441692.2018.1474483?scroll=top&needAccess=true>>. 08/11/2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 08/11/2022.

CHIZZOTTI, A. **Pesquisa em ciências humanas e sociais**. São Paulo: Cortez, 1995.

CORTE, T. D.; MALINOWSKI, C. E. A perspectiva da qualidade da democracia perante a sua crise no século XXI. In.: XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA. **Direito, desenvolvimento e políticas públicas: Amazônia no século XXI**. (Anais História do Direito). Florianópolis: CONPEDI, 2019. Disponível em: <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/048p2018/02u3v55i/M51B3qZ8Y1Snf4gs.pdf>>. Acesso em 03/11/2022.

CUNHA, L. G.; OLIVEIRA, F. L.; BUZOLIN, L. G. O STF e a judicialização de políticas: lócus de resistência ou governança autoritária? In.: 44º ENCONTRO ANUAL ANPOCS. GT03: Sessão 04: 10/12 (14:00 às 16:00) - **STF em exame e os usos do direito**. Anais 01 a 11 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.anpocs2020.sinteseeventos.com.br/atividade/view?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czozNjoiYT0xOntzOjE5OiJJRF9BVEIWSURBREUiO3M6MzoiMTI4Ijt9IjtzOjE6ImgiO3M6MzI6IjIwY2E5ZWlXNmNmYTg2MWFjMjdjYmNhOWMzMzMDMwZTI0Ijt9&ID_ATIVIDADE=128>. Acesso em 03/11/2022.

EXTRA GLOBO. **7 de Setembro: faixas de manifestantes pedem intervenção no STF e impeachment de ministros**. Notícia publicada em 07 de setembro de 2022. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/brasil/7-de-setembro-faixas-de-manifestantes-pedem-intervencao-no-stf-impeachment-de-ministros-25568352.html>>. Acesso em 03/11/2022.

FUKUYAMA, F. Por que o desempenho da democracia tem sido tão ruim? **Journal Of Democracy** - Português, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 47-62, out. 2015. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Arquivos/JD-v4_n2_03_Por_que_o_desempenho_da_democracia_tem_sido_tao_ruim.pdf>. Acesso em 03/11/2022.

LEVITSKY, S.; ZIBLATT, D. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. 1 ed. São Paulo: Zahar, 2018 (Livro. Digital) p. 364

MENDES, C. H. “O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização de Políticas Públicas”. In.: OLIVEIRA, Vanessa Elias de (Org.). **Judicialização de Políticas Públicas no Brasil** [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2019.

MOUNK, Y. **O povo contra a democracia**. Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Tradução: Cassio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

NUNES JÚNIOR, F. M. A. **Curso de direito constitucional**. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, V. E. (Org.). **Judicialização de Políticas Públicas no Brasil** [livro eletrônico]. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2019.

OLIVEIRA, A. Q. L. Políticas públicas em direito penal: a possibilidade de judicialização de políticas criminais sob o enfoque do garantismo jurídico. In.: XVII CONGRESSO NACIONAL

DO CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasilia/01_511.pdf>. Acesso em 03/11/2022.

OLIVEIRA, V. E.; COUTO, C. G. Politização da justiça: quem controla os controladores? In.: ENCONTRO NACIONAL DA ANPOCS, 40, Caxambu, 2016. <Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/40o-encontro-anual-2016>>. Acesso em 09/11/2022.

PRESIDENTE JOSEPH R. BIDEN JR. “A democracia não acontece por acaso. Temos que defendê-la, lutar por ela, fortalecê-la, renová-la”. In.: **A Cúpula para a Democracia**. Fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.state.gov/summit-for-democracy/>>. Acesso em 09/11/2022.

RÁDIO SENADO. **Eleições 2022**. Maioria deixou claro que deseja mais democracia, diz Lula. 30/10/2022. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/10/30/maioria-deixou-claro-que-deseja-mais-democracia-diz-lula>>. Acesso em 09/11/2022.

REPUCCI, S.; SLIPOWITZ, A. A expansão global do regime autoritário. **Freedom House**. Liberdade no mundo 2022. Disponível em: <<https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2022/global-expansion-authoritarian-rule>>. Acesso em 03/11/2022.

THE ECONOMIST. Democracy index. 2021. **The China challenge**. The Economist Intelligence Unit Limited, 2022. Disponível em: <<https://media2-col.corriereobjects.it/pdf/2022/esteri/eiu-democracy-index-2021.pdf>>. Acesso em 07/11/2022.

THE ECONOMIST. Democracy index. 2021. **A democracia global tem um ano muito ruim**. Disponível em: <<https://www.economist.com/graphic-detail/2021/02/02/global-democracy-has-a-very-bad-year>>. Acesso em 07/11/2022.

THE ECONOMIST. Democracy index. 2021. **Angola, Moçambique e Guiné-Bissau têm regimes autoritários**. Disponível em: <<https://www.voaportugues.com/a/%C3%ADndice-de-liberdade-2021-angola-mo%C3%A7ambique-e-guin%C3%A9-bissau-t%C3%AAm-regimes-autorit%C3%A1rios/6436202.html>>. Acesso em 07/11/2022.

TRIVIÑOS, A. N. S. **Introdução à pesquisa em ciências sociais**: a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1987.

U.S NETWORK FOR DEMOCRACY IN BRAZIL (USNDB). **Recomendações sobre o Brasil para o Presidente Biden e o novo governo dos EUA**. Informe de Políticas Públicas. 2021. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/wp-content/uploads/2021/02/documento-US-Network-for-Brazils-Democracy.pdf>>. Acesso em 03/11/2022.

CAPÍTULO 9

A APLICABILIDADE E EFICÁCIA DA LEI 9.610/1998 NA ERA DO STREAMING

Marcos André dos Santos Lima
Maria Vandete de Almeida

RESUMO

A forma como a música passou a ser produzida e lançada no mercado, tem se modificado ao longo do tempo. Com o advento da Internet, o consumo de música e de outras expressões artísticas, aumentou exponencialmente a partir do uso das plataformas digitais gerando certo desequilíbrio entre os esforços do músico compositor, dos intérpretes e dos executantes com o resultado final de seus trabalhos: o recolhimento de direitos autorais não se dava de modo satisfatório, desnudando toda a ineficiência e necessidade de mudança na gestão dos órgãos responsáveis pelo recolhimento de direitos autorais. Desse modo, tomando como base a revisão da literatura que requer o emprego metodológico da pesquisa bibliográfica, cujo procedimento consiste na investigação de informações e conhecimentos prévios publicados sobre a temática, este breve estudo primou pela análise de leis e obras publicadas cuja abordagem possibilitasse demonstrar, mesmo que de forma sucinta, como no Brasil foi se consolidando um sistema de tutela estatal no sentido de proteger o criador de obra intelectual, com enfoque para o trabalho do músico compositor e profissionais ligados à música, de modo a assegurar-lhes o poder sobre a integridade de suas obras e os ganhos materiais advindos de seu trabalho artístico.

PALAVRAS-CHAVE: Autoria. Música. Internet. Direitos Conexos.

1. INTRODUÇÃO

A forma como a música passou a ser produzida e lançada como mercadoria tem se modificado ao longo do tempo, especialmente após o surgimento, evolução e comercialização dos primeiros aparelhos de áudio, como os tocadores ou fonógrafos³¹, capazes de gravar, armazenar e reproduzir qualquer ruído ou melodia mecanicamente e em tempo real resultando na divulgação em rádios que favoreceu e contribuiu com a popularização do acesso a música em escala local e global, promovendo sua exploração de forma indiscriminada.

Daí por diante, a sucessão de novas possibilidades ou de inovações e tecnologias possibilitaram um crescente aumento, tanto da produção e armazenamento, quanto do consumo e comercialização do áudio musical.

Com o advento da Internet, o consumo de música e de outras expressões artísticas, aumentou exponencialmente a partir do uso das plataformas digitais, provocando certo desequilíbrio entre os esforços do músico compositor, dos intérpretes e dos executantes com o resultado final de seus trabalhos. Ou seja, o recolhimento de direitos autorais não se dava de

³¹ O fonógrafo foi criado por Thomas Edison, no ano de 1877. Foi o primeiro aparelho criado com a finalidade e a capacidade de gravar e reproduzir sons por meio de um cilindro (ANDRADE, 2014).

modo satisfatório, desnudando toda a ineficiência e necessidade de mudança na gestão dos órgãos responsáveis pelo recolhimento de direitos autorais.

Assim, e tendo em vista este descompasso entre a produção e usufruto da obra musical em tempos de *playlist*³² este breve estudo objetiva, em linhas gerais, demonstrar como foi se consolidando um sistema de tutela estatal no sentido de proteger o criador de obra intelectual, com enfoque para o trabalho do músico compositor e profissionais ligados à música, como uma forma de assegurar-lhes o poder sobre a integridade de suas obras e os ganhos materiais advindos de seu trabalho artístico.

2. LEI DE DIREITOS AUTORAIS (LDA) SOBRE OBRAS MUSICAIS NO BRASIL

Os Direitos autorais são um conjunto de direitos estabelecidos por lei que visam garantir a propriedade intelectual do autor e sua obra, seja pessoa física ou jurídica, para impedir ou punir por vias administrativas, cíveis ou penais, aquele que faça uso ou a explore economicamente sem a prévia autorização de seu criador ou detentor de tal direito, e dela possa auferir vantagens indevidas.

No Brasil, a lei que trata do direito autoral é a de nº 9.610/98, e seus efeitos são estendidos a demais obras de caráter artístico, literário ou científico. Obras como pinturas, esculturas, textos literários, poéticos ou científicos, músicas letradas ou instrumentais, entre outras, fazem parte da manifestação do espírito de cada indivíduo e suas criações devem ser protegidas, tanto pelo aspecto moral (direitos inalienáveis e irrenunciáveis ligados à personalidade) que confere ao criador o poder para que tão somente ele possa modificar ou alterar sua obra, quanto pelo aspecto patrimonial (direitos materiais, que podem ser utilizados para fins econômicos), que lhe permite dispor, divulgar, traduzir, e comercializar seu trabalho. Neste sentido, a norma jurídica diferencia autoria de titularidade, quando estabelece que:

Para acabar com a confusão entre autoria e titularidade, a Lei 12.853/2013 criou a figura do titular originário, inserindo-o no art. 5º, XIV da LDA. Essa é a titularidade que anteriormente só pertencia ao autor, mas agora também é a do intérprete, do executante, do produtor fonográfico e das empresas de radiodifusão, na medida em que estes criam uma nova obra quando interpretam, executam, produzem ou transmitem (FRANCISCO; VALENTE, 2016, p. 107).

Saliente-se que esse direito do autor é garantido de forma automática, independentemente de que sua obra tenha sido ou não registrada em algum órgão específico,

³² *Playlist* é uma sequência arbitrária de canções cujo objetivo é ser ouvida como um grupo e que se enquadram em um certo tema ou propósito, para reprodução individual ou compartilhamento (DIAS *et al.*, 2016, p. 5).

bastando provar seu processo de criação, circunstâncias, datas, dentre outras possibilidades que não exija, portanto, formalidades.

O direito autoral no Brasil é matéria bastante discutida, de grande relevância jurídica e que se encontra consagrado na Constituição Federal como um direito fundamental, previsto em seu artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII, reunindo os comandos necessários para que fosse possível a promulgação da Lei 9.610/1998, atualizada pela Lei 12.853/2013, que disciplina a gestão coletiva dos direitos autorais. Baseado na *Convenção de Berna*³³, do qual o Brasil é signatário, a LDA abarca os fundamentos e diretrizes para a aplicação da proteção de obra intelectual no país. Os incisos supracitados aduzem:

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

- a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
- b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas (BRASIL, 1998).

Em território nacional, as primeiras manifestações em favor da proteção dos direitos de propriedade intelectual ligados à arte, surgiram ainda no início do século XX, sendo encabeçadas, em sua maioria, por compositores e profissionais do ramo da música, a exemplo de Chiquinha Gonzaga, uma das primeiras artistas nacional a liderar movimentos em favor dos músicos que dependiam de sua arte para sobreviver. Desse modo, tanto os artistas do teatro quanto os da música, necessitavam de uma entidade que os representasse e lutasse por seus direitos, e assim surgiu em 1917 a Sociedade Brasileira de Autores Teatrais (SBAT), cuja finalidade também se estendia para os compositores de obras musicais. Criada por Chiquinha Gonzaga, essa associação revelava a estreita ligação entre o teatro e a música no Brasil dessa época, pois alguns espetáculos eram musicados, com participação ao vivo de artistas como a própria Chiquinha, que tocava brilhantemente seu piano na sonorização de peças teatrais. Era urgente reconhecer o trabalho dessas pessoas, dando-lhes o devido valor e proteção necessária sobre suas obras artísticas.

³³A Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, promulgada em 09 de setembro de 1886 e objeto de inúmeras revisões (a última em 1979), é o documento fundamental em que se pauta a proteção dos Direitos de Autor em todo o mundo. Ela estabelece princípios fundamentais e comuns, tais como o trato igualitário nos regimes de proteção às obras intelectuais, as obrigações de reciprocidade entre países, a ausência de formalidades para o exercício dos Direitos de Autor e outros (AMAR SOMBRÁS, 2018).

Entendendo a necessidade de mais autonomia e organização, os músicos ligados à SBAT instituem, em 1942, a União Brasileira de Compositores (UBC³⁴), com o objetivo de administrar os interesses dessa categoria, garantir-lhes seus rendimentos e proteção contra o uso indevido de suas criações. Contudo, havendo uma grande necessidade de simplificar as demandas de vários autores e coautores, sobre as mais variadas obras, é criada a lei nº5.988/73, como a primeira lei de direito autoral no Brasil, sendo mais tarde, atualizada pela lei 9.610/98, diante dos avanços tecnológicos ao final do século XX.

2.1 Surgimento do ECAD

Em 1973 também foi criado o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD). Uma associação privada, sem fins lucrativos, cujo objetivo é autorizar, arrecadar e distribuir os ganhos relativos à execução pública de obras musicais, literomusicais, por meio da radiodifusão, transmissão ou exibição audiovisual, podendo atuar extrajudicial ou judicialmente na defesa dos direitos dos autores de obra musical e os que lhe são conexos (que alberga direitos morais e patrimoniais).

Entretanto, não há obrigatoriedade de que o autor ou compositor de obras musicais esteja associado ao ECAD ou a qualquer outro órgão de gestão de direitos de autor, podendo gerir por conta própria seu material artístico, algo bastante complexo atualmente frente às vulnerabilidades de proteção com o advento da Internet. Vide o seguinte julgado:

Direito autoral. Legitimidade. O ECAD tem legitimidade para promover ação de cobrança, como substituto processual. O ECAD tem legitimidade para fixar os valores das contribuições devidas pelos estabelecimentos que se utilizam de composições musicais de seus filiados (STJ, RESP. 242468 – PR, 4ª TURMA, REL. MIN. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ 29.5.2000).

3. O ADVENTO DA INTERNET E A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS DE AUTOR

Um dos maiores desafios no universo dos direitos autorais é acompanhar a evolução tecnológica ao longo das décadas, principalmente com o desenvolvimento do mundo digital, em contraponto ao analógico. Com a chegada quase que meteórica da Rede Mundial de Computadores (Internet), que promoveu uma verdadeira revolução sem precedentes para as comunicações e todo tipo de informação, o direito de propriedade intelectual ficou ainda mais vulnerável, pois a combinação desses dois fatores (formato digital e internet) proporcionou um

³⁴ É uma associação sem fins lucrativos, dirigida por autores, que tem como objetivo principal a defesa e a promoção dos interesses dos titulares de direitos autorais de músicas e a distribuição dos rendimentos gerados pela utilização das mesmas, bem como o desenvolvimento cultural (UBC, 2020).

crescimento exponencial em se tratando de divulgação e exploração de conteúdos multimídia no mercado de bens culturais, todavia, sem uma legislação atualizada que pudesse prever meios de regramento em espaços virtuais de compartilhamento de obra musical para a proteção dos direitos de autor.

3.1 Do analógico ao digital

Paralelo a essa nova era no mundo veloz da informação, os processos de gravação de músicas (tecnicamente denominadas fonogramas) aos poucos migravam do padrão analógico para o digital. Essas mudanças também foram percebidas na estrutura das gravadoras e no formato de suporte material na qual seria impresso o registro fonográfico.

Os gravadores de rolo³⁵ dos estúdios cedem lugar para um banco de dados de áudio digital. Os discos de vinil e fitas magnéticas (as conhecidas K7) são, ambos, gradativamente substituídos pelos compact discs (CD's). Os arquivos sonoros agora são convertidos em “bits³⁶” eletrônicos, proporcionando maior compactação, possibilidades de armazenamento, portabilidade e compatibilidade com diversos dispositivos.

Foi uma grande revolução para o mercado da música. Cumpria-se a promessa de mais rapidez nos processos de gravação, edição, masterização e som digital, encorpado, cristalino e livre de ruídos. E, assim como as conhecidas fitas K7, que possibilitavam o usuário copiar músicas ou sons das mais diversas fontes sonoras, por meio de equipamentos que dispunham dessa opção, os CD's graváveis e regraváveis, também passaram a originar cópias. Nesse momento, os computadores de mesa e *notebooks*, que aos poucos foram se popularizando nas casas da classe média e baixa no Brasil, já possibilitavam o usuário comum fazer cópias caseiras de músicas de seus artistas favoritos, utilizando programas nativos do equipamento, ou adquiridos no mercado eletrônico. No início dos anos 2000, os *sites* disponibilizavam músicas em formato mp3³⁷ que podiam ser “baixadas” clandestinamente, permitindo ao usuário montar e gravar sua própria biblioteca musical, ainda que ilegalmente.

³⁵ Aparelho de som para gravação e reprodução de sinais de áudio em fitas magnéticas de rolo, onde a fita é enrolada em carretéis metálicos ou plásticos. É também conhecido como gravador de bobina, ou Open reel [carretel aberto] (WIKIPÉDIA, 2019).

³⁶ O bit, ou dígito binário, é a menor unidade de informação que pode ser armazenada ou transmitida, usada na computação e na Teoria da Informação. Um bit pode assumir somente 2 valores: 0 ou 1, corte ou passagem de energia, respectivamente (INSTITUTO FÓRMULA, 2019).

³⁷ O mp3, ou mpeg-layer3 é uma denominação criada pela Moving Picture Experts Group (MPEG). O 3 refere-se as camadas de compressão que o formato de música sofre para compactar o arquivo. Essa compressão elimina todo o áudio que o ouvido humano é incapaz de ouvir (TECHTUDO, 2014).

Apesar de algumas tentativas das gravadoras em proteger os discos originais com um código contra cópias, sempre houve quebra dessa proteção por indivíduos mal intencionados, especialistas em tecnologia digital a serviço de interesses escusos. Era a abertura que faltava para ocorrer aquilo que os artistas, produtoras, gravadoras e editoras temiam: a *pirataria* desenfreada. Conscientes de que a tecnologia da era da informação, aliada ao mercado para o consumo em massa não iria retroagir, muito pelo contrário, vários segmentos do meio artístico e suas associações, especialistas em tecnologia e setores do poder judiciário, passaram a debater sobre as implicações da pirataria para o universo do direito autoral. Estava inaugurado o período em que as criações, das mais diversas fontes, circulavam na rede mundial de computadores, à revelia de seus titulares, assim como as células sanguíneas circulam no corpo humano. A lei 6.910/98, nesse contexto, aparenta ter nascido obsoleta e de difícil aplicabilidade para a proteção dos direitos de autor no mundo do ciberespaço, o espaço virtual aberto pelas redes mundial de computadores. Era preciso propor um novo debate acerca do papel e da eficácia da lei vigente.

4. A GESTÃO COLETIVA DOS DIREITOS AUTORAIS

Objetivando adaptar as novas demandas dos direitos autorais frente às novas tecnologias, os setores da sociedade ligados à produção artística (com maior destaque para os artistas da música), científica e literária, retomaram os debates na busca de soluções para a nova realidade a ser enfrentada. Nesse contexto, provocaram o legislador para a necessidade de atualizar a antiga lei de nº 5.988 de 1973, deveras ultrapassada em sua missão de combater a usurpação, fruição e adulteração de conteúdos da criação humana, fazendo nascer, portanto, a Lei de Direitos Autorais nº 9.610/1998 que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências, quando em seu 7º artigo dispõe que “são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro” (BRASIL, 1998).

Dos pontos cruciais dessa nova lei, o uso das expressões “criações do espírito” e “tangível ou intangível” se observa que, possivelmente, o legislador estivesse prevendo que o tema seria de extrema complexidade para decompositores (autores e coautores), produtores, editores e toda a cadeia que compõe o universo do mercado da música. De certo modo procurava apontar ou garantir que, independentemente, do avanço tecnológico, a arte e a ciência continuariam presentes, como manifestações do espírito, característica inerente da condição humana sendo, portanto, um direito constitucionalmente resguardado.

Nesse sentido, a grande revolução tecnológica desestabilizou e modificou estruturas fixas que comandavam o mercado da música no Brasil e no mundo.

4.1 Garantias para os Direitos Conexos

Com o avanço tecnológico, as grandes gravadoras e produtoras começaram a perder fortunas e tiveram que se reinventar. Artistas passaram a montar seus estúdios em seus domicílios, criaram seus próprios selos e tiveram também a necessidade de repensar como suas composições iriam ser disponibilizadas no mercado, pois a tendência era a drástica diminuição das vendas de CDs, DVDs originais, perdendo mercado para a indústria ilegal da pirataria e fomentando, inclusive, o trabalho informal. Mas essa nova perspectiva, do artista produzir seu próprio trabalho com os novos mecanismos tecnológicos, se desvinculando cada vez mais das gravadoras, gerou para si um ônus: sua obra circulando livremente no mundo virtual, sem a proteção que lhe é devida e pior, sem o aproveitamento econômico de seu trabalho, em virtude da inexistência de um mecanismo legal de arrecadação pelo uso de sua música nas páginas da Internet.

Formatos de áudio digitais cada vez mais compactos, como o mp3, invadiram a rede mundial de computadores, promovendo um dos maiores ataques aos direitos autorais da história. As gravações originais, mesmo com códigos de proteção, eram invadidas, compactadas e disponibilizadas para *download*, quase sempre de forma gratuita, sem nenhum tipo de controle pelo ECAD, o órgão legalmente designado para fiscalizar, gerir e repassar os ganhos para os titulares de direito de suas obras. Fazia-se necessário, mais uma vez, discutir meios para garantir a preservação dos direitos do autor e os *direitos conexos*³⁸.

Nesse momento, todos os seguimentos afetados se reuniram em decorrência da fragilidade imposta pela internet, acerca dos direitos de titular das obras intelectuais e também quando surge a necessidade de reforma na gestão coletiva dos direitos autorais.

O titular de direitos conexos, de outro lado, é o cantor ou músico que cante, interprete ou execute a obra, o produtor fonográfico, que fixa a obra musical em suporte material (o fonograma, que pode ser disponibilizado em vinil, CD ou arquivo digital) e as empresas de radiodifusão sobre sua programação, o que inclui as rádios e emissoras de televisão, intrinsecamente ligadas à divulgação musical. Cabe observar que os produtores fonográficos, que são titulares originários dos direitos conexos, muitas vezes também são titulares derivados dos direitos autorais, por meio de contratos de transferência de direitos. Também é interessante notar que, apesar de como visto no

³⁸ São direitos pertencentes a sujeitos colaboradores da obra musical, tal como as empresas de radiodifusão, os intérpretes, os músicos, assistentes e o produtor musical, previstos no Art. 89 da LDA.

capítulo anterior existirem diferenças históricas no tratamento e qualificação no sistema brasileiro de gestão coletiva entre os titulares de direitos conexos intérpretes e os titulares músicos executantes, a LDA os coloca na mesma categoria (FRANCISCO; VALENTE, 2016, p. 109).

Desde a sua criação na década de 1970, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) passa a se consolidar como o principal órgão de natureza privada sem fins lucrativos a gerir os trabalhos de fiscalização e arrecadação de valores sobre músicas executadas em ambientes públicos, e a serem repassados para o autor da obra, aos intérpretes e aos executantes, retendo uma porcentagem a título operacional. Mas apesar de sua natureza privada, deve atuar também para o interesse público, pautados por princípios como o da transparência, da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a promover de forma justa a compensação devida aos autores e demais titulares, tanto quanto evitar a exploração econômica excessiva dos usuários de obras musicais que as utilizam publicamente. Todavia, o conceito de uso público de obras musicais de terceiros foi ampliado para além do espaço físico, contemplando também o virtual. Atualmente, os sítios que hospedam conteúdos digitais como sites, blogs, vlogs³⁹, redes sociais como o Facebook e o Youtube, são considerados espaços públicos, ainda que virtuais, pois teoricamente, a Internet não pertence a um dono, mas quase que adentrando no rol de um direito fundamental, como o acesso ao saneamento, à saúde, à educação e etc.

Nesses espaços virtuais, circulam e executam-se músicas sob os mais variados pretextos, mas tendo o entretenimento como o principal deles e que, na maioria das vezes, resulta em exploração econômica das obras. Portanto, é cabível a cobrança de valores, previstos legalmente, a título de direitos autorais, pois está ocorrendo nesses espaços virtuais o uso e execuções públicas de conteúdo musical, fato gerador incontestado, passível deste ônus.

5. INCONSISTÊNCIAS NA GESTÃO E FUNCIONAMENTO DO ECAD

Antes mesmo de se encontrar uma forma de como solucionar o problema do uso ilegal de músicas pulverizadas na internet, põe-se em discussão a atuação do ECAD e suas associações, como entidades que exercem monopólio sobre a gestão da arrecadação de direitos autorais, sem nenhum órgão estatal que possa fiscalizar seu funcionamento. Era preciso esclarecer e revelar quais os limites de atuação do ECAD como mediador entre os titulares de

³⁹ Vlog é a abreviação de videoblog (vídeo + blog), um tipo de blog em que os conteúdos predominantes são os vídeos (7GRAUS, 2011).

direito e a LDA. Foi a partir desses questionamentos que se instalou no ano de 2011, a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do ECAD, proposta pela Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Em depoimento na CPI, o diretor do sindicatodos músicos do Estado do Rio de Janeiro, Tim Rescala, afirma:

Penso que a maior contribuição que podemos dar para uma futura mudança na lei dos direitos autorais é apoiar as iniciativas do Ministério da Cultura (MINC). Isso porque mesmo o Minc estando motivado a mudar algo, vai encontrar muita reação em Brasília, devido ao *lobby* do Ecad (...). Ao falar das manobras internas do órgão, em prejuízo da classe autoral, estou sendo processado por uma entidade que deveria me representar, reclamou, acrescentando que o Ecad usa meu dinheiro para brigar contra mim na Justiça, algo, no mínimo, descabido do ponto de vista ético e moral (ALESP, 2012).

Ainda segundo o depoimento do maestro, o ECAD adotou um sistema denominado de “créditos retidos”, quando não se consegue identificar as obras que são tocadas em espaços públicos e ficam retidos por cinco anos, após os quais esse valor não poderá mais ser reclamado, não ficando claro de que forma esses créditos são utilizados pela entidade.

5.1 Transparência na gestão coletiva do ECAD

Foi a partir dessas denúncias na CPI que houve a urgente necessidade de alteração da LDA para que a gestão coletiva dos direitos autorais passasse a ter mais transparência e participação do Estado, interferindo a partir de um órgão fiscalizador. A cada ano, o ECAD arrecada cifras milionárias e era necessário que, além de mecanismos e critérios de arrecadação fossem bem delineados e claros, sobretudo, acerca da distribuição de forma justa para o principal destinatário: o autor da obra intelectual. Não se podia mais conceber, que o ECAD como uma organização e suas nove (à época) associações de música⁴⁰, tendo um “mandato” instituído legalmente, monopolizasse todo o processo de arrecadação e distribuição, com pouca ou quase nenhuma participação das associações nas assembleias, as quais somente quatro tinham poder de voto. Como resultado de todo esse debate, foi sancionada a Lei 12.853/2013, alterando em alguns pontos a lei anterior, como se pode observar na seguinte publicação:

Principais mudanças que constam na Lei 12.853/13 – que altera, revoga e acrescenta dispositivos à Lei 9.610/98:

- O Ecad perde o monopólio sobre a cobrança de direitos autorais, que poderá ser feita por outras associações de autores. Entretanto, essas entidades deverão obter habilitação em órgão de administração pública federal e adotar princípios da isonomia, eficiência e transparência;

⁴⁰ABRAMUS – Associação Brasileira de Música e Artes; ASSIM – Associação de Intérpretes e Músicos; AMAR – Associação de Músicos, Arranjadores e Regentes; SBACEM – Sociedade Brasileira de Autores, Compositores e Escritores de Música; SICAM – Sociedade Independente de Compositores e Autores Musicais; SOCINPRO – Sociedade Brasileira de Administração e Proteção de Direitos Intelectuais; UBC – União Brasileira de Compositores.

- Caberá às associações estabelecer os preços pela utilização dos repertórios e a cobrança será proporcional ao grau de utilização, considerando a importância da execução pública no exercício das atividades;
- As associações deverão manter um cadastro centralizado de todos os dados que comprovem a autoria. Tais informações mencionadas deverão ser disponibilizadas em meio eletrônico a qualquer interessado;
- No primeiro ano após a publicação da Lei, a parcela destinada à distribuição aos autores e demais titulares de direitos não poderá ser inferior a 77,5%. Em quatro anos deverá estar acima de 85% dos valores arrecadados.
- O Ministério da Cultura constituirá comissão permanente para aperfeiçoamento da gestão coletiva, que promoverá o aprimoramento contínuo por meio da análise da atuação e dos resultados obtidos pelas entidades brasileiras, bem como do exame das melhores práticas internacionais (HOTELNEWS, 2014).

Percebe-se, portanto, que houve um grande avanço na política de gestão coletiva dos direitos autorais com a atualização da LDA, legitimando e ampliando os poderes das demais associações, além de garantir a participação estatal como uma ferramenta importante de vigilância, para garantir o cumprimento da lei, tornar a gestão mais democrática e, principalmente, proteger aqueles que possuem mais necessidades, interesse e legitimidade para exigir aquilo que por direito é seu – o autor da música e a todos os que fazem a mágica dessa arte acontecer.

Mas os desafios para que os efeitos positivos desse novo diploma legal fossem sentidos para os principais destinatários, em função da execução pública de suas músicas, demorariam e ainda demoram, diante, mais uma vez, da complexidade que existe no universo virtual, onde os “espaços” que tocam, divulgam, comercializam e disponibilizam as obras musicais, se reinventam a cada um ou dois anos, numa velocidades sem precedentes na era da tecnologia digital com a da evolução do mercado fonográfico a partir da oferta de bens culturais em multimídia por intermédio dos serviços online, como o *Streaming*⁴¹.

6. A OFERTA DE CONTEÚDOS AUDIOVISUAIS NA MODALIDADE *ONLINE*

No ramo do direito autoral, uma das premissas para que se possa tutelar o direito de propriedade intelectual de obra musical é que a execução seja pública, em espaços de frequência coletiva. Esse é o principal critério para a cobrança de *royalties* pela exposição de obra de terceiro, ainda que mediante sua anuência. Desde a popularização das rádios e na sequência da televisão no Brasil e no mundo, a oferta de produtos culturais de massa ganhou proporções gigantescas, mas nada que se compare com a chegada da Internet, tornando-se o principal veículo de compartilhamento de conteúdos na atualidade. Ela está não só nos computadores

⁴¹“Pode ser entendido como a transferência de dados na internet com o intuito de enviar informações multimídia de servidores para clientes, que possa ser visto ou ouvido sem precisar fazer download e que possa ser consumido durante o seu carregamento” (AMARAL, 2021).

domésticos, mas também nos notebooks, na TV, no smartphone, nos *tablets*, 24 horas por dia, alimentando esses equipamentos com uma vasta programação. É nesse ambiente virtual em que os serviços de *streaming* vêm se popularizando e ganhando cada dia mais adeptos. Cresce como uma grande tendência de consumo, que prevê aos poucos a diminuição e até mesmo o fim de armazenamento de conteúdos em suportes materiais, como CDs e DVDs e HDs. O consumidor paga por um serviço mensal e tem conteúdo multimídia disponibilizado em tempo real, podendo acessá-lo a qualquer momento do dia, sem a necessidade de *download*.

6.1 A consolidação do *Streaming*

Como exemplo dessa tendência de consumo multimidiático, os aclamados e líderes de acessos em todo o mundo, o Youtube, o Spotify e o Deezer, são serviços que permitem acessar conteúdo com base em dispositivos suportáveis e um pacote ou plano de internet contratado. Ocorre que, por se tratar de meios em que a exibição se dá de forma coletiva, já existem julgados que decidiram sobre a legitimidade do ECAD recolher o pagamento a título de direitos autorais, gerando novas discussões. É o que ficou demonstrado no Recurso Especial nº 1.567.780 - RJ (2015/0267853-9), que arguiu sobre a legitimidade para que fosse realizada a cobrança de direitos de propriedade intelectual pelo ECAD, em duas modalidades advindas do serviço de *streaming*, que são o *webcasting* e o *simulcasting*⁴².

RECURSO ESPECIAL Nº 1.567.780 - RJ (2015/0267853-9) RELATOR:
MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA.

RECORRENTE: ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E
DISTRIBUIÇÃO ECAD

ADVOGADOS: HÉLIO SABOYA RIBEIRO DOS SANTOS FILHO - RJ068819
PEDRO PAULO MUANIS SOBRINHO E OUTRO(S) - RJ082788 ADVOGADA:
KARINA HELENA CALLAI E OUTRO(S) - DF011620 RECORRIDO: TV
ÔMEGA LTDA ADVOGADOS: ANDRÉA MARIA RODRIGUES - RJ102236
THIAGO MENDES LADEIRA E OUTRO(S) - SP154633 MARCOS ALBERTO
SANTA'NNA BITELLI - RJ002607A ALEX CARLOS CAPURA DE ARAUJO -
SP296255

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. TRANSMISSÃO TELEVISIVA.
INTERNET. DISPONIBILIZAÇÃO DE OBRAS MUSICAIS. TECNOLOGIA
STREAMING. WEBCASTING E SIMULCASTING. EXECUÇÃO PÚBLICA.
CONFIGURAÇÃO. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ECAD.
POSSIBILIDADE. SIMULCASTING. MEIO AUTÔNOMO DE UTILIZAÇÃO DE
OBRAS INTELECTUAIS. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. NOVO
FATO GERADOR. TABELAS DE PREÇOS. FIXAÇÃO PELO ECAD.
VALIDADE. LEI Nº 12.853/2013 E DECRETO Nº 8.469/2015. VIGÊNCIA.

⁴² Respectivamente, transmissão por demanda que se dá via internet e, transmissão em tempo real, tanto pela rádio convencional quanto pela internet (GALLI, 2017).

1. Cinge-se a controvérsia, a saber, se a transmissão televisiva via internet nas modalidades webcasting e simulcasting (tecnologia streaming) se configura execução pública de obras musicais aptas a gerar o recolhimento de direitos autorais pelo ECAD e se a transmissão de músicas na modalidade simulcasting constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais.
2. De acordo com os arts. 5º, inciso II, e 68, §§ 2º e 3º, da Lei Autoral, é possível afirmar que o streaming é uma das modalidades previstas em lei pela qual as obras musicais e fonogramas são transmitidos e que a internet é local de frequência coletiva, caracterizando-se, desse modo, a execução como pública. Precedente da Segunda Seção.
3. O critério utilizado pelo legislador para determinar a autorização de uso pelo titular do direito autoral previsto no art. 31 da Lei nº 9.610/1998 está relacionado com a modalidade de utilização e não com o conteúdo transmitido em si considerado. Assim, no caso do simulcasting, a despeito de o conteúdo transmitido ser o mesmo, os canais de transmissão são distintos e, portanto, independentes entre si, tornando exigível novo consentimento para utilização e criando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais pelo ECAD.
4. As alterações promovidas pela Lei nº 12.853/2013 à Lei nº 9.610/1998 não modificaram o âmbito de atuação do ECAD, que permanece competente para fixar preços e efetuar a cobrança e a distribuição dos direitos autorais.
5. O início da vigência do Regulamento de Arrecadação e das tabelas de preços em conformidade com os novos critérios a serem observados para a formação do valor a ser cobrado para a utilização das obras e fonogramas, previstos na Lei nº 12.853/2013 e no Decreto nº 8.469/2015, ocorre em 21/9/2015, de modo que consideram-se válidas as tabelas anteriores até tal data. Recurso especial provido (STJ, 2017, online).

Nesse sentido, houve o entendimento do ministro relator que independente do quantitativo de pessoas tendo acesso ao conteúdo, que nesse caso é por duas modalidades de execução pública, em plataformas digitais distintas, o ECAD tem legitimidade para cobrar o pagamento de direitos autorais por estar ocorrendo a transmissão de música na modalidade rádio, mesmo sendo via internet, o que não configura duplicidade de cobrança.

7. RESPONSABILIZAÇÃO POR EXPLORAÇÃO INDEVIDA DE DIREITO AUTORAL NO ÂMBITO CIVIL E PENAL

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os direitos sobre obra intelectual foram mencionados no art. 5º, destacadamente no inciso XXVII, concebendo-os como um dos direitos fundamentais inalienáveis. Serviu como parâmetro para a criação da lei 9.610/1998, sendo a principal referência normativa de proteção a direitos advindos das invenções humanas.

A Lei do Direito Autoral, Lei Federal nº 9.610/1998, elenca os direitos e garantias concernentes às atividades que necessitam de proteção: publicação de obras literárias, artísticas ou científicas; transmissão ou emissão de sons ou imagens; retransmissão; distribuição de obra; comunicação ao público; reprodução; contrafação; as obras em coautoria; anônima; pseudônima; inédita; póstuma; originária; derivada; coletiva; audiovisual; fonograma; editor; produtor; radiodifusão; artistas intérpretes ou executantes; e o titular originário (BRASIL, 1998).

Dentro do arcabouço legal brasileiro há previsão de reparação na esfera civil sobre ilícitos praticados em função de violação de direitos autorais, como está previsto no art. 186 e

187 do Código Civil Brasileiro de 2002, inseridos no título III, com destaque para o trecho “ainda que exclusivamente moral”:

TÍTULO III

Dos Atos Ilícitos

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002).

Como se percebe, o Código Civil tem previsão expressa sobre a ilicitude na violação de um direito que pode ser de natureza moral (quando atinge a honra do autor) e patrimonial (quando traz prejuízos de natureza econômica para o autor), direitos referentes à personalidade, gerando responsabilidade civil e dever de indenizar, se forem comprovados o dano, além de outras reprimendas legais e sanções administrativas. Acerca de previsão de sanção civil, aduz o art. 927 do Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

Na esfera penal, a previsão para punição do praticante de crime que viola direitos de propriedade intelectual está prevista no art. 184, § 1º, § 2º e § 3º:

Art. 184 - Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa (BRASIL, 2003).

8. MARCO CIVIL DA INTERNET

O ainda inexequível tema sobre como pode se dar o combate contínuo de violação de direitos autorais na era virtual, esbarra em questões que geralmente são relacionadas a um direito constitucionalmente protegido como cláusula pétrea, que é a liberdade de expressão. Entretanto, quando há conflito de interesses envolvendo titulares de direitos igualmente protegidos, há um choque jurídico que ainda levará certo tempo para a uniformização das decisões, com base em previsão legal, sobre o uso de conteúdos em plataformas digitais e páginas da web.

É o que se tentou com o Marco Civil da Internet, fixado pela lei federal nº 12.965/2014, mas que não trouxe inovação acerca de proteção específica a direitos autorais, prevalecendo a lei vigente sobre o tema:

A aplicação no disposto deste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos, depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 2014, ART.19, §2º).

8.1 Responsabilização dos Provedores de Acesso à Internet

A LDA dispõe de forma genérica os critérios que prevêm violação de obra autoral, mas não apontou objetivamente no texto da lei, dada à época de sua promulgação, meios de responsabilização cível e penal sobre a divulgação de conteúdo de terceiro, não autorizado, na modalidade *online*. O Marco Civil da Internet estabelece um regramento, com direitos e deveres para os prestadores de serviço em plataformas digitais, visando à proteção de dados dos usuários, do comércio eletrônico e o combate à pirataria, sendo, portanto, uma ferramenta jurídica que dá sua contribuição de forma subsidiária, uma vez que, e mediante solicitação do autor de obra exposta não autorizada, ou ordem judicial, o administrador do *website* deve remover o conteúdo hospedado, orientado através de um mecanismo próprio de notificação e contra-notificação, ou estará sujeito a sanções civis e penais.

Em razão de várias lacunas na legislação concernentes aos direitos autorais na atualidade, é que em 2019 foi aberta uma consulta pública, proposta pelo Ministério da Cidadania, com o objetivo de elencar as novas demandas sobre o tema, através de um grande debate, ouvindo artistas, produtores musicais, gravadoras, provedores, administradores de páginas na internet e a população em geral. Expor as principais dificuldades, queixas, sugestões, a partir de critérios técnicos, jurídicos e tecnológicos, para se chegar a um denominador comum

e garantir o equilíbrio entre princípios constitucionalmente protegidos, direitos, deveres, proteção e promoção da arte em ambientes virtuais.

8.2 O Projeto de Lei que atualiza a LDA (PL 2370/2019)

O resultado de toda essa discussão culminou no projeto de lei de autoria da deputada federal Jandira Feghali, PL 2370/2019, que está tramitando no Congresso e tem como escopo a atualização da LDA frente às novas tecnologias, principalmente para regular a disponibilização e oferta de conteúdo multimídia pelos serviços de *streaming*, que revela toda obsolescência da legislação autoral vigente e a difícil aplicabilidade para o mundo fático na atual conjuntura tecnológica.

Mas o PL também trás outros temas de relevante urgência, principalmente em disposições onde a LDA se mostra omissa, tornando-se urgente a sua adequação aos dias atuais. Inserindo, por exemplo, dispositivos que tratem da cessão e da licença de obras intelectuais, para o melhor manejo dos contratos envolvendo esse ramo do direito, promovendo mais segurança jurídica entre as partes. Dentre outras propostas têm-se a ampliação da coautoria em obras audiovisuais para o roteirista; prazo de 70 anos, a partir do dia primeiro do ano seguinte para o exercício de direitos patrimoniais de obra coletiva; o uso gratuito de conteúdo audiovisual para deficientes físicos, para fins de reabilitação ou terapia; o uso em rituais religiosos no interior dos templos e espaços semelhantes; destacar expressamente que os ambientes virtuais são, para fins de direitos autorais, espaços de frequência coletiva e, portanto, de exploração pública e etc.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As transformações sociais e tecnológicas, fruto da evolução e do progresso humano, fazem com que o direito, de tempos em tempos, seja rediscutido, modificado e adaptado a essas mudanças para que não se torne obsoleto e ineficaz frente para novas demandas de segmentos da sociedade. É o que ocorre no ramo do direito que trata da propriedade intelectual (um direito real, ainda que incorpóreo), que abarcam direitos patrimoniais e direitos morais. Nessa seara, encontram-se as mais diversas expressões da capacidade intelectual humana, geradora de conhecimento e de bens culturais, sejam tangíveis ou intangíveis, e que, ao se externalizar para o mundo fático, fora da criatividade de sua mente, passa a ter direito de tutela e, dessa forma, proteção contra o uso ilícito dessas expressões.

O trabalho do autor de obra musical, assim como o de músicos, intérpretes, técnicos, e todas as demais categorias que agregam valor a essa atividade artística, encontra desafios ao

longo do tempo para que o direito sobre sua criação seja preservado por uma legislação e uma gestão coletiva eficaz, capaz de assegurar a devida compensação econômica da exploração de seu trabalho e a garantia de sua autoria, por se tratar de um direito personalíssimo e exclusivo. É esperado pela categoria de artistas do audiovisual um eficaz agrupamento normativo, que permita ao autor e o titular de direito de obra musical possa dispor de sua criação, dentro do que preconiza a LDA, facultando-lhe o direito de cessão para a exploração econômica de terceiros, mas que também seja capaz de protegê-la contra o uso indevido e de forma não autorizada.

O mundo globalizado transformou o modo como as pessoas adquirem e consomem bens culturais, que extrapolaram os espaços físicos. Ganharam as rádios, as TVs, a Internet e, nesta última, tem-se quase todas as mídias concentradas num único aparelho, habilitado por um provedor de internet e sistema compatível. Com toda essa complexidade e velocidade instantânea do mundo virtual, o controle sobre o uso de obra audiovisual torna-se um desafio para o principal órgão arrecadador de direitos autorais do Brasil, o ECAD, que necessitou, apesar de ocupar muitas vezes o polo passivo em vários litígios, o auxílio do poder judiciário, no sentido de adequar a LDA à nova realidade tecnológica, tendo como base alguns julgados, entendimentos e uniformizações jurisprudenciais, ainda que escassas para tais demandas.

REFERÊNCIAS

ALESP. Portal da Assembléia. Maestro Tim Rescala fala à CPI do Ecad. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=304579>. Acesso em: set., 2020.

AMARAL, C. **O que é serviço de streaming e como ele funciona**, jul., 2021. Disponível em: <https://k2ponto.com.br/blog/o-que-e-servico-de-streaming-e-como-ele-funciona/>. Acesso em: out., 2021.

Convenção de Berna. AmarSombrás, 2018. Disponível em <https://amar.art.br/convencao-de-berna/>. Acesso em: out., 2020.

ANDRADE, S. S. Fonógrafo. **Revista Mural Sonoro**, fev., 2014. Disponível em: <https://www.muralsonoro.com/mural-sonoro-pt/2014/2/15/fongrafo>. Acesso em: set., 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.610/1998 de 19 de Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm/. Acesso em: out., 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan., 2002.

BRASIL. **STJ, Resp. 242468 – PR**, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 29.5.2000.

BRASIL. **Lei no 10.695, de 1º de julho de 2003**. Altera e acresce parágrafo ao art. 184 e dá nova redação ao art. 186 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, alterado pelas Leis nos 6.895, de 17 de dezembro de 1980, e 8.635, de 16 de março de 1993, revoga o art. 185 do Decreto-Lei no 2.848, de 1940, e acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.695.htm. Acesso em: ago., 2020.

BRASIL. **LEI Nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: set., 2020.

CAMPANERUT, Camila. **Obras de Monteiro Lobato entram para domínio público**. Brasília: Ministério da Cidadania, 2019. Disponível em: <http://cultura.gov.br/obras-demonteiro-lobato-entram-para-dominio-publico/>. Acesso em: out., 2020.

DIAS, R.; GONÇALVES, D.; FONSECA, M. J. From manual to assisted playlist creation: a survey. **Multimedia Tools and Applications**, 2016. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11042-016-3836-x>. Acesso em: set., 2020.

FRANCISCO, P. A. P.; VALENTE, M. G. **Da Rádio ao Streaming: ECAD, Direito Autoral e Música no Brasil**. Ed. **Beco do Azougue**, 1ª Edição, Rio de Janeiro, 2016.

MOURA, Raquel Giovanini de. Responsabilidade civil dos provedores quanto a violação dos direitos autorais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5393, 7 abr. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64661>. Acesso em: 2. Acesso em: out., 2020.

GALLI, M. **Ecad pode cobrar direito autoral por músicas tocadas na internet**, fev., 2017 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-09/ecad-cobrar-direito-autoral-musicas-tocadas-internet>. Acesso em: out., 2020

GRAVADOR DE ROLO. *In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre*. Flórida: Wikimedia Foundation, 2019. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Gravador_de_rol&oldid=54148159. Acesso em: jan., 2019.

JABUR, T. Prazo de Proteção de Direito de Autor. **Revista Abramus**, Edição 32, ago., 2016. Disponível em: <https://www.abramus.org.br/artigos/12450/qual-e-o-prazo-de-protecao-do-direito-de-autor/>. Acesso em: out., 2020.

MACHADO, C.; FERRAZ, A. C. C. **Constituição Federal Interpretada: Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo**. Baurueri/SP: Ed. Manole, 7ª Edição, 2016.

MACHADO, C.; AZEVEDO, D. T. **Código Penal Interpretado: Artigo por Artigo, Parágrafo por Parágrafo**. Barueri/SP: Ed. Manole, 6ª Edição, 2016.

DAVES, H. I. R. N. A responsabilidade civil sobre a violação da propriedade intelectual na internet. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6175, 28 mai. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38723>. Acesso em: out., 2020.

O QUE É MP3? Entenda mais sobre o popular formato digital para músicas. **Tech Tudo**, 2014. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2014/10/o-que-e-mp3-entenda-mais-sobre-o-popular-formato-digital-para-musicas.html>. Acesso em: out., 2020.

PANZOLINI, C.; DEMARTINI, S. **Manual de Direitos Autorais**. Brasília, TCU, 2017.

PELUSO, C. **Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Ed. Manole, 10ª Edição, 2016.

REIS, G. **A Lei de Direitos Autorais e o PL 2370/19: O que muda?**, 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/321506/a-lei-de-direitos-autorais-e-o-pl-2-370-19--o-que-muda>. Acesso em: set., 2020.

SAIBA MAIS SOBRE O ECAD E AS MUDANÇAS NA LEI DE DIREITOS AUTORIAIS. **Revista Hotelnews**, 2014. Disponível em: <https://www.revistahotelnews.com.br/saiba-mais-sobre-o-ecad-e-as-mudancas-na-lei-de-direitos-autorais/>. Acesso em: ago., 2020.

SANTOS, N. **O que é o ECAD? Tudo que você precisa saber sobre**, 2020. Disponível em: <https://listenx.com.br/blog/tudo-que-voce-precisa-saber-sobre-o-ecad>. Acesso: ago., 2021.

SIGNIFICADO DE VLOG. **7Graus**, 2011. Disponível em: <https://www.significados.com.br/vlog/>. Acesso: out., 2020.

MELO, G. T; ROSA DE SOUZA, J. P. **Lucro Indireto Online por Violação de Direitos Autorais**, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74348/lucro-indireto-online-por-violacao-de-direitos-autorais>. Acesso em: out., 2020.

União Brasileira de Compositores – UBC. Disponível em: <https://www.ubc.org.br/>. Acesso: out., 2020

VALENTE, M. **Direito Autoral e Plataformas de Internet: um assunto em aberto**, 2019. Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/pt/especial/direito-autoral-e-plataformas-de-internet-um-assunto-em-aberto>. Acesso em: set./2020.

VEIGA, L. G. V. **Consulta Pública reabre discussão sobre atualização de direito autoral na internet**, 2019. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/310398/consulta-publica-reabre-discussao-sobre-atualizacao-da-lei-de-direito-autoral>. Acesso em: out, 2020.

CAPÍTULO 10

A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA EM CASOS ENVOLVENDO ADOLESCENTES INFRATORES

Cláudio Daniel de Souza
Luan Christ Rodrigues
Thauane Mayer dos Santos

RESUMO

Objetivo: o presente trabalho tem o intuito de analisar a aplicabilidade da justiça restaurativa voltada para adolescentes infratores. Metodologia: trata-se de pesquisa analítico-descritiva, com vertente conceitual e exploratória, que se mune do método de abordagem hipotético-dedutivo para realizar revisão conceitual acerca dos conceitos atinentes à justiça restaurativa envolvendo adolescentes em conflito com a lei, relacionando-os com os fundamentos normativos principiológicos do menor infrator. Resultados: as práticas restaurativas povoam um trajeto de acolhimento e de diálogo para a solução de conflitos, além de servirem como linha e agulha na tessitura do corpo de um discurso de conscientização e responsabilização do ofensor, bem como da restauração dos laços sociais. Conclusão: a proposta restaurativa é colocada na responsabilidade de cada indivíduo em sua tentativa de identificar a razão de sua ação, apesar da incerteza subjacente a todas as decisões. Ao fazer isso, adolescentes infratores deixarão de ser meros destinatários de uma regra desconhecida e, em vez disso, se tornarão, aos seus próprios olhos, os criadores dela.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Restaurativa. Jovens Infratores. Ressociação. Medidas Socioeducativas. Círculos Restaurativos.

1. INTRODUÇÃO

O jovem em conflito com a lei, como dispositivo de estudo, atrai o interesse de boa parte da sociedade e de pesquisadores de diversas áreas. A violência assumiu formas diferentes em ambientes urbanos, mas o envolvimento de jovens em atividades criminosas desperta o interesse de autoridades, cientistas sociais e do público em geral.

Portanto indaga-se: de que forma a justiça restaurativa pode contribuir para a responsabilização, a conscientização e acolhimento do menor infrator?

Dessa forma, o objetivo geral desta pesquisa é analisar a aplicabilidade da justiça restaurativa voltada para menores infratores. Foram delineados os seguintes objetivos específicos: a) estudar os elementos conceituais e contextuais da justiça restaurativa na socioeducação; e b) estudar a aplicabilidade da implementação de práticas restaurativas no contexto do menor infrator.

Na primeira seção, far-se-á observações significativas sobre o sistema de justiça restaurativa, incluindo seus princípios, valores, características e vantagens. É inevitável que esses conteúdos sejam analisados a fim de compreender a proposta final do estudo, que é o uso

de práticas restaurativas para adolescentes em conflito com a lei . Além disso, serão discutidas suas características, princípios orientadores, valores centrais e princípios fundamentais, destacando-se as diferenças do sistema de justiça criminal tradicional. Foca-se nos sujeitos envolvidos no processo restaurativo – a tripé vítima, infrator e comunidade – e no tratamento recebido pelos mesmos indivíduos nos sistemas restaurativo e retributivo.

Na segunda seção, discute-se a aplicabilidade de implementação de práticas restaurativas em contexto nacional, em especial aquelas dirigidas a jovens em conflito com a lei. A forma como o Estado interveio em casos de danos intencionais e respostas institucionais também é um ponto levado em consideração.

2. A JUSTIÇA RESTAURATIVA NA SOCIOEDUCAÇÃO: UMA POSSIBILIDADE DE DESENVOLVIMENTO

O sistema penal tradicional trabalha com uma lógica vingativo-punitiva, decorrente da visão de que a violação da norma jurídica reflete em ofensa ao Estado, instituição encarregada de impor uma pena como a sanção necessária pelo mal praticado, infligindo ao infrator, por essa medida, dor e sofrimento.

De outro lado, aparece a justiça restaurativa como forma alternativa de resolução de conflitos penais, firmada por valores como a responsabilização, inclusão, participação e diálogo, que pode corresponder a anseios civilizatórios inadiáveis em que a violência teima em se impor como forma natural de sociabilidade (AGUINSKY; CAPITÃO, 2008).

É preciso avançar para um sistema flexível de justiça criminal, com condutas adequadas à variedade de transgressões e de sujeitos envolvidos, num salto de qualidade, convertendo um sistema monolítico, de uma só porta, para um sistema multi-portas que ofereça respostas diferentes e mais adequadas à criminalidade. A justiça restaurativa surge então como uma alternativa mais flexível ao sistema convencional de enfrentamento do fenômeno criminal. (PINTO, 2005).

É fundamental ressaltar, no entanto, que esse novo paradigma não visa dismantlar o sistema justiça penal, uma vez que se apresenta somente como um modelo auxiliar, que inspira o seu exercício de restituição da paz. Nesse sentido:

A abolição do sistema, todavia, não é defendida, e sequer aceita, como possível, porque numa época de “modernidade tardia” ou “pós-modernidade” os conflitos sociais exigem medidas amargas para pacificação e manutenção da liberdade dentro dos grupos sociais. Ainda não se vislumbra algo melhor que o Direito penal, porém se pode vislumbrar medidas alternativas e complementares como indispensáveis ao Estado Democrático de Direito (SALIBA, 2009, p. 143).

A justiça restaurativa deve se basear em dois princípios, quais sejam, a ampliação dos espaços democráticos e o desenvolvimento de novos métodos de regulação social. No entanto, SICA (2006. p. 475) argumenta que “[...] a justiça restaurativa deve ser encarada como iniciativa capaz de fundar um novo paradigma de justiça e não só representar mais uma técnica de resolução de conflitos ou instrumento de alívio processual”.

A justiça restaurativa parte dos danos causados pela prática do delito, e busca a restauração dos laços de relacionamento e confiabilidade social rompidos pela infração, mediante responsabilização dos indivíduos e reparação do mal provocado, seja material ou psicológico, assim como outras formas de sofrimento causado à vítima. Ao longo desse processo a vítima ocupa uma posição especial diferente daquela fomentada pelo sistema formal, pois exerce uma posição de destaque, em que suas necessidades, sentimentos e preocupações são levados em consideração, para que, ao final, todos envolvidos no conflito sintam-se satisfeitos, recuperando aquela relação anteriormente abalada pelo crime (AGUINSKY; BRANCHER, 2006; WALGRAVE, 2006).

Ambiciona-se caracterizar uma dimensão ampla do processo restaurativo como um processo de inclusão ativa na justiça penal, onde vítima, ofensor e comunidade se encontram para discutir o crime e as suas consequências, por meio de reuniões intermediadas por facilitadores, com a possibilidade da participação de familiares ou terceiros, desejando como resultado a reparação, patrimonial ou moral, e reintegração social da vítima e do delincente à comunidade, sem estigma ou marginalização. (SALIBA. 2009. p. 151).

2.1 Justiça Restaurativa: conceitos e desenvolvimentos

A justiça restaurativa, com o abandono do paradigma crime-castigo, passa a ser concebida em um novo modelo de gerenciamento de conflitos, adotando a prática restaurativa tanto no processo de conhecimento quanto no momento da execução de medida socioeducativa aos infratores, sejam eles adultos, adolescentes ou crianças. Esta nova prática baseia-se em uma compensação tida como mais justa para os envolvidos (ACHUTTI, 2016).

Nesse ínterim, cabe destacar que

Quando falamos sobre a introdução da justiça restaurativa, não nos referimos simplesmente à escolha de novos métodos de resolução dos conflitos ou mecanismos de alívio do Judiciário, e tampouco ao debate uma nova teoria penal. A abordagem remete à elaboração de um novo paradigma de justiça penal que influa (e altere) decisivamente na nossa maneira de pensar e agir em relação à questão criminal. (SICA, 2007, p. 455).

Destaca-se que a sua definição ainda não é unânime. Todavia, busca-se o consenso entre o infrator e a vítima, assim como com os membros da comunidade que acabam sendo afetados pelo delito, todos participando coletiva e ativamente na construção de melhores resultados e soluções de restauração dos traumas e perdas gerados pelo crime (SLAKMON; DE VITTO; PINTO, 2005).

Com tais inovações, abre-se uma porta no sistema penal tradicional para a inclusão dos mecanismos restaurativos, mesmo sem uma previsão normativa específica (PEIXOTO, 2009).

É relevante a posição e análise apontada por SANTOS (2014) na medida em que utiliza como critério para estabelecer como ponto de partida para uma tentativa de compreensão de várias propostas de definição da justiça restaurativa a catalogação em dois grandes grupos: a) associado à compreensão minimalistas, cujas definições enfatizam o processo; b) ligado ao entendimento denominado de maximalista, também apresentado como modelo “centrado nos resultados” de tendência abolicionista, que tem a pretensão de substituir-se à justiça como modelo de reação ao crime.

De acordo com Zehr (2008):

O que a Justiça Restaurativa oferece não é só uma nova prática de justiça, mais um olhar diferente de crime e um novo objetivo para justiça: o crime é visto como uma fonte de prejuízo que deve ser reparado. Além disso, o dano essencial do crime é a perda de confiança, tanto ao nível interpessoal e social. O que as vítimas e as comunidades precisam é ter sua confiança restaurada. A obrigação fundamental do delinquente é mostrar que eles são confiáveis. O objetivo da justiça deve ser para incentivar este processo. O objetivo primordial da justiça, então, deveria ser o restabelecimento da confiança. A tentativa de conseguir isso em ambos os níveis pessoal e social pode fornecer um guarda-chuva unificador para a nossa resposta ao crime. Ao invés de substituir outros, os objetivos mais tradicionais que se tornaria a principal consideração na sentença, oferecendo razões e limites para a aplicação de metas, como a incapacitação e punição (ZHER, 2008, p. 93).

O objetivo da justiça restaurativa é prevenir conflitos futuros, ampliando os mecanismos punitivos ou sancionatórios existentes e propondo uma mudança na forma como o conflito é administrado, a fim de alcançar uma justiça negociada que aborde questões de restituição de direitos perdidos no sistema de justiça criminal, bem como questões familiares e educacionais. Assim, rejeita-se o paradigma crime-castigo e introduz o diálogo na resolução dos casos. (ACHUTTI, 2016).

2.2 As diferenças entre Justiça Retributiva e Justiça Restaurativa

O paradigma retributivo usa a punição para responder ao crime e à violência, mas esse sistema ignora diversas necessidades da vítima e do ofensor. Como resultado, a própria vítima

ou a pessoa que teve seu bem jurídico violado é basicamente esquecida na justiça criminal. O processo desconsidera as vítimas ao mesmo tempo em que fracassa no propósito de responsabilizar os ofensores e impedir os crimes e a violência (ZEHR, 2008).

Segundo Zehr (2018), o paradigma da justiça retributiva vê o crime da seguinte forma: a) o crime é definido pela violação da lei; b) os danos são definidos em abstrato; c) o crime está numa categoria distinta dos outros danos; d) o Estado é a vítima; e) o Estado e o ofensor são as partes no processo; f) as necessidades e direitos das vítimas são ignorados; g) as dimensões interpessoais são irrelevantes; h) a natureza conflituosa do crime é velada; i) o dano causado ao ofensor é periférico; j) a ofensa é definida em termos meramente técnicos e jurídicos.

Com base nisso, não há expectativa de que a prisão ensine o infrator um comportamento não violento; pelo contrário, é improvável que a prisão tenha sucesso em proteger a sociedade do infrator porque, após a libertação, o infrator provavelmente se comportará pior do que quando foi preso, e enquanto ele está no carcere, poderá se tornar uma ameaça para aqueles que estão em seu convívio (ZEHR, 2008).

De acordo com Zehr (2008), o infrator absorverá um padrão distorcido de relações interpessoais enquanto estiver sob custódia baseado na dominância. Sobre a questão do encarceramento, o autor aludido, faz algumas observações abordando um estudo de caso de um jovem que foi condenado a 20 anos de prisão nos Estados Unidos nos seguintes termos:

Esse delinqüente precisa aprender que ele é alguém de valor, que ele tem poder e responsabilidade suficientes para tomar boas decisões. Ele precisa aprender a respeitar os outros e seus bens. Ele precisa aprender a lidar pacificamente com frustrações e conflitos. Ele precisa aprender a lidar com as coisas. Ao invés disso, aprenderá a recorrer à violência para obter validação pessoal, para conseguir lidar com o mundo, para resolver problemas. Seu sentido de valor e autonomia será solapado ou então fincará suas raízes em terreno perigoso (ZEHR, 2008, p. 38).

Devido as potencialidades inerentes à abordagem restauradora, este é um campo desafiador. Como explicam Andrade e Comiran (2021a, p. 7), “[...] por um lado, o risco de desvios e instrumentalização relegitimadora do modelo punitivo deslegitimado; por outro, as potencialidades de reinvenção humanista e democrática da justiça”.

Há uma excessiva complexidade e pluralidade presentes na justiça restaurativa à medida que ela se desenvolve através de fundamentos, práticas, teorias, conceitos, objetivos, princípios orientadores e valores, para justiça e a transformação do modelo punitivo dominante no sistema de vigor. A justiça restaurativa não é uma justiça que pode ser monopolizada pelo Estado ou mesmo pela comunidade. “[...] O debate

que indaga, polarizadamente, se ela pertence ao Estado ou à comunidade é uma falsa questão” (ANDRADE; COMIRAN, 2021a, p. 3).

Zehr (2015) defende que ambas as abordagens comprovam que deve haver uma proporcionalidade entre o ato danoso e a reação a ele. Porém, as teorias divergem no tocante à “moeda” que vai quitar as obrigações e contrapesar a balança. Diante das características de ambos os modelos, diante do seguinte entendimento:

A justiça retributiva postula que a dor é o elemento capaz de acertar as contas, mas na prática ela vem se mostrando contraproducente, tanto para a vítima quanto para o ofensor. Por outro lado, a teoria da Justiça Restaurativa sustenta que o único elemento apto para realmente acertar as contas é a conjugação do reconhecimento dos danos sofridos pela vítima e suas necessidades com o esforço ativo para estimular o ofensor a assumir a responsabilidade, corrigir os males e tratar as causas daquele comportamento.” (ZEHR, 2015, p. 82).

O grande trunfo deste idôneo modelo de justiça “[...] parece residir na ampliação do próprio acesso à justiça, pela oportunidade dada às partes envolvidas em um conflito ou delito de participarem diretamente de seus procedimentos e resultados” (CARDOSO NETO; SPOSATO, 2013).

Como resultado, em contraste com a resposta dada pelo sistema de justiça criminal, essas práticas proporcionam uma resposta melhor e mais democrática ao crime, segundo os defensores desse novo movimento.

2.3 Práticas e consequências da justiça restaurativa

No Brasil, a metodologia mais utilizada é a do círculo de construção de paz (PALLAMOLLA, 2017), baseada na Comunicação Não-violenta (CNV) e nos círculos de construção de paz. Entretanto, independentemente da prática restaurativa escolhida, serão os princípios e os valores da justiça restaurativa que dirão em que lugar estar-se-á agindo, sobretudo na transformação ou na manutenção (ANDRADE; COMIRAN, 2021b).

Os círculos restaurativos são divididos em três momentos principais, que precisam estar interconectados para que o procedimento venha a ocorrer com qualidade: pré-círculo, círculo e pós-círculo. A primeira parte é de preparação, a segunda é o encontro propriamente dito, e a terceira se refere ao acompanhamento. (ANDRADE; COMIRAN, 2021d).

Segundo Pranis (2010), o processo circular deve ser realizado de forma a fomentar conexões humanas profundas, revelar diferenças sem excluí-las e dar a todos os envolvidas

oportunidades iguais de falar sem interrupção e de serem ouvidos de forma empática, nesse sentido:

Acontece por meio da “contação” de histórias, pois cada pessoa tem uma história para contar e uma lição para oferecer. O compartilhamento das histórias significativas aproxima as pessoas e aguça entre elas a percepção da profundidade e da beleza do humano. A partir da contribuição da experiência de vida e da sabedoria dos participantes, gera-se uma nova percepção e surgem oportunidades para lidar com as questões. As decisões, quando cabíveis, são tomadas por consenso, no círculo. O processo decisório não significa que todos estarão animados com a decisão. O consenso estimula cada um a ser sincero, quando não for possível conviver com determinada decisão, e auxilia o grupo a encontrar uma solução com a qual todos possam viver, atendendo às necessidades do coletivo. Os participantes devem estar propensos a viver conforme o que foi decidido e a apoiar a concretização do plano de ação (PRANIS, 2010. p. 56).

Em pesquisa encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizada por ANDRADE (2018), é possível constatar que a justiça restaurativa está sendo cada vez mais utilizada em disputas envolvendo crianças e adolescentes, violência contra a mulher, delitos de futebol, brigas familiares, disputas nas escolas e crimes contra a honra. Portanto, trata-se de “[...] um desafio a ser superado para que as práticas restaurativas sejam, efetivamente, utilizadas em casos criminais mais graves e, portanto, possam interferir no hiperencarceramento”. (ANDRADE, 2018).

Em termos de responsabilidade, justifica-se dizer que as práticas restaurativas podem fazer com que os envolvidos reconheçam que são responsáveis pela ofensa que gerou o conflito (especialmente no caso dos infratores), bem como pela sua resolução. O ideal é que isso ocorra tanto quando envolva os ofensores quanto as vítimas, tal como a comunidade. A responsabilidade deve ser assumida por intermédio do diálogo (BRUXEL, 2008), resguardando a autonomia e a dignidade dos indivíduos (BRANCHER, 2007; TODESCHINI *et al.*, 2008), bem como deve envolver o maior número possível de pessoas para que o conflito seja efetivamente resolvido (BRUXEL, 2008).

A disseminação do paradigma restaurativo para comunidades que não estão diretamente envolvidas com o sistema de justiça pode impedir o surgimento de respostas violentas aos conflitos, pois as pessoas aprenderão a lidar com as tensões nas relações interpessoais de forma pacífica, sem ter que formalizar o conflito por meios legais (BRANCHER; AGUINSKY, 2006). De acordo com Brancher (2013), o paradigma da restauração pode ser visto dessa forma como uma estratégia de pacificação social que estimula mudanças na própria cultura no que diz respeito às técnicas de resolução de conflitos.

À luz da interação com a força coercitiva do Estado, a justiça restaurativa abre novos caminhos para o desenvolvimento da responsabilidade genuína. Em um esforço para reduzir os danos causados por essas intervenções, esforça-se para reduzir a violência nas práticas institucionais e profissionais no âmbito de sua atuação. Em vez de competir com os procedimentos costumeiros usados pela justiça convencional, esse novo paradigma de justiça fomenta uns novos sentidos baseados na participação, autonomia e inclusão (MARSHALL, BOYACK; BOWEN, 2005).

3. JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ÂMBITO INFANTO-JUVENIL

Com o objetivo de compreender conflitos, violências e crimes envolvendo adolescentes, vítimas e comunidade, a justiça restaurativa terá impacto no campo da Justiça Especializada da Infância e Juventude em conjunto com as disposições de viabilidade do ECA e do SINASE. Esses objetivos incluem a reparação de danos, na conscientização e no reestabelecimento das relações humanas e sociais danificadas (SPOSATO, 2018, p. 119).

O principal objetivo das intervenções restaurativas no contexto da justiça juvenil é a reabilitação e reintegração dos menores de 18 anos na sociedade, envolvendo a participação da vítima, bem como do infrator e de quaisquer adultos responsáveis, tutores da criança e do adolescente, representantes da escola e da comunidade e quaisquer outras partes que possam ter sido impactadas negativamente pelo conflito. Por estar centrado no respeito mútuo e no fortalecimento das relações, a maioria das pessoas acredita que a justiça restaurativa pode ser aplicada em todas as etapas do processo legal para apuração de infrações penais em que crianças, adolescentes e jovens foram autores ou vítimas (DÜNKEL; HORSFIELD; PĂROȘANU, 2015).

Segundo os estudos produzidos pelos autores retromencionados em mais de 30 países da União Europeia, os materiais coletados permitem que os pesquisadores confirmem que a justiça restaurativa oferece aos participantes uma variedade de benefícios: a) menor tendência a desenvolver comportamento antissocial nas relações com a família e a sociedade; b) maior possibilidade de reflexão a respeito das consequências do ato lesivo, para as demais pessoas; c) oportuniza a responsabilização; d) produz menores níveis de medo e de sintomas de estresse pós traumático nos adolescentes; e) oportuniza espaços de fala aos participantes que, em um ambiente seguro, veem aumentada a probabilidade de solucionar o conflito.

Além disso, embora possa não ser o objetivo principal da justiça restaurativa, as práticas restaurativas estão mostrando resultados animadores em termos de prevenção da delinquência

juvenil. Os estudos também apontam para o aumento dos índices de reinserção social de adolescentes em conflito com a lei à comunidade em vários países do mundo, principalmente na Alemanha, Austrália, Bélgica, Canadá e Áustria (RODRIGUES, 2017).

A discussão da justiça restaurativa no Brasil alcançou o âmbito juvenil e ganhou força, no ano de 2005, com o lançamento da Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, intitulado "Implementando Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro", que teve como intuito realizar os projetos pilotos em Brasília/DF, São Caetano do Sul/SP e Porto Alegre/RS (FLORES; BRANCHER, 2016, p. 92).

Os principais objetivos que nortearam o desenvolvimento deste programa e permitem compreender sua estrutura e dinâmica são os seguintes: fortalecer a rede de apoio ao jovem infrator que cometeu o ato violento; reduzir o encaminhamento de casos relacionados à escola para os trâmites judiciais criminais, isso porque cerca de 1/4 dos casos que seguem para o sistema de justiça decorrem de conflitos relacionados à escola (MELO, 2008).

De acordo com os resultados de 2006, conclui-se que dos 260 círculos restaurativos executados, 231 tiveram acordos firmados, isto é, 88,84% dos casos alcançaram conciliação das partes (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2012).

No entanto, desses 231 acordos, 223 foram cumpridos pelas partes, o que significa que quase todos os processos (96,54%) resultaram na máxima eficácia das propostas feitas, sendo que 160 círculos ocorreram nas escolas, 39 por via judicial e 53 dentro do contexto da comunidade (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2012).

Posteriormente, outro grande projeto regularizador das práticas restaurativas no Brasil foi o que ocorreu na cidade de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, nomeado de "Justiça para o Século 21", oficialmente implantado no ano de 2005 (PALLAMOLLA, 2009).

O projeto foi desenvolvido em frente à 3ª Vara do Juizado Regional da Infância e da Juventude, responsável pela execução das medidas socioeducativas, sob o gerenciamento do Juiz Leoberto Brancher, outro importante defensor dessas práticas, sobretudo por meio do método do Círculo Restaurativo (PALLAMOLLA, 2009).

O objetivo principal deste projeto foi utilizar as práticas restaurativas para abordar a questão da delinquência juvenil e prevenir a judicialização dos conflitos. Foi lançada pela Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS), em quatro áreas: processo judicial, atendimento socioeducativo, educação e participação da comunidade (PALLAMOLLA, 2009).

Conforme o projeto, a interferência para a execução do procedimento restaurativo pode acontecer de duas maneiras híbridas: alternativa ou complementar ao sistema de justiça tradicional socioeducativo (FERRAZ, 2016).

Os processos circulares são mais expansivos do que os métodos previamente estabelecidos, estimulando diálogos profundos e possibilitando uma conversa mais intensa sobre as necessidades e responsabilidades dos indivíduos (ZEHR, 2015).

3.1 Adolescentes nos círculos restaurativos

Os Círculos de Construção da Paz são intencionais porque acontecem com objetivos pré-determinados e sempre têm um motivo para acontecer. Servem para assegurar comportamentos e habilidades voltados para a conexão, o pertencimento e à interação respeitosa, dando aos participantes a chance de compreender o significado de sua própria fala e escuta. Eles estão posicionados para respeitar e valorizar cada membro sem levar em consideração qualquer distinção ou nível de significância em suas declarações (PRANIS, 2010).

Os Círculos possuem significado para os estudantes, além de ser uma metodologia simples, mas muito mais porque é “[...] um lugar onde eles têm total liberdade para falar, e todos estão ouvindo atentamente o que eles têm a dizer” (PRANIS, 2014, p. 70).

Nota-se que entender o contexto em que está ocorrendo o ato infracional do adolescente é fundamental. De acordo com Zehr (2012):

Inúmeros episódios de violência podem ser, na realidade, uma reconstituição de traumas vivenciados anteriormente, aos quais não foi possível reagir de modo adequado no passado. A sociedade tende a reagir infringindo mais traumas na forma de penas privativas de liberdade. Embora a realidade traumática não possa ser usada como desculpa para o crime, ela deve ser compreendida e tratada (ZEHR, 2012, p. 43).

Como resultado, o círculo restaurativo permite olhar para o adolescente e os sistemas nos quais ele está inserido, levando em consideração sua autonomia e responsabilidade compartilhada. Dessa forma, entende-se que os adolescentes em conflito com a lei têm o direito de participar dos círculos restaurativos durante o cumprimento da medida socioeducativa, conforme já previsto no Programa de Execução de Medidas Socioeducativas de Internação e Semiliberdade no Rio Grande do Sul (SDH/PR *et al.*, 2014).

As práticas restaurativas permitem iluminar e revigorar um conjunto de experiências sobre a aplicação e cumprimento de medidas socioeducativas tanto para os operadores do sistema quanto para os participantes do processo, incluindo adolescentes em conflito com a lei, cuja expressão para participar do processo é emblemático e altamente positivo (BRANCHER;

ARGUINSKY, 2006). Além disso, os indicadores de satisfação do estudo de longo prazo mostram que 90% dos adolescentes que participaram expressaram satisfação com a experiência, manifestando gratidão por receberem respeito e justiça ao longo do procedimento restaurativo. (AGUINSKY *et al.*, 2008).

Em uma visão geral, é feita uma breve explanação de três situações que se destacam e são frequentemente utilizadas nas práticas juvenis, quais sejam, a mediação vítima-ofensor, as conferências familiares e os círculos restaurativos. A participação das partes na realização das reuniões será sempre voluntária. Da mesma forma, é requisito para a sua execução que o infrator reconheça toda ou parte de sua responsabilidade. De acordo com os participantes a vontade manifestada pelos facilitadores conduzem as reuniões, orientando e supervisionando de forma geral, equilibrando a atenção dispensada a cada uma das partes, buscando constantemente o diálogo e o melhor entendimento individual e coletivo das circunstâncias (ZEHR, 2008).

Todos os modelos oferecem a oportunidade para os participantes examinarem os eventos, seus sentimentos e possíveis soluções. Eles são encorajados a compartilhar suas histórias, fazer perguntas, expressar seus sentimentos e trabalhar para chegar a uma decisão mutuamente aceitável. A reunião serve como uma plataforma para as pessoas conversarem, compartilharem seus sentimentos sobre o que aconteceu e pensarem sobre suas intenções futuras. O diálogo serve como ponto de partida para chegar às melhores conclusões (ZEHR, 2008).

3.2 A reparação e a responsabilidade como consequências de um diálogo baseado em valores

A justiça restaurativa abre novos caminhos para o desenvolvimento de uma responsabilidade genuína à luz das interações de alguém com a força coercitiva do Estado. As intervenções visam reduzir a violência institucional e profissional em suas áreas de atuação numa perspectiva de redução de danos. Em vez de competir com os procedimentos habituais usados pela justiça convencional, esse novo paradigma de justiça dá a cada indivíduo um novo senso de propósito baseado na participação, autonomia e inclusão (AGUINSKI; CAPITÃO, 2008).

Segundo Wormer (2008), a justiça restaurativa possui vantagens como trabalho social, pois lida com a resolução de conflitos, que se estende para além da vítima e do ofensor, para incluir a comunidade, através de uma metodologia que dá voz e se baseia na resolução de problemas e na reconciliação, em vez de apenas o problema em si (WORMER, 2008).

A justiça restaurativa cria oportunidades para que os indivíduos comuniquem suas experiências emocionais, a solidariedade social fomentada pelos rituais de interação dos círculos dá às vítimas um senso de autoconfiança e as absolve de culpa em relação ao ofensor. Desta forma, a justiça deve levar em conta os fatores legais, judiciais, sociais, econômicos e outros, que constituem os pilares do respeito às sociedades e à dignidade de seus membros, além de garantir a segurança e a integridade dos indivíduos (DONALDSON, 2009).

Hannem (2013) acredita que, além de atender às suas necessidades básicas de lazer, educação, prática esportiva, orientação de relacionamento, auxílio no desenvolvimento profissional (em nível superior) e outras aspirações, os jovens e adolescentes precisam de uma variedade de atividades e iniciativas para envolvê-los na vida comunitária. Zehr (2008) chama a atenção para a questão quando se refere às necessidades dos infratores como uma responsabilidade social. Em outras palavras, o governo deve atender às necessidades que os indivíduos não podem atender sozinhos. Portanto, segundo o autor, o componente chave é reconhecer e atender às necessidades fundamentais do infrator, na medida que o crime também cria um dever para a comunidade e/ou o Estado.

A justiça restaurativa ajuda ameniza os efeitos da angústia e ódio da vítima sobre os infratores. De acordo com o conflito e o modo de resolvê-lo, os autores certificam que pode ser criado um clima emocional diferente, servindo de fundamento para a legalidade da intervenção em processo judicial ou restaurativo (JOO; KIM; GERBER, 2011).

A ética restaurativa apresenta a conceitualização de responsabilidade ativa, na medida em que fortalece a comunidade e os indivíduos para que desempenhem o papel de pacificar seus próprios conflitos e cessar as cadeias de reverberação da violência. Isto é, esta proposta acarreta obrigações positivas – “[...] a transfiguração das relações que possam indicar um outro modo de expressão da vida em sociedade” (BRANCHER; AGUINSKY, 2007) – bem como obrigações negativas – “[...] não causar prejuízo a outrem ou reparar o prejuízo causado”. (MELO, 2005, p. 12).

Ao levar em consideração as obrigações e exigências de cada parte envolvida e encarar a justiça "como um valor que emerge da relação" (MELO, 2005), estabelece-se a responsabilidade tanto para com a parte com quem o conflito foi travado quanto para com o outro.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou as potencialidades da justiça restaurativa, buscando explorar alguns aspectos envolvendo a criminalidade juvenil, evidenciando especialmente o grau e as características dos vínculos sociais dos jovens autores de atos infracionais em um contexto que preconiza uma resposta alternativa aos tradicionais procedimentos de administração jurídica ligados ao aparelho de Estado.

O tipo ideal de justiça é aquele que responsabiliza o infrator por suas ações, respeitando sua autonomia, proporcionando-lhe tempo para refletir e permitindo-lhe assumir a responsabilidade pelas consequências de suas ações.

A justiça ideal é aquela que permite a participação ativa do adolescente no processo e lhe dá voz para expressar seus sentimentos, demandas, arrependimentos e razões para o comportamento desviante. É aquela que encoraja as tentativas de autocomposição do conflito, visando restabelecer a harmonia nas relações entre as partes envolvidas e, o mais importante, preza tanto pela dignidade da vítima quanto pela do ofensor. Busca integrar os adolescentes às comunidades, fortalecer os vínculos comunitários por meio do envolvimento ativo da comunidade no processo, acolher as vítimas diante dos conflitos nos quais estão relacionadas.

Do ponto de vista prático e jurídico, percebe-se a exequibilidade do uso de práticas restaurativas para adolescentes em conflito com a lei. Embora seja verdade que esta proposta deva ser cuidadosamente pensada, avaliada e refletida. É perceptível o desafio de uma teoria crítica que englobe as características latino-americanas para que a devolutiva dessa prática leve em conta a busca permanente da justiça comunitária, democrática e humanista.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, D. S. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ACHUTTI, D.; PALLAMOLLA, R. Restorative justice in juvenile courts in Brazil: a brief review of Porto Alegre e São Caetano pilot projects. **Universitas Psychologica**, Bogotá, v. 11, n. 4, out./dez. 2012. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1657-92672012000400005. Acesso em: mai. 2022.

AGUINSKY, B.; CAPOTÃO, L. Violência e socioeducação: uma interpelação ética a partir de contribuições da justiça restaurativa. **Revista Katálysis, Florianópolis**, v. 11, n. 2, p. 257-264,

2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rk/a/ZTxVqDmVwhFCwtnq4zksdHD/abstract/?lang=pt>. Acesso em: mai. 2022.

SILVA, A. F. A e. O Estatuto da Criança e do Adolescente e sistema de responsabilidade penal juvenil ou o mito da inimputabilidade penal. In: Ilanud/ABMP/SEDH/UNFPA (Orgs.). **Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: Ilanud, 2006.

ANDRADE, V. R. P. de; COMIRAN, G. Unidade 1, Aula 1: Fontes e fundamentos da Justiça Restaurativa: o sentido de uma nova justiça. In: ANDRADE, V. R. P. de; COMIRAN, G. (Coord.). **Introdução em Justiça Restaurativa e Cultura da Não Violência**. Curso Intermediado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina [online]. Florianópolis: CEJUR, 2021.

ANDRADE, V. R. P. de; COMIRAN, G. Unidade 1, Aula 2: Teorias e conceitos da Justiça Restaurativa. In: ANDRADE, V. R. P. de; COMIRAN, G. (Coord.). **Introdução em Justiça Restaurativa e Cultura da Não Violência**. Curso Intermediado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina [online]. Florianópolis: CEJUR, 2021.

ANDRADE, V. R. P. de; COMIRAN, G. Unidade 2, Aula 1: Os caminhos e os envolvidos nas ações da Justiça Restaurativa. In: ANDRADE, V. R. P. de; COMIRAN, G. (Coord.). **Introdução em Justiça Restaurativa e Cultura da Não Violência**. Curso Intermediado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina [online]. Florianópolis: CEJUR, 2021.

ANDRADE, V. R. P. de (Coord.). **Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário**. Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018.

AQUINO, L. M. C. A Juventude como Foco das Políticas Públicas. In: CASTRO, J. A. de; AQUINO, L. M. C. de; ANDRADE, C. C. de. **Juventude e Políticas Sociais no Brasil**. IPEA, Brasília, 2009.

ATAÍDE, J. B.; SILVA, M. T. da. **Violação dos direitos infantojuvenis: o combate à violência letal e o programa de proteção a crianças e adolescentes ameaçados de morte no estado de Alagoas – PPCAAM/AL**. 2014. 87f. Trabalho de Conclusão de Curso da Faculdade de Serviço Social da Universidade Federal de Alagoas. Maceió/AL, 2014.

BATISTA, S.A. **A reincidência de atos infracionais por adolescentes: uma revisão sistemática da literatura**. 2017, 30 fl. Trabalho de Conclusão de Curso (Serviço Social) – Universidade de Brasília UnB. Brasília, 2017.

BRANCHER, L. N. **A implementação de práticas de justiça restaurativa através do Projeto Justiça para o Século 21**. 2007. Disponível em: <http://justica21.web1119.kinghost.net/j21.php?id=256&pg=0#.WZePe-mQzIU>. Acesso em: mai. 2022.

BRANCHER, L. N. **A paz que nasce de uma nova justiça: Paz restaurativa**. 2007. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/A_Paz_que_Nasce_de_uma_Nova_Justica_BAIXA.pdf. Acesso em: mai. 2021.

BRUXEL, L. E. **Justiça restaurativa, um olhar desde o Fórum Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Porto Alegre. Um diálogo baseado em valores**, 2008.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Governo do Rio Grande do Sul. Secretaria da Justiça e dos Direitos Humanos. Fundação de Atendimento Sócio – Educativo do Rio Grande do Sul./PEMSEIS: **Programa de Execução de Medidas Socioeducativas de Internação e Semiliberdade do Rio Grande do Sul.** – Porto Alegre: SDH; FASE, 2014.

CARDOSO, V. N.; SPOSATO, K. B. Justiça restaurativa e a solução de conflitos na contemporaneidade. In: CONPEDI/ UNINOVE (Org.). KNOERR, F.G; NEVES, R. C.; CRUZ, L. P. de F. (Coord.). *Justiça e o paradigma da eficiência na contemporaneidade*. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO POPULAR DO CAMPO LIMPO – CDHEP. Relatório Final do Projeto. **Novas Metodologias de Justiça Restaurativa com Adolescentes e Jovens em Conflito com a Lei**. Justiça Restaurativa Juvenil: conhecer, responsabilizar-se, restaurar. – São Paulo: CDHEP, 2014.

CORMIER, R. B. **Justiça Restaurativa - Instruções e Princípios: Evolução no Canadá**. 2002.

CUNHA, R. S. Manual de direito penal: parte geral. S. 1.: Editora Juspodivm, 2018.

DEBONI, V. L. **Relatório CPR JIJ**. 2012. Disponível em: <http://jij.tjrs.jus.br/paginas/docs/justica-restaurativa/RELATORIO-CPR-JIJ-AGO-2012-FINAL.PDF>. Acesso em: mai. 2022.

DONALDSON, C. Restorative justice: linking the law with health. **Perspectives in Public Health**, v. 130, n. 6, p. 254-255, nov. 2010. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/21213556/>. Acesso em: mai. 2022.

FERRAZ, C. A justiça restaurativa e o sistema jurídico penal Brasileiro – breve análise sobre os antecedentes normativos, as experiências práticas e os procedimentos adotados no Brasil. In: ANTUNES, M. J.; SANTOS, C. C.; AMARAL, C. do P. **Os novos atores da justiça penal**. Coimbra: Almedina, 2016.

FUKAMACHI, K. H. **Descrição e análise dos elementos estruturais dos círculos restaurativos e dos fenômenos do campo grupal em processos envolvendo a justiça restaurativa**. 2012. 80 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia da Saúde) - Faculdade de Saúde da Universidade Metodista de São Paulo. São Bernardo do Campo. 2012.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **O direito de ser adolescente: Oportunidade para reduzir vulnerabilidade e superar desigualdades**. Brasília/DF: UNICEF, 2011.

GOMIDE, P. I. C. Menor Infrator: A caminho de um novo tempo. 2ª Ed. – Curitiba: Editora Juruá, 1998.

GUIMARÃES, T. A. R. Sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente: conselho tutelar de Brasília. 2014. 76f. Trabalho de Conclusão de Curso em Serviço Social Pela Universidade de Brasília. Brasília-DF, 2014.

HANNEM, S. Experiences in reconciling risk management and restorative justice: How circles of support and accountability work restoratively in the risk society. **International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology**, v. 57, n. 3, p. 269-288, 2013.. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/22200602/>. Acesso em: mai. 2022.

KONZEN, A. A. **Justiça Restaurativa e Ato Infracional**: desvelando sentidos no itinerário da alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEVISKY, D. L. (org). **Adolescência e violência**: consequências da realidade brasileira. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.

LIBERATI, W. D. **Adolescente e ato infracional**: medida socioeducativa é pena? 2. Ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2012.

MELO, E. R. A experiência em justiça restaurativa no Brasil: um novo paradigma avançado na infância e juventude. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, ano IX, n. 51, p. 150-154, ago./set. 2008. Disponível em: <https://iob.com.br/revistas-sintese/direito-penal-processual/>. Acesso em: mai. 2022.

MELO, E. R. Justiça Restaurativa e seus desafios histórico-culturais. Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. G. (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 53-78.

MELO, E. R. **Projeto Justiça e Educação**: parceria para a cidadania. Mimeo, 2004.

MILANO FILHO, N. D. **Obrigações e responsabilidade civil do poder público perante a criança e o adolescente**. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2002.

OLIVEIRA, A. G. Q.; ALMEIDA, C. R. CASE de Palmas – Tocantins: a efetividade da medida socioeducativa de internação em face da reiteração infracional dos adolescentes em conflito com a lei nos anos de 2009 a 2013. **Vertentes do Direito**, v. 3, n. 2, p. 43-74, 2016.

OLIVEIRA, C. C. **Violência Urbana: Uma análise socioespacial da criminalidade provocada por jovens que viveram em conflitos com a lei na cidade de Ariquemes/RO**. Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR, Porto Velho, 2020.

PALLAMOLLA, R. da P. **A construção da Justiça Restaurativa no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário: permanências e inovações no campo da administração de conflitos**. 2017. 286f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

PALLAMOLLA, R. Da P. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. 1 ed. São Paulo: IBCCRIM. 2009.

PEIXOTO, G. De M. **A justiça restaurativa como política pública alternativa ao sistema penal**: possibilidade e viabilidade. 2009. 127 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica do Salvador (UCSal), Salvador, 2009.

PINHEIRO, P. S. **Escritos indignados**: polícia, prisões e política no estado autoritário. São Paulo: Brasiliense, 1984.

PINTO, R. S. G. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? In: SLAKMON, C.; VITTO, R. C. P. de; PINTO, R. S. G. (Org.). **Justiça Restaurativa** – Coletânea de Artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – Pnud, 2005.

PINTO, R. S. G. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. G. (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 19-40.

PRANIS, K. **Processos Circulares de construção de paz**/ Kay Pranis; tradução de Tônia Van Acker. – São Paulo: Palas Athena, 2010.

PRANIS, K. **Processos Circulares de Construção de Paz**. São Paulo: Palas Athena, 2010.

PRANIS, K. Avalia processo de implantação de JR em Caxias do Sul. In: BRANCHER, L. (Org.). **A paz que nasce de uma nova justiça**: 2012-2013 um ano de implantação da justiça restaurativa como política de pacificação social em Caxias do Sul. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2014. p. 67-71.

RODRIGUES, E. **A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente**: rupturas, permanências e possibilidades. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

SALIBA, M. G. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, C. C. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal**. Porquê, para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SCHIMIDT, M. **A violência contra criança e adolescente e a ausência de estrutura do estado**. 2013. 102f. Trabalho de Monografia de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba, 2013.

Secretaria de Direitos Humanos, Presidência da República, Governo do Rio Grande do Sul, Secretaria da Justiça e dos Direitos Humanos, e Fundação de Atendimento Socioeducativo do Rio Grande do Sul. (2014). **PEMSEIS**: Programa de Execução de Medidas Socioeducativas de Internação e Semiliberdade do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: SDH, FASE.

SICA, L. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M. R.; BOTTINI, P. C. (Orgs.), **Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança**. Brasília – DF: Ministério da Justiça, 2006. p. 455-490. Disponível em: http://comunidadessegura.org/files/Novas%20direcoes%20na%20governaca_18.pdf. Acesso em: mai. 2022.

SICA, L. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal** – O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. Ed., 2007.

SICA, L. Justiça Restaurativa no Código de Processo Penal? In: VALOIS, L. C.; SANTANA, S.; MATOS, T.; ESPÍNEIRA, B. (Orgs.). **Justiça Restaurativa**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 285-300.

SILVEIRA, D. de M. **O conselho municipal dos direitos da criança e do adolescente de Florianópolis: os (des)caminhos entre as expectativas políticas e as práticas vigentes.** 2003. 164f. Dissertação da Universidade Católica de São Paulo em Serviço Social. Florianópolis, 2003.

SLAKMON, C.; DE VITTO, R. C. P.; GOMES, R. S. P. (Org.). **Justiça Restaurativa. Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD.** Brasília, 2005.

SOARES, B. M. **Enfrentando a Violência contra a mulher.** Presidência da República. IN: BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, p. 64 2005

SOUZA, C. D. de. **Justiça restaurativa e sistema penal: a experiência da Cidade Autônoma de Buenos Aires, críticas e perspectivas para o Brasil.** Londrina, PR: Thoth, 2021.

SPOSATO, K. B.; DA SILVA, L. B. M. G. **Justiça juvenil restaurativa e novas formas de solução de conflitos.** São Paulo: CLA Cultural, 2018.

SPOSATO, K. B. **Direito penal de adolescente: elementos para uma teoria garantista.** São Paulo: Saraiva, 2013.

TIVERON, R. **Justiça restaurativa.** A emergência da cidadania na dicção do direito. A construção de um novo paradigma da justiça criminal. Brasília, DF: Thesaurus, 2014.

WORMER, V. K. Restorative justice as social justice for victims of gendered violence: a standpoint feminist perspective. **Social Work**, v. 54, n. 2, 2009. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/19366159/>. Acesso em: mai. 2022.

ZALUAR, A. Violência, crime organizado e poder: a tragédia brasileira e seus desafios. In: J. P. Velloso (org), **Governabilidade, sistema político e violência urbana.** Rio de Janeiro: José Olympio, 1994.

ZAPPE, J. G.; DIAS, A. C. G. Violência e fragilidades nas relações familiares: refletindo sobre a situação de adolescentes em conflito com a lei. **Estudos de Psicologia**, Natal, v. 17, n. 3, p. 389-395, set./dez. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/epsic/a/LhHbkbPWdPjgf43jFXxShZf/?lang=pt>. Acesso em: mai. 2022.

ZEHR, H. **Justiça Restaurativa: Da teoria à prática.** São Paulo: Palas Athena, 2012.

ZEHR, H. **Justiça Restaurativa.** Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2015.

ZEHR, H. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça.** São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZEHR, H. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça.** Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

CAPÍTULO 11

A PANDEMIA DA COVID 19 E O REFLEXO NOS DIREITOS HUMANOS⁴³

Flavia Nunes Flores Seyfried

RESUMO

O presente trabalho busca analisar os direitos humanos frente a pandemia da COVID-19. A COVID-19 é uma doença provocada pelo SARS-CoV-2, surgiu na China em 2019. Em 2020 se tornou uma pandemia mundial decretada pela Organização Mundial de Saúde. A pandemia afetou o cotidiano por conta da emergência de saúde pública o que reflete impacto nos direitos humanos. De acordo com o autor Joaquin Herrera Flores entender os direitos humanos é um passo fundamental para reinventar os direitos humanos. Este estudo possui metodologia de revisão bibliográfica com abordagem qualitativa que busca avaliar os dados de um respectivo tema. A pandemia, por conta do novo cenário estabelecido, denotou agravamento das desigualdades sociais e seguridade social trazendo um impacto significativo nas populações vulnerabilizadas afetando consequentemente os direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Pandemia. Direitos humanos. Covid-19.

1. INTRODUÇÃO

A COVID-19, doença provocada pelo SARS-CoV-2 surgiu no final de 2019 em Wuhan, na China, foi declarada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como a sexta emergência de saúde pública (WHO, 2020).

No início do ano de 2020, a Organização Mundial da Saúde devido à grande disseminação mundial da Covid-19, decretou estado de pandemia. Segundo a OMS, neste período o número de casos confirmados mundialmente já ultrapassava dois milhões. As medidas sanitárias de controle do contágio para garantir a proteção da população, desacelerar a tendência crescente de transmissão e impedir o colapso dos serviços de saúde se configuram como elementos que alteram o cotidiano da vida das pessoas (OMS, 2020).

Oliveira (2020) destaca que embora a COVID-19 atinja pessoas de todas as idades, nível socioeconômico, sexo e etnia, a vulnerabilidade a esta patologia está intimamente relacionada aos determinantes sociais do processo saúde/doença. Essa vulnerabilidade aumenta dependendo das condições de vida, instabilidade financeira e falta de acesso aos serviços essenciais, como saúde, educação e proteção social

Este estudo tem como objetivo analisar como a pandemia da COVID 19 afetou os direitos humanos, buscando apresentar a teoria dos direitos humanos de Joaquin Herrera Flores.

⁴³ Estudo desenvolvido junto ao Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa durante o segundo semestre letivo de 2022.

Flores destaca que para (re)inventar os direitos humanos, é preciso enfrentar a complexidade cultural, empírica, jurídica, científica, filosófica, política e econômica que os envolve, isso porque toda cultura está contaminada por muitas culturas e racionalidades. Daí a necessidade de se propor a interdisciplinaridade, a interculturalidade e completude dos direitos humanos, no seu incessante processo de construção, desconstrução e reconstrução de conceitos FLORES (2009a).

Entende-se que a temática Direitos Humanos é essencial para humanidade e observa-se que a sociedade pode ser brutalmente afetada num cenário de pandemia. Os direitos humanos podem se converter em uma pauta jurídica, ética e social a fim de assegurar direitos e balizar tomada de decisões.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada trata-se de uma pesquisa bibliográfica conforme Gil (2002), é uma pesquisa desenvolvida por materiais já elaborados, baseados em livros e artigos científicos de abordagem qualitativa a qual de acordo com Duarte (2002), trata-se de uma análise centrada de dados obtidos por diferentes visões sobre um determinado assunto, buscando avaliar as relações feitas e conseguir informações a respeito de determinado tema.

Com base em Amaral (2007), a pesquisa bibliográfica é importante para o trabalho científico, pois tem influência sobre as demais etapas da pesquisa, conforme se encaminhar o embasamento teórico.

3. DESENVOLVIMENTO

Os direitos humanos constituem o principal desafio para a humanidade nos primórdios do século XXI. Cadermatori e Grubba (2012) consideram que nas últimas décadas, desde a Declaração de Direitos Humanos de 1948, outras declarações internacionais, convênios e normativas têm proclamado direitos a serem considerados universalmente humanos.

Em dezembro de 2019, a China reportou, à Organização Mundial de Saúde, o surgimento de um novo vírus zoonótico em Wuhan, denominado posteriormente pelo *International Committee on Taxonomy of Viruses de severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 (SARS-CoV-2)*, agente etiológico da *Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)* o qual é responsável por causar infecções respiratórias resultando em quadros clínicos de pneumonia severa, e devido a sua alta transmissibilidade se tornou pandêmico em menos de três meses, causando mortes, crises econômicas e colapso no sistema de saúde ao redor do mundo (MENESES, 2020).

Malta (2020) ressalta que no Brasil, diversas medidas foram adotadas pelos estados e municípios frente a pandemia da COVID 19, como por exemplo, o fechamento de escolas e comércios não essenciais. Trabalhadores foram orientados a realizarem suas atividades em casa, alguns municípios e estados impuseram em seus limites e divisas bloqueio das fronteiras. Autoridades públicas locais chegaram a decretar bloqueio total (*lockdown*), com punições para estabelecimentos e indivíduos que não se adequassem às normativas. A restrição social buscou ser a medida mais adequada pelas autoridades, e a mais efetiva para evitar a disseminação da doença e achatar a curva de transmissão do vírus. A repercussão clínica e comportamental dessa obrigação implicou em mudanças no estilo de vida podendo afetar a sociedade como um todo, especialmente as classes sociais menos favorecidas afetadas pela miséria.

Conforme Herrera Flores:

Um mundo onde as mortes devido à fome e às doenças evitáveis chegam por ano a cifras iguais às mortes ocorridas nas Torres Gêmeas multiplicadas por seis mil. Sob esse quadro, os debates teóricos que ocorrem nos países ricos do Norte, ao invés de se concentrar nas cifras da miséria e degradação humana, cuidam de fechar as fronteiras contra o Sul faminto, alertando-se contra os perigos culturais do diferente e do multiculturalismo (FLORES, 2002, p. 1011).

A atual sociedade prioriza a racionalidade capitalista e que possui uma ideologia baseada no individualismo, competitividade e exploração. Os limites foram para a humanidade impostos ao longo da história pelas culturas e propostas do liberalismo político e econômico exigindo uma reformulação geral que os aproximem desta problemática e diante de uma pandemia, onde o governo não consegue garantir condições semelhantes à sua população de preservação da vida, entende-se que os direitos humanos são mitigados.

Frente a esse cenário descrito acima, Herrera Flores destaca acerca da economia e capitalismo:

Muito mais do que um problema cultural, essa conjuntura desvelou-se com um problema político e econômico, sobretudo o desequilíbrio na distribuição de riqueza. Para tanto, basta constatar a persistência, no mundo atual, dos grandes desníveis de riqueza e vida digna que se constatam por todos os países do globo, a despeito da nova nomenclatura política entre países desenvolvidos, em desenvolvimento e subdesenvolvidos, denotando uma evolução econômica por parte de alguns dos antigos países do "terceiro mundo" como sendo, agora, países em vias de desenvolvimento, como é o caso do Brasil (FLORES, 2002, p. 12).

Para Machado (2022), o cenário pandêmico gerou uma crise no sistema neoliberal, desnudando as desigualdades socioeconômicas abismais, as políticas públicas insuficientes, a precarização do trabalho e os enfraquecimentos dos serviços e equipamentos públicos.

Essa análise obriga todos ter a consciência de que existe uma visão comprometida crítica e emancipadora dos direitos humanos a contrapor outro tipo de racionalidade mais atenta aos desejos e às necessidades humanas que às expectativas de benefício imediato da economia capitalista.

Cadermatori e Grubba (2012) ressaltam que na medida em que se multiplicou a regulação dos direitos fundamentais aumentaram significativamente suas próprias violações e tentativas governamentais de supressão, visando a eliminação de uma variada gama de conquistas sociais, econômicas e culturais, oriundas desses mesmos direitos.

Por essa razão, os direitos humanos não são categorias prévias à ação política ou às práticas econômicas. A luta pela dignidade humana é a razão e a consequência da luta pela democracia e pela justiça. Em que pese a importância dos direitos positivados - constituições, pactos, convenções, declarações, dentre outros, os direitos humanos com eles não se confundem, não sendo por eles criados, senão, o contrário, são seu fundamento humanista. Os direitos humanos podem, todavia, ser transformados em garantias com o fim de assegurar juridicamente sua efetividade.

No debate que envolve a justificação e a fundamentação dos Direitos Humanos, no âmbito da ciência jurídica, é possível encontrar fundamentalmente duas visões imperantes: 1) uma visão abstrata, vazia de conteúdo, referenciada nas circunstâncias reais das pessoas e centrada na concepção ocidental de direito e do valor da identidade; 2) uma visão localista, na qual predomina o “próprio”, o nosso, com respeito aos outros, e centrada na ideia particular de cultura e de valor da diferença (FLORES, 2004, p. 364)

Entende-se que não se trata de privilégios, meras declarações de boas intenções ou postulados romancistas que exponham uma definição da natureza humana isolada das situações vitais. Pelo contrário, os direitos humanos constituem a afirmação da luta do ser humano para ver cumpridas suas necessidades nos contextos em qual cenário está situado, especialmente frente a um cenário inesperado.

De acordo com Werneck e Carvalho, (2022) acerca da Covid-19, não havia o conhecimento sobre as características de transmissão, sendo uma forma de enfrentamento a pandemia da COVID-19 as fases de: contenção, mitigação, supressão e recuperação. A primeira fase tratava-se de registrar os casos no país e região, assim como rastrear os passageiros estrangeiros, a segunda fase seria a mitigação, com a infecção já presente no país; na segunda fase seriam providenciados a redução do contato social de pessoas a fim de diminuir o contágio, a terceira fase está relacionada a um isolamento considerado mais “radical”, onde as medidas adotadas anteriormente não são mais efetivas, aqui o isolamento se expande a toda população,

buscando evitar um colapso na saúde até que uma solução estivesse disponível e a quarta fase envolve a recuperação, onde visa a reestruturação social econômica.

Cadermatori e Grubba (2012) engendrou-se uma racionalidade que, ao separar a economia das demais instituições sociais, terminou por subordiná-las a uma ideologia puramente mercantilista. Dessa forma, reduziu-se drasticamente o processo coletivo de busca por melhores condições de vida social, pela centralidade do indivíduo, atomizado, que intenta angariar, desenfreadamente, dividendos financeiros e especulativos, sob uma lógica de competição desmedida, para si próprio, em um ambiente de pretensa escassez de recursos. Isto em contraposição à urgência de demandas coletivas de bem estar e vida digna.

As preocupações com a economia sobrepuseram a garantia dos direitos humanos, onde entende-se que uma vida seria mais importante que a outra no quesito de prevenção ou proteção da Covid 19. Outrossim, entende-se que a sobrevivência das necessidades básicas, como a de alimentação, como um exemplo, trouxeram emergências frente as necessidades sanitárias.

Nesse sentido, os Direitos Humanos extrapolam o sentido jurídico estrito, sendo lidos em torno das “[...] dinâmicas sociais que tendem a construir condições materiais e imateriais necessárias para conseguir determinados objetivos genéricos que estão fora do direito” (FLORES, 2009, p. 29)

Racionalidade à coerência interna de regras e princípios, a visão abstrata dos direitos esquecerá algo muito importante para o entendimento da sociedade e dos direitos: regras e princípios reconhecidos juridicamente estarão submetidos às exigências de coerência e falta de lacunas internas. Mas, por sua vez, essa racionalização do real, em termos jurídicos, não terá em consideração a “irracionalidade das premissas” sobre as quais se sustentam e as quais pretendem conformar desde sua lógica e sua coerência (FLORES, 2004, p. 371).

O enfrentamento a COVID-19 necessitou de medidas emergenciais de diferentes setores e instituições, fugindo à lógica das normatizações gerais e abstratas, entretanto não considerando a diversidade dos grupos e necessidades específicas. Isso implica uma incoerência na garantia de direitos na realidade de cada comunidade, direitos que ultrapassam as restrições e lacunas da legislação, é imprescindível a compreensão das urgências de cada nível da sociedade em uma visão contextualizada dos Direitos Humanos.

Na compreensão de Flores (2009) é necessário reconhecer que o ser humano é cultural e por isso entende o mundo a partir dos entornos que vivenciam, portanto é necessário criar meios que viabilizem o encontro e a construção de espaços entre indivíduos e grupos de processos culturais distintos.

Dirigir a um saber estratégico, que não somente fique nos efeitos ou nas consequências das atividades e discursos sociais, mas se aprofunde nas causas deles e construa argumentos para atuar e gerar disposições críticas e antagonistas em face da estrutura ou da ordem social hegemônica (FLORES, 2009, p. 101).

Herrera Flores compreende que o mundo não é estático, o mundo *não é*, mas se encontra em constante movimento e transformação, o mundo *está sendo*. Não se pode conceber nada, inclusive a própria noção de direitos humanos ou as violações a esses direitos, como imutável ou natural, fechando as portas à crítica e à possibilidade de modificação (FLORES, 2009).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia vem expondo, agravando as desigualdades sociais e enfraquecendo as redes de segurança social, ameaçando a saúde das populações vulnerabilizadas. No momento em que se enfrenta uma nova doença e pandemia deve-se considerar as percepções, os sentidos atribuídos à doença, saúde e risco, a cultura, o acesso à prevenção, cuidados e tratamento, (OLIVEIRA *et al*, 2020).

Joaquín Herrera Flores sugere, para evitar a perspectiva rasa, que o exame dos direitos humanos deve ser vinculado a um exame acurado da realidade social, isso porque os direitos garantem bens da vida, mencionam condições materiais para exigí-los e reivindicam também a importância das lutas sociais na sua concepção e consolidação.

Os novos processos que surgem no mundo globalizado estão exigindo uma nova perspectiva teórica e política no que concerne aos Direitos Humanos, e pondo em questão a natureza individualista, essencialista, estatalista e formalista dos direitos que marcam as construções até a última década do século XX (FLORES, 2004).

De igual maneira, as constituições abordadas em caráter não só formal, mas, sobremaneira, substancial, no atual contexto dos Estados Democráticos de Direito, que subscreveram tais normativas internacionais, proclamam, em seus textos, direitos fundamentais em variadas dimensões, juntamente com garantias processuais e institucionais para sua consecução, como no caso do Brasil.

Cadermatori e Grubba (2012) ressaltam que o reconhecimento dos direitos humanos (notadamente, os sociais) pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, demonstrou a intenção internacional a favor da consecução de direitos básicos a todo ser humano, independentemente de sua nacionalidade

Acerca dos direitos humanos, não se trata mais, portanto, de buscar um fundamento último, de caráter filosófico-transcendental, o grande desafio é político, jurídico e social, ou seja, buscar a efetivação e a garantia dos direitos já assegurados, sem prejuízo da possibilidade do surgimento dos novos direitos. É garantir que esses direitos não continuem a ser violados e anulados. O direito do cidadão à sua existência digna e ao seu desenvolvimento pleno, questões centrais quando a pauta são os Direitos Humanos, muitas vezes, são ignoradas.

REFERÊNCIAS

AMARAL, J. F. **Como fazer uma pesquisa bibliográfica**. - Ceará: Universidade Federal do Ceará, 2007. 21 p. Disponível em: <<http://200.17.137.109:8081/xiscanoe/courses-1/mentoring/tutoring/Como%20fazer%20pesquisa%20bibliografica.pdf>> Acesso: 13 novembro 2022.

CADEMARTORI, L. H. U. e GRUBBA, L. S. **O embasamento dos direitos humanos e sua relação com os direitos fundamentais a partir do diálogo garantista com a teoria da reinvenção dos direitos humanos**. Revista Direito GV [online]. 2012, v. 8, n. 2 [Acessado 13 Novembro 2022] , pp. 703-724. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1808-24322012000200013>>. Epub 28 Mar 2013. ISSN 2317-6172. <https://doi.org/10.1590/S1808-24322012000200013>.

CRUZ, F. S.; MOURA, M. O. de. **Os Direitos Humanos como produto: reflexões sobre a informação e a cultura da mídia**. Sequência (Florianópolis) [online]. 2012, n. 65 [Acessado 13 Novembro 2022] , pp. 79-102. Disponível em: <<https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n65p79>>. Epub 17 Jun 2013. ISSN 2177-7055. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n65p79>.

DUARTE, R.. **Pesquisa qualitativa: reflexões sobre o trabalho de campo**. Cadernos de Pesquisa [online]. 2002, n. 115 [Acessado 13 Novembro 2022] , pp. 139-154. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0100-15742002000100005>>. Epub 24 Mar 2003. ISSN 1980-5314. <https://doi.org/10.1590/S0100-15742002000100005>.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FLORES, H. J. **A reinvenção dos direitos humanos**. Trad. por Carlos Roberto Diogo Garcia et al. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FLORES, H. J. **Direitos Humanos, Interculturalidade, e Racionalidade de Resistência**. In: WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos Humanos e Filosofia Jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MACHADO, L. de S. e GARCIA, E. L. **Covid-19 e a fome: reflexões sobre um futuro agroecológico**. Saúde em Debate [online]. 2022, v. 46, n. spe2, pp. 426-437. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0103-11042022E228>>. Epub 04 Jul 2022. ISSN 2358-2898. <https://doi.org/10.1590/0103-11042022E228>. Acesso: 13 novembro 2022.

MALTA, D. C. et al. **A pandemia da COVID-19 e as mudanças no estilo de vida dos brasileiros adultos: um estudo transversal**, 2020. *Epidemiologia e Serviços de Saúde* [online]. 2020, v. 29, n. 4 e2020407. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1679-49742020000400026>>. Epub 25 Set 2020. ISSN 2237-9622. <https://doi.org/10.1590/S1679-49742020000400026>. Acesso: 13 novembro 2022.

MENESES A. S. **História Natural da COVID-19 e suas Relações Terapêuticas**. SciELO Preprints, 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/Fateb/Downloads/abelmeneses,+Artigo_Meneses+AS_Hist%C3%B3ria+Natural+da+COVID-19.pdf>. Acesso: 13 novembro 2022.

OLIVEIRA, W. A. de et al. **A saúde do adolescente em tempos da COVID-19**: Cadernos de Saúde Pública [online]. 2020, v. 36, n. 8 e00150020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00150020>>. Epub 28 Ago 2020. ISSN 1678-4464. <https://doi.org/10.1590/0102-311X00150020>. Acesso 13 Novembro 2022.

WERNECK, G. L. e CARVALHO, M. S. **A pandemia de COVID-19 no Brasil: crônica de uma crise sanitária anunciada**. *Cadernos de Saúde Pública* [online]. v. 36, n. 5, e00068820. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00068820>>. ISSN 1678-4464. <https://doi.org/10.1590/0102-311X00068820>. Acesso: 19 novembro 2022.

WHO. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Disponível em: <policy.who.int/cgi-bin/on_isapi.dll?hitsper-heading=on&infobase=basicdoc&redord{C88}&softpage=Document42>. Acesso: 15 novembro 2022.

www.editorapublicar.com.br
contato@editorapublicar.com.br
@epublicar
facebook.com.br/epublicar

Roger Goulart Mello
Organizador

Variantes do direito:

Trajetórias de pesquisa
e atuação **2**



2023



www.editorapublicar.com.br
contato@editorapublicar.com.br
@epublicar
facebook.com.br/epublicar

Roger Goulart Mello
Organizador

Variantes do direito:

Trajетórias de pesquisa
e atuação **2**



2023

