

FABRÍCIO VEIGA COSTA
MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA PEDROSA MORAIS
Organizadores

VI PROJETOS E PESQUISA



editora
Virtual Books

FABRÍCIO VEIGA COSTA
MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA
PEDROSA MORAIS
Organizadores

VI PROJETOS E PESQUISA



VirtualBooks Editora

APRESENTAÇÃO

© Copyright 2018, Organizadores e Autores.

1ª edição

1ª impressão

(publicado em dezembro de 2017)

Todos os direitos reservados e protegidos pela lei no 9.610, de 19/02/1998. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito do detentor dos direitos, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

VI PROJETOS E PESQUISA. Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, Publicação 2017. Formato em PDF e-book. 263p.

e- ISBN 978-85-434-1299-3

Direito. Brasil. Título.

CDD- 340

Livro publicado pela

VIRTUALBOOKS EDITORA E LIVRARIA LTDA.

Rua Porciúncula, 118 - São Francisco - Pará de Minas - MG - CEP 35661-177

Publicamos seu livro a partir de 25 exemplares - e e-books (formatos: e-pub ou PDF)

Tel.: (37) 32316653 - e-mail: capasvb@gmail.com

<http://www.virtualbooks.com.br>

O presente livro é resultado de pesquisas desenvolvidas pelos discentes do Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais, junto ao **GRUPO DE PESQUISA CAMINHOS METODOLÓGICOS DO DIREITO**. Nessa obra encontraremos coletânea de Projetos de Pesquisa elaborados pelos discentes com o objetivo de planejar a pesquisa científica desenvolvida na confecção da dissertação de mestrado.

Em cada projeto são mencionados o tema-problema, a hipótese científica, objetivos (geral e específicos), justificativa objetiva da escolha do tema, marco teórico, metodologia, cronograma e referências. A finalidade é dar publicidade quanto aos parâmetros obrigatórios para a confecção do projeto de elaboração da pesquisa, evidenciando sua relevância na especificação do objeto a ser investigado.

A publicação desse livro teve apoio da UNIVERSIDADE DE ITAÚNA e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais, ressaltando-se que os encontros de orientação e as atividades de elaboração da proposta de pesquisa foram realizados ao longo das diversas REUNIÕES AMPLIADAS DO GRUPO CAMINHOS METODOLÓGICOS DO DIREITO, já que uma de suas

finalidades é orientar os docentes quanto à delimitação da proposta de pesquisa a ser desenvolvida.

Fabício Veiga Costa
Pós-Doutor em Educação – UFMG. Doutor em Direito – PUCMINAS. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna.

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes
Doutor em Direito – PUCMINAS. Professor e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna

SUMÁRIO

O ACESSO À JUSTIÇA E A GARANTIA DA UNIVERSALIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE: Tudo para todos? / 9
Alex Matoso Silva

LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO E DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE / 21
Alisson Alves Pinto

AS PROPOSTAS DA ONU PARA IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POSSIBILIDADE PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NA PERSPECTIVA DA VÍTIMA / 30
Álison Thiago de Assis Campos

O CUMPRIMENTO INTEGRAL DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS AO ESTADO BRASILEIRO PELA CORTE INTERAMERICANA: a dificuldade de executar internamente os deveres de investigar e punir os responsáveis pelas violações de Direitos Humanos / 47
André dos Santos Gonzaga

A MATERNIDADE ENCARCERADA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA DA EXECUÇÃO PENAL À LUZ DA CONSTITUCIONALIDADE DEMOCRÁTICA / 60
Aparecida Dutra de Barros Quadros

PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES DO ARTIGO 927 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO / 97

Cristiano Batista

DESAFIOS DA SOCIEDADE INTERNACIONAL NA BUSCA PELA PROTEÇÃO EFETIVA DOS DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE À LUZ DA DECLARAÇÃO DE NOVA YORK SOBRE REFUGIADOS E MIGRANTE / 112

Julieth Laís do Carmo Matosinhos Resende

A [IN] EFICÁCIA DA “LEI MARIA DA PENHA” PARA A PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA COLETIVIDADE DE MULHERES BRASILEIRAS QUANTO À SUA DIGNIDADE HUMANA: Estudo acerca de sua vigência social na redução da violência simbólica doméstica e familiar em face do discurso social misógino / 144

Leandra Chaves Tiago

POLÍTICA DE FECHAMENTO DE FRONTEIRAS DA UNIÃO EUROPEIA E O (DES)RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS DOS REFUGIADOS DA SÍRIA / 175

Letícia Mirelli Faleiro Silva Bueno

O DIREITO À RECUSA DE DIREITOS DE PERSONALIDADE FACE AO PROJETO ESTATAL DE FELICIDADE / 189

Pâmella Thaise Rocha Nogueira

LEGITIMIDADE JURÍDICA DO JUDICIÁRIO PARA IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO / 204

Patrícia Barbosa Nogueira

PROCESSO COLETIVO DO TRABALHO NO MODELO PARTICIPATIVO: Desconstrução teórica da substituição processual no sistema representativo / 217

Pedro Henrique Carvalho Silva

A (IN)EFICÁCIA DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA / 232

Rayssa Rodrigues Meneghetti

O DIREITO FUNDAMENTAL A INCLUSÃO DA CRIANÇA COM DEFICIÊNCIA NO ÂMBITO ESCOLAR: UM ESTUDO JURÍDICO CONSTITUCIONAL DA COBRANÇA EXTRA NO VALOR DA MENSALIDADE / 251

O ACESSO À JUSTIÇA E A GARANTIA DA UNIVERSALIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE:

Tudo para todos?

Alex Matoso Silva

1 TEMA-PROBLEMA

No pertinente à questão de estabelecimento de políticas públicas para se alcançar o bem-estar social, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), sabidamente uma constituição dirigente e compromissória, estabeleceu em seu art. 196, que a saúde é direito de todos e dever do estado, que o garantiria mediante políticas sociais e econômicas dirigidas à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Nada obstante à clareza do texto constitucional, observa-se na prática – fato notório e noticiado diuturnamente – que esse direito social não se vê concretizado; efetivado.

Muito se tem discutido sobre a notória omissão dos entes estatais em suas três esferas de poder (federal, estadual e distrital/municipal) em acudir a população, mas pouco se tem avançado em soluções, mesmo porque, as pesquisas nessa seara têm se voltado às consequências das omissões e não à sua origem ou causa.

Partindo-se do estampado compromisso de que a saúde seja direito de todos, cabe indagar em que medida o dever (a contrapartida obrigatória) do Estado deve alcançar a todos: ilimitadamente? TUDO PARA TODOS? Ou seria defensável a ideia de que o acesso

igualitário (todos com as mesmas chances de atendimento) poderia sofrer limitações no universo de procedimentos (quantitativa e qualitativamente) por incidência dos institutos da reserva do possível e mínimo existencial? O que seria a universalidade, constante do texto constitucional?

A respeito dessas questões e sem o propósito de respondê-las, cabe assinalar recente palestra do Ministro da Saúde, Ricardo Barros, em 08.04.2017, em Cambridge (EUA), durante *The 2017's Brazil Conference at Harvard & MIT*. Durante sua apresentação, o ministro Ricardo Barros disse enxergar problemas em ajustar o médico como uma peça de um sistema que não poderia garantir “tudo para todos”.

De se notar, então, que todos esses questionamentos evidenciam indefinições da atuação estatal até mesmo no estabelecimento primitivo das políticas públicas de saúde, ou seja, no quê e quanto se deve acudir, situação que gera as omissões e impõe aos cidadãos desatendidos a busca ao Poder Judiciário para lhes sanar as lesões a seus direitos.

É respondendo a eles, no desenvolvimento desta pesquisa, que se terá uma conclusão sustentável quanto a rumos e soluções na efetivação desse direito constitucional, evitando-se o fomento ao denominado “judicialização da saúde”.

Cabe registrar, ainda, que nos idos da década passada, conforme noticiado pela Revista Consultor Jurídico em 19.02.2010, a questão da “judicialização da saúde” já alcançava níveis tão alarmantes em número de processos que a Comissão de Relacionamento Institucional e Comunicação do Conselho Nacional de Justiça recomendou a instituição do “Direito à Saúde” como disciplina obrigatória nos concursos para a magistratura. Atualmente, em cada comarca do Estado de Minas Gerais, existe uma Vara especializada em Direito à

saúde, conforme ocorre com a 2ª Vara Cível da Comarca de Itaúna – MG, de tão importante que o tema se tornou.

1.1 Título provisório da dissertação

O acesso à justiça e a garantia da universalidade das políticas públicas em saúde: tudo para todos?

Esta proposta de título, embora possa sofrer alteração no curso do desenvolvimento da pesquisa exatamente porque provisória, mostra-se capaz de evidenciar a dúvida demonstrada no tema-problema, além de indicar ao leitor o objeto da pesquisa como um todo.

2 JUSTIFICATIVA OBJETIVA PARA ESCOLHA DO TEMA

O acionamento do Poder Judiciário em ações versando o tema de políticas públicas de saúde tornou-se recorrente pela intensificação de omissões do ESTADO.

Há todo nível de pedidos, desde atendimento básico (dietas parenterais, as quais até mesmo poderiam ser produzidas em casa) até pretensões mais elaboradas, algumas oriundas do Ministério Público, ora em defesa coletiva, ora em substituição individual, tais o intento de fornecimento de medicamentos não autorizados pela ANVISA e o de fornecimentos de leitos em UTIs.

No entanto, conforme visto no tópico “tema-problema”, não há definição, doutrinária ou jurisprudencial do que se insere como limite ao dever do estado, menos ainda delimitação de atuação do Poder Judiciário em substituição à atuação do legislador para o estabelecimento da política social (municipal, estadual e federal e suas interações), conquanto seja profunda e efervescente a atual

discussão em torno do assunto, notadamente quanto a ativismo e decisionismo judicial

Vê-se que nem mesmo o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição (BRASIL, 1988), conseguiu até este momento estabelecer limites à atuação do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas. Naquele sodalício está em curso o julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718, que, com referência ao fornecimento de medicamentos, pois, política pública e direito fundamental à saúde, apresenta os votos dos eminentes Ministros Marco Aurélio, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin sem convergência a um julgamento de consenso, senão por apertada maioria.

Em dadas condições, toda e qualquer contribuição científica no sentido de trazer luz e direcionamento à atuação do Poder Judiciário mostra-se salutar e necessária.

A par disso, o projeto ora apresentado se subsume, com real pertinência, à linha de pesquisa do programa (Direito processual coletivo e efetividade dos direitos fundamentais), porque seu objetivo é crivar, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas estabelecidas pelo Poder Legislativo e cumpridas (ou tentadas cumprir) pelo Poder Executivo, quando ocorrentes omissões, o que, em última razão consubstancia efetividade de direitos fundamentais.

3 OBJETIVOS

Consubstanciar, com base em preceitos constitucionais, os limites de definições de políticas públicas da saúde pelo Poder Legislativo e, a partir disso, delimitar a atuação do Poder Judiciário em relação às

omissões do Poder Executivo na implementação dessas referidas políticas públicas, sem que tal intervenção, obedecido o devido processo legal, cause intromissão indevida e ilegítima em competência não atribuída constitucionalmente ao Poder Judiciário.]

3.1 Objetivo geral

Analisar os elementos conformadores das políticas públicas de saúde, desde a elaboração das propostas orçamentárias pelo Poder Legislativo, confrontando-se a legislação posta aos resultados alcançados durante a condução do orçamento pelo Poder Executivo, de modo a identificar omissões estatais (e respectivas causas) no atendimento aos cidadãos e, a partir daí, estabelecer os limites de atuação do Poder Judiciário em seu acionamento por pessoas alijadas do atendimento.

3.2 Objetivos específicos

Analisar profundamente o direito à saúde, partindo-se da abordagem aos direitos sociais, examinando-se e delimitando o conceito de efetividade desses direitos.

Examinar e esclarecer os conceitos de universalidade e integralidade, de mínimo existencial e da reserva do possível, com base no aprofundamento de estudos sobre direitos sociais, principalmente no que se refere à política pública em saúde.

Destacar a incidência dos princípios da universalidade e da integralidade, do mínimo existencial e da reserva do possível na atuação do legislador para a formatação do orçamento destinado à saúde, de modo a identificar possíveis causas de omissões estatais no atendimento aos cidadãos.

Estudar e evidenciar os conceitos de ativismo e de decisionismo judicial.

Examinar, de posse das conclusões sobre os objetivos específicos antecedentes, o acesso à justiça, no que se refere à questão da saúde, com ênfase na análise das tutelas do interesse individual e coletivo dos cidadãos, bem assim da interferência do ativismo e do decisionismo judicial nesse tema e em especial as consequências das decisões na própria formulação das políticas públicas de saúde e o impacto delas no orçamento proposto.

Proceder, por derradeiro, ao estudo de dois casos concretos (RE 566471 e 657718), para o fim de se evidenciar a visão do Supremo Tribunal Federal na questão da saúde pública.

4 DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA

Tendo por conta a advertência de Robert Alexy, para quem saber se e em que medida se deve atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garantam direitos a prestações em sentido amplo mostra-se uma das questões mais polêmicas da atual dogmática dos direitos fundamentais, pretende-se especificamente desvendar, sob a óptica do Estado Democrático de Direito albergado pela Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988), se seja possível estabelecer algum critério de atendimento ou limites de prestação em termos de saúde pública no Brasil.

A resposta alcançada na pesquisa permitirá identificar claramente os casos de omissões do Estado à execução das políticas públicas de saúde e definir os limites à intervenção do Poder Judiciário por conta de possíveis omissões.

Isso será possível depois de se delinear o conceito de universalidade e integralidade no atendimento das políticas públicas de saúde, confrontadas aos princípios do

mínimo existencial, da reserva do possível, da solidariedade e da razoabilidade.

5 MARCO TEÓRICO

Tal qual assinalado no tópico “tema-problema”, o que se repetiu no tópico “justificativa objetiva para escolha do tema”, das obras doutrinárias consultadas e da jurisprudência examinada, não se pode colher definição daquilo que se insere como limite ao dever do estado, menos ainda uma delimitação de atuação do Poder Judiciário em substituição à atuação do legislador para o estabelecimento da política social em matéria de saúde, conquanto a discussão em torno do assunto seja efervescente, com inúmeras pesquisas em nível de pós-graduação concluídas e em andamento.

Entre as obras selecionadas para este projeto – referências bibliográficas prévias – há que se destacar o brilhante trabalho *Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde* (DUARTE, 2011), oriundo de profundo estudo em nível de doutorado, na qual a autora, com embasamento na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, elegendo a primazia do direito à vida, a par de reconhecer demandas de saúde de primeira necessidade, indispensável à proteção daquele direito fundamental, considerou também a existência de demandas de saúde de segunda geração, que deveriam ser compatibilizadas com outros valores jurídicos merecedores de proteção, e concluiu, à luz de razoabilidade que, em face de escassez permanente de recursos, ponderados os princípios, ser possível a instituição de limites até mesmo à atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas de saúde, porque nem sempre a omissão poderia ser considerada antijurídica.

Destaca-se também a obra *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil* (PENNA, 2011), outra decorrente de pesquisa de doutorado, com o propósito de demonstrar que o processo judicial pode se constituir em espaço democrático de efetivo controle e implementação de políticas públicas. Nessa obra, há especial atenção para o afastamento do chamado *ativismo judicial*, admitindo-se somente um provimento judicial de controle e implementação de políticas públicas que tenha por base uma teoria processual de conteúdos constitucionalizados a ponto de permitir o amplo debate pelos destinatários da decisão judicial.

Assomam-se às demais, dentre outras, com mesma importância, a obra de MAURÍCIO JR (2009), para quem o Poder Judiciário pode exercer o controle sobre decisões efetuadas no debate orçamentário, quando essas opções políticas violarem direitos fundamentais, assim também a obra de VALLE (2016), que, valendo-se de uma abordagem interdisciplinar estabelece os contornos do que sejam as políticas públicas, esclarecendo as limitações incidentes sobre o planejamento nessa seara e, mediante incursões sobre a jurisprudência recente do STF, propõe critérios para o desenvolvimento do controle judicial em políticas públicas.

6 MÉTODOLOGIA DA PESQUISA

Planeja-se utilizar, fundamentalmente, o método dedutivo. Serão realizadas pesquisas bibliográficas e análise de dois casos concretos em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Com base nessa metodologia, pretende-se delinear universalidade e integralidade no atendimento das políticas públicas de saúde, confrontadas aos princípios do mínimo

existencial, da reserva do possível, da solidariedade e da razoabilidade.

7 CRONOGRAMA DA PESQUISA

PRAZO LIMITE	JU N	A G	O T	FE V	A B	JU N	SE T	D E	FE V	JU N
ATIVIDADE	20 17	20 17	20 17	20 18	20 18	20 18	20 18	20 18	20 19	20 19
Conclusão – projeto	/// /									
Levantamento Bibliográfico		/// /								
Leituras/fichamentos			/// /							
Definição de sumário				/// /						
Conclusão capítulo 1					/// /					
Conclusão capítulo 2						/// /				
Conclusão capítulo 3							/// /			
Conclusão capítulo 4								/// /		
Conclusão dissertação									/// /	
Defesa										/// /

8 PRÉ-SUMÁRIO DA DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

1. INTRODUÇÃO
2. O direito à saúde
 - 2.1. Direitos sociais e sua efetividade
 - 2.2. Saúde e universalidade
 - 2.3. Políticas públicas em saúde e omissões estatais
 - 2.4. Saúde em face da reserva do possível e do mínimo existencial
3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE
 - 3.1. Acesso à justiça, ativismo e decisionismo judicial;
 - 3.2. Tutela do interesse individual e coletivo
4. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
 - 4.1. Análise dos Recursos Extraordinários
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

9 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2004.

BURGO, Vitor. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. In: **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Coordenadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. In: **Portal do Planalto**. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 22 abr. 2017.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde**: um contributo para a dogmática do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GRINOVER, Ada Pelegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Coordenadores Ada Pelegrini Grinover, Kazuo Watanabe. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HESS, Helena Maria Coutinho. **Ativismo judicial e controle de políticas públicas**. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 257-274, abr. 2011.

MARTINS, Thiago Penido. A eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas entre operadoras de planos de assistência à saúde e seus beneficiários. Dissertação de mestrado. In: **Portal Faculdades Milton Campos**. Nova Lima, 2010. Disponível em:
<<http://www.mcampos.br/u/201503/thiagopenidomartinsaefficaciadodireitofundamentalasaudenasrelacoes.pdf>>
Acesso em: 10 out. 2016.

MAURÍCIO JR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição**: entre o texto e o contexto. São Paulo: Baraúnas, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO E DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

Alisson Alves Pinto

*Dedico o meu trabalho ao senhor
Jesus, que sempre esteve comigo
na minha caminhada da vida...*

RESUMO

O reconhecimento da pessoa como interlocutora em um fluxo comunicativo no qual se sustenta a convivência social não se restringe à possibilidade de construção e autoafirmação da personalidade, mas vai além, na medida em que nos discursos públicos democraticamente sustentados cada pessoa tem a liberdade de expressar os seus valores e suas posições enquanto defensores de um determinado ponto de vista. Na intersubjetividade democrática, as pessoas interagem enquanto expositores de uma determinada posição pessoal, livremente assumida. Neste contexto público, cada um pode ouvir, anuir ou reagir criticamente a argumentos que apresentam certa pretensão de validade. Toda pessoa enquanto ser livre, capaz de pensar, querer, agir, apresenta-se como ouvinte ou falante em uma rede de interlocução. Ao assim proceder, a pessoa deve assumir a responsabilidade pela manifestação perante si e o outro. O aspecto deliberativo da pessoa aqui apresentado diz respeito à capacidade volitiva e cognitiva à pessoa para se manifestar de modo crítico. Seja para avaliar as consequências da ação de outrem, seja para avaliar as consequências da sua própria ação. Notadamente no que diz respeito ao boicote, a

pessoa pode se recusar a manter relações com outro indivíduo ou grupo de indivíduos ou mesmo se recusar a fazer transações com determinada indústria ou estabelecimento comercial. Nesse caso, ocorre uma colisão entre direitos fundamentais do destinatário do boicote, como por exemplo imagem, propriedade, nome, patrimônio, honra, etc. Este trabalho visa examinar os limites ao exercício de liberdade de manifestação, especialmente no que diz respeito aos denominados “discursos de boicote”. Para realização do referido estudo, utilizar-se-á metodologia com base na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial acerca do tema, sobretudo no ordenamento jurídico brasileiro e no direito comparado, bem como nas obras doutrinárias que tratam do livre desenvolvimento da personalidade de possíveis choques entre direitos fundamentais.

PALAVRAS CHAVES: Direito de manifestação; livre desenvolvimento da personalidade; colisão de princípios; sopesamento; direito Civil-Constitucional.

1. Introdução

1.1. Tema-problema

A liberdade de manifestação não é um direito fundamental absoluto e imune ao debate. Uma das formas que se evidencia a limitação ao exercício do referido direito ocorre quando existe colisão entre ele e outro direito fundamental. No que tange à colisão entre direitos fundamentais, constata-se haver problemática e controvérsia, a qual tem ocupado boa parte da doutrina moderna, sôfrega por desenvolver soluções para tais conflitos. Isso decorre da heterogeneidade dos direitos

fundamentais, pois seu conteúdo é, na maioria das vezes, variável e somente pode ser aferido quando se esquadrinha um caso concreto ou quando eles se relacionam entre si, ou até com outros valores protegidos pela Constituição.

1.2. Hipóteses

O direito de liberdade de manifestação é condição para realização da personalidade. Como qualquer outro direito fundamental não é absoluto, estando seu exercício condicionado ao respeito aos limites do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

1.3. Objetivo

1.3.1 Objetivo Geral

Analisar os limites ao exercício do direito de liberdade de manifestação, em especial no que diz respeito aos denominados “discursos de boicote”.

1.3.2 Objetivos Específicos

Os objetivos específicos delineados são os que se seguem:

- a) analisar o conteúdo do direito de liberdade de

manifestação;

- b) verificar casos e decisões judiciais acerca dos limites da liberdade de manifestação;

- c) analisar os limites ao exercício do direito de liberdade de manifestação, em específico, nas relações privadas;

- d) averiguar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais;

- e) verificar a eficácia dos direitos fundamentais;

- f) apurar quais são os critérios utilizados para a solução da colisão entre princípios no ordenamento jurídico pátrio.

1.4. Justificativa

Em 15 de janeiro de 1958, o 1º Senado do Tribunal Constitucional alemão proclamou o que, para muitos, é a mais importante decisão de toda a sua jurisprudência sobre direitos fundamentais. O famoso Caso Lüth (BVerfGE 7, 198-230) transformar-se-ia rapidamente num dos mais extraordinários exemplos de sucesso da jurisdição constitucional da Alemanha.

A provocação para a decisão proferida pelo Tribunal teve origem no recurso constitucional interposto por Erich Lüth, que se opunha à condenação que lhe havia sido imposta por um tribunal estadual (*Landgericht*) pelo fato de haver se expressado publicamente, por diversas vezes, convocando um boicote aos filmes de Veit Harlan, por seu suposto passado nazista, tendo considerado a Justiça ordinária, com base no parágrafo 826 do BGB (Código Civil Alemão), que a exortação de Lüth ao boicote seria *contrária à moral e aos costumes*, razão pela qual ele foi condenado a omitir-se de novas convocações a favor do boicote sob ameaça de uma pena de multa ou até mesmo de prisão. A decisão da Justiça ordinária seria, entretanto, reformada pelo Tribunal Constitucional, sob o

fundamento de que *o direito fundamental à liberdade de opinião* irradiava sua força normativa sobre o Direito ordinário, no caso o Direito Civil, impondo-se aos tribunais ordinários a necessidade de emprestar prevalência ao significado dos direitos fundamentais, mesmo nas relações entre particulares. Entendamos bem esses fatos.

Em 1940, já famoso como diretor de cinema, Veit Harlan realizou um filme de propaganda anti-semita, dando-lhe o título de *Jud Süß (o Judeu Süß)*. Depois da Segunda Guerra, um tribunal ordinário da Justiça alemã considerou que Harlan, com aquele filme, teria *praticado* crime contra a humanidade, pois o filme, com sua influência tendenciosa sobre o público, segundo o tribunal, servira de causa para a perseguição aos judeus. Segundo o tribunal, o autor tanto sabia dessa específica finalidade perseguida pelo filme como também contava com suas consequências racistas. Não obstante tudo isso, ao final, o autor acabou absolvido por sua conduta, considerando aquele tribunal que ele não poderia recusar uma ordem do ministro da propaganda nazista, Joseph Goebbels, sem colocar sua própria vida em perigo nem poderia realizar o filme de forma menos impressionante ou eficaz para o público (*weniger wirkungsvoll*).

Depois da sua absolvição e logo após o início do primeiro filme de pós-guerra de Veit Harlan, Erich Lüth, o presidente de clube de imprensa de Hamburgo, dirigiu-se, em uma palestra, a empresários e a produtores cinematográficos, convocando-os literalmente a boicotar o realizador do filme *Jud Süß*. Afirmou, então, que a absolvição do realizador teria sido *apenas formal*, pois existiria na fundamentação da sentença uma *condenação moral*, com o que se podia e devia exigir dos empresários e dos proprietários das salas de cinema um comportamento moralmente digno. A uma interpelação da produtora do filme e da empresária do diretor, Lüth, reafirmando sua

antiga posição, respondeu com uma carta aberta, na qual afirmava, entre outras coisas, ser um *direito* e uma *obrigação* de todo *alemão decente* colocar-se à *disposição da luta contra estes indignos representantes do filme alemão (...)* como também a favor do boicote.

Depois disso, em razão de uma ação promovida pela produtora e pela empresária do novo filme de Veit Harlan, *Unsterbliche Geliebte (Amada Imortal)*, na qual se pedia a condenação de Erich Lüth a omitir-se de expressar suas opiniões, ele foi proibido pela Justiça estadual de Hamburgo a manifestar-se a favor do boicote do filme, seja propugnando que o filme não fosse emprestado, seja buscando sua não apresentação ou divulgação, ou mesmo simplesmente convidando o público para não frequentar as salas de cinema que o apresentasse.

Segundo a decisão, a ilicitude de uma manifestação de boicote por parte de Lüth resultava, entre outros fatores, da absolvição de Veit Harlan. Por conta disso, a Justiça de primeiro grau, em Hamburgo, com base no Código Civil alemão, em caso de descumprimento, cominou a Lüth uma sensível pena pecuniária, considerando sua conduta contrária à moral e aos costumes (parágrafo 826 do BGB), em razão do que lhe impôs a exigência de omissão de uma futura manifestação. Contra essa decisão, Erich Lüth interpôs recurso de apelação perante os tribunais superiores, apresentando depois recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) perante o Tribunal Constitucional.

O Tribunal Constitucional, como vimos, fazendo prevalecer o *sentido dos direitos fundamentais* sobre as normas do Direito ordinário, *a partir de um juízo de ponderação de bens*, reformou a decisão dos tribunais inferiores, impondo a ideia de que, a partir de então, toda a ordem jurídica deveria ser interpretada à luz do Direito Constitucional, mais especialmente a partir dos direitos fundamentais, ainda que se cuidasse, como no caso, de

relações jurídicas entre particulares.

Assim, a pesquisa tem por objetivo analisar e delimitar os limites ao exercício do direito de liberdade de manifestação/ação, em específico, analisar a licitude da adoção de discursos de “boicote” contra pensamentos, ideologias ou condutas contrárias àquelas compreendidas como corretas pelo indivíduo, bem como possível reflexão e consequências jurídicas sobre a esfera de direitos de terceiros.

2. Referencial teórico

A revisão de literatura objetivamente trabalhada até o presente momento buscou situar o problema do estudo sobre as principais obras que tratam da liberdade de expressão, bem como daquelas que a avalia em relação a outros direitos. Além disso, houve um aprofundamento sobre a maneira pela qual a ciência jurídica enxerga a jurisprudência na medida que será também objeto de pesquisa. Neste aspecto, as lições de Anthony Lewis, Ronald Dworkin e Jeremy Waldron foram primordiais para o entendimento de como constituíram a expansão das liberdades de expressão.

No que pertine ao livre desenvolvimento da personalidade as lições de Klaus Gunther e Charles Taylor, dentre outros, foi de suprema importância para o entendimento sobre o conceito de pessoa na Teoria do Direito. Assim, acredita-se que com a leitura clássica e contemporânea das questões sobre o desenvolvimento da personalidade e liberdade de manifestação serão de fundamental importância para o desenvolvimento do trabalho.

Já com relação ao conflito de normas constitucionais, os ensinamentos de Robert Alexy, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas contribuíram para o entendimento de quais os métodos utilizados pelos

intérpretes do direito quando se deparam com casos difíceis.

3. Metodologia

Para a realização do referido estudo, utilizar-se-á metodologia com base na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial acerca do tema e nas obras doutrinárias que tratam da liberdade de manifestação, do livre desenvolvimento da personalidade e de conflitos de normas constitucionais.

3. Cronograma

	JUNH O 2017	AGOS TO 2017	OUTUB RO 2017	FEVER EIRO 2017	JUNH O 2018	SETEMBRO 2018	JANEIR O 2018	JUNH O 2019
Conclusã o do Projeto de pesquisa	X							
Pesquisa bibliográ fica		X						
Confecç ão Sumário			X					
Fichame nto				X				
Primeiro capítulo dissertaç ão					X			
Segundo capítulo dissertaç ão							X	
Conclusã o Dissertaç ão								X
Depósito e defesa								X

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. José Afonso da Silva (Trad.). São Paulo: Malheiros, 2014.

ANTHONY, Lewis. Liberdade para as ideias que odiamos. Rosana Nucci (Trad.) São Paulo: Aracati Livros, 2011.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Flávio Beno Siebeneichler (Trad.) Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. I., 1997.

HABERMAS, Jurgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Flávio Beno Siebeneichler (Trad.) Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. II., 1997.

TAYLOY, Charles. As fontes do Self: a construção da identidade moderna. São Paulo: Editora Loyola, 2011.

AS PROPOSTAS DA ONU PARA IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POSSIBILIDADE PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NA PERSPECTIVA DA VÍTIMA

Álisson Thiago de Assis Campos

(e-mail: alissonateticano@gmail.com.br)

Orientador: **Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil**

I – Tema-Problema

A proposição científica envolvendo a problemática da Justiça Restaurativa e da participação da vítima na resolução de conflitos criminais constitui o objeto da presente pesquisa.

A delimitação do tema se deu à partir da perspectiva envolvendo a Resolução 40/34 da Assembleia Geral da ONU, que adotou a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, bem como a Resolução 2002/12, que fixou os princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal.

O Tema é recortado a fim de verificar se a implementação da Justiça Restaurativa, nos termos como proposto pela Organização da Nações Unidas, pode apresentar-se como uma possibilidade para efetivação de Direitos Humanos.

A relevância do tema ganha contorno no momento em que se analisa o sistema de aplicação da lei penal a partir de uma perspectiva mais democrática, isto é, que concede voz à vítima e permite que seus anseios e

perspectivas sejam levados em conta no momento da construção do provimento jurisdicional.

Nessa esteira, pretende-se investigar o reflexo das normas internacionais no contexto do processo penal, notadamente no que diz respeito à proteção dos interesses da vítima e à implementação da Justiça Restaurativa.

II – Proposta de Título

As propostas da ONU para implementação da Justiça Restaurativa como possibilidade para efetivação de Direitos Humanos na Perspectiva da Vítima

III - Justificativa

A pesquisa que se pretende envidar procura analisar o papel da vítima nas novas formas de resolução de conflito segundo os elementos componentes da denominada Justiça Restaurativa e, ainda, sob o enfoque de normas internacionais que digam respeito à temática. Nesse sentido, o trabalho apresentar-se-á como um exercício interdisciplinar envolvendo conceitos de Vitimologia, Direito Internacional e Direito Processual Penal, além de aspectos ligados à efetivação dos Direitos Humanos e Fundamentais.

Especificamente, a pesquisa pretende apresentar, descrever e analisar, em linhas gerais, as propostas da Organização das Nações Unidas para implementação da Justiça Restaurativa como uma possibilidade para efetivação dos direitos das vítimas dentro do processo criminal, com destaque para o caso brasileiro. Esta linha vai ao encontro da necessidade de verificar como o Brasil vem tratando as questões relativas à vítima em seu ordenamento jurídico, sobretudo analisando se nossas instituições atendem às propostas

fixadas no âmbito internacional para promoção dos direitos das vítimas.

Especialmente em relação ao papel das vítimas no viés restaurativo, parece haver indícios de que nas sociedades primitivas as vítimas exerciam certo “protagonismo” na resolução das demandas. Ressalte-se que, neste contexto, os ofendidos valiam-se muito mais da força física para solucionarem seus conflitos que de qualquer outro meio posto a sua disposição. Somente com o passar dos anos e com a consequente burocratização das instituições, o Estado tornou-se o detentor do “ius puniendi”, limitando as possibilidades de exercício da autotutela.

Pelo desenvolvimento do Direito Penal e consequente substituição da vingança privada por sanções previamente estabelecidas, uma modificação parece ocorrer: a vítima deixou de exercer o protagonismo na solução das questões criminais. Isto porque, dentre tantos aspectos socioculturais possíveis, os crimes passaram a ser interpretados como um atentado à legitimidade do próprio poder estatal. Desta forma, para além de uma ofensa ocasionada por um indivíduo a outro (em âmbito privado), o crime passou a reclamar uma resposta pública aos atos ilícitos.

Ocorre que, após a 2^a Guerra Mundial e o martírio sofrido por judeus nos campos de concentração, a comunidade internacional voltou seus olhos novamente às questões envolvendo as vítimas. Nesse contexto, sobretudo a partir das novas concepções desenvolvidas por Benjamim Mendelsohn, a quem se atribui o conceito de “Vitimologia”, a relação havida entre a vítima e o ofensor passou a ser vista como algo mais complexo, abrangendo não somente aspectos jurídicos, mas também psicológicos e sociais.

Atenta a esta conjuntura e reportando-se a uma série de estudos e tratativas internacionais acerca da

participação da vítima nos processos criminais, as Nações Unidas passaram a incentivar a implementação de um novo sistema de resolução de conflito que viesse a integrar a vítima dentro do processo de construção do provimento jurisdicional: a Justiça Restaurativa.

Em 1985 a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução 40/34, que adotou a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. Posteriormente, o Conselho Social e Econômico das Nações Unidas (ECOSOC) editou a Resolução nº 2002/12 em que incentiva a adoção de programas de Justiça Restaurativa pelos países membros da ONU, fixando princípios básicos para sua implementação.

Aparentemente, a implementação dos modelos de Justiça Restaurativa propostos pela ONU criaria uma possibilidade para que haja uma verdadeira reformulação da sistemática processual, a qual poderia viabilizar o fortalecimento dos direitos da vítima, aqui compreendidos como uma questão de Direitos Humanos, incentivando a obtenção de soluções a partir de um consenso que também atenda aos interesses do ofendido.

Vale lembrar que o movimento de internacionalização dos direitos humanos tem exercido um papel de extrema importância no incentivo ao respeito à vontade da vítima dentro do processo criminal. Isto porque, conforme será demonstrado ao longo da pesquisa, existe uma série de tratados internacionais que tutelam os interesses das vítimas no âmbito do processo criminal. Ao submeter-se a esses instrumentos normativos, o Estado incorpora normas desta natureza e acaba por colocá-las no núcleo de validade de sua ordem jurídica. Surge, aí, a possibilidade de utilização da Justiça Restaurativa como uma possibilidade de se ampliar e proteger os direitos fundamentais inerentes aos ofendidos.

Merece destaque o fato de que existe, , no

âmbito das Nações Unidas, um sistema global de proteção aos Direitos Humanos cujos principais instrumentos normativos são a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Juntos eles compõem a chamada “Carta Internacional dos Direitos Humanos” e possuem o objetivo primordial de fixar alicerces ideológicos para a comunidade internacional, promovendo a paz e o fortalecimento dos Direitos Humanos em todo o planeta. Esse sistema de proteção, por óbvio, se estende às vítimas, em seus mais variados aspectos.

Nessa mesma perspectiva, deve-se ressaltar, ainda, a existência de diversas normas internacionais que abordam a problemática dos direitos humanos (incluindo as vítimas) em diferentes categorias. Essas disposições normativas buscam a conscientização e a responsabilização dos Estados em caso de violação das questões relativas ao Direito Internacional. Dentre estes instrumentos vale mencionar a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias (1990), a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006) e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007).

O debate sobre o tema poderá ter impacto social a partir da contribuição para o aprofundamento das discussões sobre a necessidade de criação de uma nova sistemática processual penal pautada na Justiça

Restaurativa que possa atender aos interesses da vítima dentro de um processo criminal, satisfazendo, ainda que minimamente, a sua noção de justiça.

A abordagem do tema foi motivada pela participação do autor no Grupo de Pesquisa relativo à “Descentralização do Judiciário e Novas Formas de Acesso à Justiça” vinculado ao Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves - IPTAN em parceria com a Faculdade de Direito de Conselheiro – FDCL. A atuação junto ao referido grupo culminou na apresentação de um resumo expandido no “I Seminário de Direitos Humanos e Constitucionalismo Latino-Americano” realizado em 2015 pela Universidade Federal Fluminense, em Volta Redonda. A temática trabalhada guarda relação com o presente projeto e foi intitulada “O Direito Penal e a Justiça Restaurativa: a participação da vítima nas novas formas de conflito como base para a efetividade dos Direitos Humanos no Brasil”.

O que se pretende, portanto, é desenvolver uma temática que já vem sendo trabalhada há algum tempo, sistematizando-a de maneira adequada a fim de verificar se, de fato, a Justiça Restaurativa, na forma como sugerida pela Organização das Nações Unidas, poderá incentivar e legitimar a proteção de Direitos Fundamentais na relação “vítima/infrator”.

Destarte, o tema mostra-se atual e relevante sobretudo diante da aprovação da Resolução 225/2016 pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que contém diretrizes para implementação e difusão da prática da Justiça Restaurativa no Poder Judiciário Brasileiro. Portanto, com este projeto, lançam-se as bases de uma pesquisa que pretende investigar, sobre os marcos teóricos mais importantes, cotejados com uma perspectiva prática e acobertado pelo método de interpretação teleológica, se a participação da vítima na resolução dos conflitos pode maximizar a possibilidade de efetivação de seus direitos e

pretensões dentro da lide penal.

Por fim, vale lembrar que o tema possui relevância teórica porque propõe uma análise em perspectiva transdisciplinar envolvendo o Direito interno, as normas internacionais e a vitimologia. Assim, pretende-se ultrapassar a mera análise de questões relativas aos efeitos jurídicos ocasionados pelo crime, verificando o fenômeno criminal em uma perspectiva mais ampla que envolva a possibilidade de participação da vítima dentro do processo de construção do provimento jurisdicional.

IV – Objetivo Geral

Verificar e descrever se e como as propostas da ONU para implementação da Justiça Restaurativa apresentam-se (ou não) como possibilidade para efetivação dos Direitos Humanos na perspectiva das vítimas.

V – Objetivos Específicos

- a) Compreender o papel de participação da vítima nos processos e procedimentos para a preservação/restauração de seus direitos;
- b) Determinar o protagonismo dos direitos da vítima no âmbito nacional e internacional, especificamente à luz da Constituição Federal, dos tratados e resoluções a respeito da temática;
- c) Demonstrar como o processo de internacionalização dos Direitos Humanos incentivou a retomada do protagonismo da vítima nos procedimentos criminais;
- d) Conceituar a Justiça Restaurativa, apresentando as propostas da ONU para sua implementação;
- e) Apresentar a Justiça Restaurativa como uma

possibilidade de efetivação dos direitos da vítima;

f) Especificar os espaços normativos para implementação da Justiça Restaurativa no sistema jurídico brasileiro

VI – Métodos de Pesquisa

A metodologia empregada para a estruturação da pesquisa deverá se basear no método descritivo e analítico que, certamente, possibilitará a abordagem, conceituação e análise de várias categorias e casos considerados fundamentais para o desenvolvimento do tema.

Partindo, portanto, de uma revisão de literatura baseada na releitura dos principais doutrinadores que versam sobre a temática proposta e, ainda, mediante uma análise aprofundada do arcabouço jurídico que incentiva a implementação da Justiça Restaurativa e a proteção/participação da vítima na resolução dos conflitos, pretende-se realizar um exame conceitual dos aspectos relacionados ao tema. Tal pesquisa deverá ser aliada a um estudo de dados concretos, sobretudo de decisões das cortes internacionais proferidas em situações pretéritas que envolveram a sistemática internacional de proteção aos direitos da vítima.

Em relação aos procedimentos técnicos a serem utilizados quando da coleta dos dados que nortearão a pesquisa, será utilizada a pesquisa bibliográfica, com enfoque em leituras doutrinárias, normativas e jurisprudenciais que digam respeito ao tema e já foram abordadas no marco teórico. Nesse sentido, o levantamento bibliográfico poderá fornecer bases teóricas para a elaboração do trabalho e descoberta de outros conceitos que permitirão a emissão de um parecer conclusivo após o término dos trabalhos.

No que se refere ao enquadramento

bibliográfico lançaremos mão da fundamentação exposta por diversos autores que tratam sobre o assunto e informam os conceitos de ordem dogmática a serem utilizados, além da análise de tratados internacionais e posicionamentos jurisprudenciais.

A dissertação deverá ser dividida em capítulos, onde se buscará, primeiramente, conceituar a Justiça Restaurativa, os Direitos Fundamentais e a importância da participação da vítima como fator maximizador da efetivação de direitos fundamentais dentro dos processos criminais. Posteriormente serão analisados os principais marcos jurídicos de proteção aos direitos da vítima para, enfim, verificarmos se a Justiça Restaurativa se apresenta como uma possibilidade para retomada do protagonismo da vítima dentro da resolução de conflitos

VII – Marco Teórico

Embora ainda seja um paradigma em construção, a Justiça Restaurativa é conceituada por Neemias Moretti Prudente como sendo “uma nova forma de resolução de conflito em que as próprias partes envolvidas num conflito específico (vítima, infrator e comunidade – primária e/ou secundária) se encontram e buscam, por meio do diálogo/consenso, e com a ajuda de um facilitador capacitado, a solução da divergência” (2011, p. 42).

Seguindo esta linha de raciocínio, o professor Deilton Ribeiro Brasil defende que a Justiça Restaurativa é uma forma de ampliar “o círculo dos interessados no processo (aqueles que foram afetados ou têm uma posição em relação ao evento ou ao caso) para além do Estado e do ofensor, incluindo também as vítimas e os membros da comunidade” (2014, p.157)

Historicamente as bases da expressão “Justiça Restaurativa” remontam à década de 1950, quando o

psicólogo norte-americano Albert Eglash deu início à implementação de um modelo diferenciado para reabilitação dos criminosos a partir da busca pelo perdão de sua vítima. (BIANCHINI, 2012, p. 88). Posteriormente, em 1977, Eglash publicou um ensaio denominado “Beyond Restitution: creative restitution” em que apadrinou o termo ora analisado e, por essa razão passou a ser considerado como o grande precursor dos ideais restaurativos na forma como hoje é estudada no ambiente acadêmico.

Vale lembrar, entretanto, que muito embora a criação do termo “Justiça Restaurativa seja creditada a Albert Eglash,

a concepção de justiça a que ele se referia não era nova. A justiça restaurativa não é um movimento de "nova onda" à margem da prática jurídica. Suas concepções de justiça têm sido mais ou menos proeminentes durante a maior parte da história. Como diz o criminologista John Braithwaite, "a justiça restaurativa tem sido o modelo dominante da justiça penal em toda a história da humanidade para todos os povos do mundo". As concepções da Justiça Restaurativa reivindicam suas raízes nas tradições ocidentais e não-ocidentais. Assim, um movimento em direção a um modelo restaurador da justiça talvez seja melhor entendido como um retorno às raízes da justiça, e não como uma nova "cura" para um sistema enfermo. (LLEWELLYN e HOWSE, p. 04 – Tradução livre)

Em razão de se apresentar como um modelo para resolução de questões criminais, a Justiça Restaurativa vem sendo trabalhada também no âmbito internacional, dando supedâneo ao surgimento de diversas propostas de implementação e estruturação a respeito do

tema que, certamente, exigirá maior participação da vítima dentro da sistemática processual penal.

Atuando ativamente dentro da resolução de um conflito, a vítima acaba ampliando a possibilidade de efetivação de suas pretensões dentro de um processo, legitimando a atuação do Estado com um enfoque mais voltado para a relação humana e proteção ao interesse de todos os indivíduos envolvidos com a questão.

Nesse contexto, vale mencionar que o incentivo à participação da vítima na solução dos conflitos e a necessidade de sua proteção já vêm sendo incentivada por vários tratados internacionais, merecendo especial destaque a “Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça Relativos às Vítimas de Crime e de Abuso de Poder”, adotada pela Resolução 40/34 da Assembleia Geral da ONU de 1985. Nela são apresentados vários meios de proteção dos direitos da vítima, com ênfase para a necessidade de adoção, a nível nacional e internacional, de medidas que visem garantir o reconhecimento universal e eficaz dos direitos das vítimas da criminalidade.

Segundo tal declaração, as vítimas são pessoas que individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.

Além disso, o referido documento amplia o conceito de vítima para incluir “também os familiares próximos ou dependentes da vítima direta e as pessoas que tenham sofrido danos ao intervir para prestar assistência a vítimas em perigo ou para impedir a vitimação”.

Merecem destaque, ainda, outros instrumentos internacionais adotados com o apoio da ONU, os quais abordam a problemática acerca dos direitos das vítimas em

diferentes categorias: Declaração da Eliminação da Violência contra a Mulher (1993); Princípios básicos para aplicação de programas de justiça restaurativa em matéria penal (2002); Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis (2000), dentre outras.

Nota-se que a comunidade internacional vem estabelecendo medidas mais eficazes para proteção das vítimas o que, inclusive, tornou possível a responsabilização dos Estados quando as instituições nacionais forem omissas ou não se mostrarem eficazes (PIOVESAN, 2010, p. 123). Percebe-se, nesse contexto, um claro incentivo para que os governos adotem medidas de promoção aos direitos das vítimas, elencando-os como Direitos Fundamentais.

Como já informado, a pesquisa que se pretende envidar buscará realizar uma revisão de literatura através de uma releitura das principais doutrinas que se dedicam a conceituar os institutos da Justiça Restaurativa, da Vitimologia e dos mecanismos nacionais e internacionais de proteção aos Direitos Humanos e Fundamentais.

Para conceituar a Justiça Restaurativa contaremos com o suporte de Howard Zehr e Neemias Moretti Prudente, pesquisadores que já publicaram diversas obras sobre a temática à relativa à questão. Ademais, considerando que a Justiça Restaurativa se apresenta como uma nova forma de acesso à justiça, a leitura dos pensamentos de Mauro Cappelletti e Bryan Garth sobre a temática mostram-se relevantes.

A fim de compreender o funcionamento acerca do funcionamento das Organizações Internacionais e os mecanismos de proteção aos Direitos Humanos mostra-se fundamental o estudo de obras de Valério de Oliveira Mazzuoli além de tratados internacionais e resoluções já mencionadas neste projeto. Sem dúvida alguma, tais organizações possuem mecanismos de efetivação e

proteção aos direitos, como as Cortes Internacionais competentes para analisar se os Estados cumprem as obrigações a que se comprometeram perante a Comunidade Internacional mediante assinatura de tratados.

Por fim, para compreensão da importância da participação da vítima dentro do processo penal, analisaremos as obras de Aury Lopes Júnior e Vanessa De Biassio Mazzutti, a fim de verificar se é necessário e existe espaço normativo para implementação e/ou ampliação da Justiça Restaurativa no caso específico do Brasil.

X - Referências

ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Sistema Penal: contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro.** Disponível em:

<<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/II/I/18.pdf>>. Acesso em 25 jun. 2017

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.**

Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

BIANCHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça restaurativa: um desafio à práxis jurídica.** Campina: Servanda, 2012.

BRASIL, Deilton Ribeiro. A justiça restaurativa como estratégia de tratamento de conflitos. In: **Athenas, Revista de direito política e filosofia.** Disponível em:

<http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano3_vol2_2014_artigo11.pdf> Acesso em 24 de nov. 2016

BRASIL, Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945.

Carta das nações unidas. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em 21 abr. 2017

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: Orientado para a Vítima de Crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

DEU, Teresa Armenta. **Sistemas processuais penais: La justicia en Europa y América**. Madrid: Marcial Pons, 2012

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas. Bookseler, 2006.

FRADE, Edilson Vlademir de Almeida. **Direitos da vítima na criminalidade**. Dissertação (Mestrado) apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2011.

GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**. 2. ed. Niterói: Luam, 1997.

JESUS, Damásio de. **Organização das nações unidas (onu) recomenda a adoção da justiça restaurativa**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, maio 2006. Disponível em: <www.damasio.com.br>. Acesso em 21 abr. 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed., São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

LLEWELLYN, Jennifer J. e HOWSE, Robert. **Restorative justice: a conceptual framework**. Disponível em: <<https://dalspace.library.dal.ca/>>. Acesso em 16 abr. 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo:

Saraiva, 2014.

MAZZUTTI, Vanessa de Biassio. **Processo penal sob a perspectiva da vítima: uma leitura constitucional a partir dos direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A Vítima e o direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos princípios básicos de justiça relativos às vítimas da criminalidade e de abuso de poder – 1985**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>> Acesso em 15 de abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **ECOSOC resolution 2002/12**. Disponível em: <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>> Acesso em: 16 abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 40/34 da assembleia geral da onu**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev29.htm>> Acesso em: 16 abr. 2017.

ORTEGAL, Leonardo. **Justiça restaurativa: um caminho alternativo para a resolução de conflitos**. In.: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. V.1, n.21, 2008, p.121-132.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. **Por caminhos da(s) reforma(s) da justiça**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRANIS, Kay. **Processos circulares de construção de paz**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2017.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça restaurativa e experiências brasileiras. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Org.). **Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí: Editora Ijuí, 2011.

ROBALO, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa. **Justiça restaurativa: um caminho para a humanização do direito**. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TELLO, Nancy F. **A justiça restaurativa: um programa integral de atenção e prevenção do delito**. In: Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, nº 52, out./nov. 2008.

UNICEF. **Manual sobre o protocolo facultativo relativo à venda de crianças, prostituição infantil e pornografia infantil**. Disponível em: https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/optional_protocol_por.pdf. Acesso em 26 de nov. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal, parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa: teoria e prática**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2012.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre**

o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008.

**O CUMPRIMENTO INTEGRAL DAS
OBRIGAÇÕES IMPOSTAS AO ESTADO
BRASILEIRO PELA CORTE INTERAMERICANA:
a dificuldade de executar internamente os deveres de
investigar e punir os responsáveis pelas violações de
Direitos Humanos.**

André dos Santos Gonzaga

INTRODUÇÃO

O Direito Internacional tem se destacado nas últimas décadas na promoção da efetivação dos Direitos Humanos. Após a criação oficial da Organização das Nações Unidas (1945), o número de Organizações Internacionais teve um aumento considerável, este fato se deve ao processo constante de institucionalização das Relações Internacionais (Varela, 2012).

O marco de internacionalização dos direitos humanos é sem dúvida a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1948. A Declaração serviu de “inspiração para o desenvolvimento dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, dos quais se pode destacar o sistema traçado pela Organização dos Estados Americanos (OEA) com a Convenção Americana de Direitos Humanos aprovada em 1969, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.” (BOCCATO, 2015).

A Convenção Americana, para a proteção e monitoramento dos direitos nela prevista é integrada por dois órgãos autônomos e independentes: a Comissão

Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA) encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano. A ela cabe exercer o juízo de admissibilidade das petições ou comunicações apresentadas, conforme determina o artigo 44 da Convenção Americana:

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi instituída no sistema regional de proteção dos Direitos Humanos em 1979, na Costa Rica, é órgão jurisdicional do sistema interamericano que tem como objetivo analisar e julgar os casos de violação de direitos humanos perpetrados pelos Estados-partes da OEA e que tenham ratificado a Convenção Americana. Como bem ensina Mazzuoli (2015), a Corte, trata-se de um tribunal supranacional interamericano, capaz de condenar os Estados-partes na Convenção Americana por violação de Direitos Humanos, desde que estes tenham aceitado a competência contenciosa do Tribunal:

A Corte não pertence à OEA, mas à Convenção Americana, com natureza de órgão judiciário internacional. Trata-se da segunda e única corte instituída em contextos regionais (a primeira foi a Corte

Europeia de Direitos Humanos, sediada em Estrasburgo, competente para aplicar a Convenção de 1950). Seu nascimento se deu em 1978, quando da entrada em vigor da Convenção Americana, mas o seu funcionamento somente ocorreu, de forma efetiva, em 1980, quando emitiu sua primeira opinião consultiva e, sete anos mais tarde, quando emitiu sua primeira sentença. (MAZZUOLI, 2015, p. 284).

A Corte compreende duas jurisdições: consultiva e contenciosa. A jurisdição consultiva, como ensina Afonso (2009), tem como objetivo interpretar a convenção e outros tratados internacionais referentes à proteção dos Direitos Humanos nos Estados americanos. Trata-se de uma função preventiva, de persuasão e colaboração. Por outro lado, a jurisdição contenciosa foi criada para resolver controvérsias referentes às violações dos direitos humanos e aplicar a Convenção Americana em casos individuais.

A jurisdição consultiva é estendida a todos os membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) independentemente de fazerem parte ou não da Convenção. Já a jurisdição contenciosa deriva de cláusula facultativa e, portanto, a penas se estende aos Estados partes da Convenção que tenham reconhecido tal jurisdição, como é o caso do Brasil.

Neste contexto, a presente pesquisa pretende encontrar um caminho que leve o sistema jurídico brasileiro a dar efetividade nas sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na parte dispositiva que versa sobre o dever de investigar e punir os responsáveis pelas violações de direitos humanos.

1 JUSTIFICATIVA

As sentenças prolatadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos podem condenar os Estados em três

tipos de obrigações, segundo Mazzuoli (2012), a saber: o dever de indenizar a vítima ou sua família; o dever de investigar todo o ocorrido para que casos semelhantes deixem de ocorrer e o dever de punir os responsáveis pela violação dos Direitos Humanos.

Nos casos em que o Brasil figurou como parte perante a Corte Interamericana, e foi condenado por violação aos Direitos Humanos previstos na Convenção Americana, não houve embaraço ao cumprimento do dispositivo da sentença que previa o pagamento de indenização, ou de divulgação da sentença nos meios de comunicação. Tanto é verdade que, até o ano de 2014 não existia qualquer relato de execução forçada de título executivo em face do Estado Brasileiro. (LOPES, COSTA, 2014, p. 335-336).

Como enfatiza Mazzuoli (2012), a parte indenizatória da sentença impostas pela Corte Interamericana, tem sido cumprida espontaneamente pelos Estados, o grande problema que existe relativamente ao cumprimento integral das obrigações reside na grande dificuldade de executar internamente os deveres de investigar e punir os responsáveis pelas violações de direitos humanos.

Neste contexto, a presente pesquisa torna-se relevante ao pretender encontrar um caminho que leve o sistema jurídico brasileiro a dar efetividade nas sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na parte dispositiva que versa sobre o dever de investigar e punir os responsáveis pelas violações de direitos humanos.

2 OBJETIVOS

2.1 Objetivo Geral

O objetivo geral da pesquisa é analisar o cumprimento integral das obrigações impostas ao Estado Brasileiro pela Corte Interamericana, no que tange a dificuldade de executar internamente os deveres de

investigar e punir os responsáveis pelas violações de Direitos Humanos.

2.2 Objetivos Específicos

1. Analisar o cumprimento das sentenças proferidas pela Corte Interamericana em face do Estado Brasileiro, verificando os motivos de não cumprimentos dos dispositivos que determina a obrigação de investigar e punir os responsáveis pelas violações de Direitos Humanos.
2. Analisar a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do estudo da Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade (1968) e o Estatuto de Roma (1998);
3. Verificar a possibilidade de aplicação do princípio de jurisdição universal, consagrado pelo direito internacional consuetudinário, nos caso em que o Brasil não cumprir a obrigação de investigar e punir os responsáveis pelas violações de Direitos Humanos, prevista na sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos.
4. Verificar a possibilidade de aplicação de sanções econômicas ao Estado violador até que haja o efetivo cumprimento integral da sentença proferida pela Corte.

3 METODOLOGIA

A técnica de pesquisa adotada para a consecução dos objetivos propostos é a análise da documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica, ou de fontes secundárias, que abrange a bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas,

boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, entre outros.

Será utilizada, também, a pesquisa bibliográfica realizada em documentos internacionais como convenções e tratados disponibilizados nos diversos sites eletrônicos, como por exemplo, os sites da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para se alcançar os objetivos propostos, com maior segurança e economia, através de conhecimentos válidos e verdadeiros, é necessária a adoção de um método, conjunto de atividades sistêmicas e racionais, para traçar o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista.

O método adotado é o da indução, que pode ser definido, Marconi e Lakatos (2003), como o processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Portanto, o objetivo dos argumentos indutivos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam.

Assim, com base na pesquisa bibliográfica e no método indutivo pretende-se alcançar os objetivos gerais e específicos propostos na presente pesquisa.

4 REFERENCIAL TEORICO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, como visto, não possui competência para fazer recomendações às partes envolvidas nos processos que tem por finalidade a apuração da violação dos Direitos Humanos, mas sim proferir sentenças definitivas e inapeláveis conforme prevê o artigo 67 da Convenção Americana:

Artigo 67

A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016)

Isso quer dizer que as sentenças proferidas pela Corte obrigam os Estados que aceitaram formalmente se submeter à jurisdição contenciosa. No entendimento de Mazzuoli (2012) a sentença proferida pela Corte Interamericana não carece de homologação pelo STJ por se tratar de sentença internacional que não se confunde com sentenças estrangeiras que necessitam de homologação para serem reconhecidas e para terem eficácia interna:

Isso tudo somado só leva a crer que o STJ não tem competência constitucional, e tampouco legal, para homologar sentenças proferidas por tribunais internacionais, que decidem acima do pretense poder soberano estatal e tem jurisdição sobre o próprio Estado. Pensar de outra maneira é subversivo aos princípios internacionais que buscam reger a sociedade dos Estados em seu Conjunto com vistas à perfeita coordenação dos poderes dos Estados no presente cenário internacional de proteção de direitos. (MAZZUOLI, 2012, p. 212-213).

O Artigo 68 do Pacto de San José da Costa Rica estabelece que “1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.” (CONVENÇÃO

AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016). O mesmo artigo prevê, ainda, que “a parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.” (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos podem prolatar decisões condenando os Estados basicamente em três tipos de obrigações, Mazzuoli (2012): o dever de indenizar a vítima ou sua família; o dever de investigar todo o ocorrido para que casos semelhantes deixem de ocorrer; o dever de punir os responsáveis pela violação dos Direitos Humanos. No mesmo passo, Mazzuoli (2015), entende que essa “tríade obrigacional compõe o núcleo duro dos deveres dos Estados relativamente às sentenças da Corte, que em última análise estão a consagrar a efetividade do acesso à justiça no sistema interamericano.” (MAZZUOLI 2015, p. 294).

Interessa ressaltar que nos casos em que o Brasil foi condenado por violação aos Direitos Humanos previstos na Convenção Americana pela Corte Interamericana, não houve qualquer dificuldade na determinação que previa o pagamento de indenização, ou de divulgação da sentença nos meios de comunicação. Tanto é verdade que, até o ano de 2014 não existe qualquer relato de execução forçada de título executivo em face do Estado Brasileiro:

Não há notícia na jurisprudência ou na doutrina de execução forçada de título constituído em face do Estado Brasileiro a partir de decisão da Corte Interamericana, donde se conclui que, de fato, o adimplemento da obrigação de pagar derivada de tais decisões tem sido procedido do modo mais adequado, tanto

da perspectiva do Direito brasileiro, quanto da do internacional. (LOPES, COSTA, 2014, p. 335-336).

Vale ressaltar, que a responsabilidade para o pagamento da verba indenizatória pelas quais o Brasil tenha sido condenado é da União, que poderá utilizar ação regressiva contra o responsável imediato pela violação de Direitos Humanos que deu causa à condenação internacional do Estado.

Como ensina Mazzuoli (2015), a parte indenizatória da sentença impostas pela Corte Interamericana, tem sido cumprida espontaneamente pelos Estados, o grande problema que existe relativamente ao cumprimento integral das obrigações reside “na dificuldade de executar internamente os deveres de investigar e punir os responsáveis pelas violações de direitos humanos.” (MAZZUOLI, 2015, p. 293). O mesmo Autor assevera que “apesar de não se ler na Convenção, expressamente, que os Estados têm tais deveres (de investigação e punição dos culpados), a sua interpretação mais correta é no sentido de nela se encontrarem implícitos esses deveres.” (MAZZUOLI, 2015, p. 293).

A própria Corte, como ressalta André de Carvalho Ramos (2005), sustentou no julgado Velásquez Rodrigues, que o dever de investigar, processar e punir é fruto do disposto no artigo 1.1 da Convenção Americana:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza,

origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2016)

Para André de Carvalho Ramos (2005), esse artigo impõe aos Estados a obrigação de garantir o respeito aos direitos protegidos pela Convenção, o que significa que cabe aos Estados prevenir a ocorrência de novas violações, sendo na verdade garantia de não repetição das violações dos Direitos Humanos:

(...) a questão da investigação e punição enquanto reparação específica de violação de direitos humanos aponta para a necessidade de prevenção de futuros abusos. Como se sabe, uma sociedade que esquece suas violações presentes e passadas de direitos humanos está fadada a repeti-las. (Ramos, 2005, p. 60).

Torna-se necessário esclarecer que caso o Estado cumpra a decisão ordenada pela Corte, deixando de observar a previsão do artigo 68, § 1.º, do Pacto de São José, esse Estado estará incorrendo em nova violação da Convenção Americana, fato que pode ensejar novo procedimento contencioso contra esse mesmo Estado.

A Convenção Americana prevê em seu artigo 65, que em caso de não cumprimento espontâneo da sentença proferida, a Corte deve informar o descumprimento à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA, como forma de constranger o Estado inadimplente perante seus pares, fato que não tem gerado nenhum efeito prático.

5 CRONOGRAMA

	ATIVIDADE/PERÍODOS	2017		2018														
		1º semestre	2º semestre	Jan.	Fev.	Mar.	Abr.	Mai.	Jun.	Jul.	Ago.	Set.	Out.	Nov.	Dez.			
1	Adequação do projeto	X																
2	Levantamento de literatura	X	X															
3	Coleta de dados		X	X	x													
4	Tratamento dos dados			X	x	x												
5	Elaboração do sumário provisório				x													
6	Redação da primeira versão do texto				x	x	x	X	X									
7	Revisão do texto									X	x							
8	Redação definitiva											x	x					
9	Entrega da Dissertação																X	
	Defesa da Dissertação																	x

REFERÊNCIAS

- AFONSO, Livia de Paiva Ziti. A Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Brasil). **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Ano XXV, n. 28, jan./jun. 2009, p. 207-226.
- BOCCATO, Esdras. Direitos Humanos e cumprimento das decisões internacionais no Brasil: instrumentos de execução interna das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 23, v. 91, abr.-jun./2015, p. 387-406.
- CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em 23/11/2016.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- LOPES, Rachel de Oliveira; COSTA, José Augusto Fontoura. Cumprimento da decisão reparatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil. **Revista da AGU**. Ano XIII, n. 42, Brasília – DF, out./dez. 2014, p. 315-338.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 2ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Internacional Público**. 6ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade Internacional do Estado por violação de Direitos Humanos. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal**. Ano IX, n. 29, abr.-jun. 2005, p. 53-63.

VARELLA, Marcelo D., **Direito Internacional Público**.
4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

**A MATERNIDADE ENCARCERADA SOB A
PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA DA EXECUÇÃO
PENAL À LUZ DA CONSTITUCIONALIDADE
DEMOCRÁTICA**

Aparecida Dutra de Barros Quadros
(e-mail: aparecidaquadros@hotmail.com)

Orientador: **Prof. Dr. Fabrício Costa Veiga**

Aparecida Dutra de Barros Quadros

1 DEFINIÇÃO DO TEMA PROBLEMA

O Direito Penal como instrumento de controle social tem como escopo proteger os bens jurídicos de valor maior da sociedade e violado suas regras decorre para o Estado o dever de aplicar sanções, podendo dessa forma a liberdade do indivíduo sofrer restrições face a eventuais infrações praticadas nessa seara.

Lado outro, tratando-se a liberdade um direito com base constitucional e sendo de dimensão maior na categoria dos direitos fundamentais, em face da subsidiariedade da reprimenda penal essa somente poderá ser aplicada quando e se os demais ramos de direito se mostrarem ineficientes para a proteção ou controle social.

Por esse cenário, pretende-se com a presente pesquisa demonstrar que o encarceramento não é a melhor medida para o enfrentamento da violência criminal, visto que o poder punitivo do Estado apenas em *ultima ratio* deverá ser acionado e para tanto o aparato estatal deverá estar voltado para a efetivação das garantias penais e processuais com vistas a não levar sujeitos de direitos à degradação da pessoa humana, pois diante da realidade do

sistema prisional brasileiro não há esforço para constatação de que o ambiente carcerário é inóspito e principal fomentador da coisificação do ser humano.

Dessarte, verificando o retrato da justiça criminal brasileira revela-se o desrespeito aos direitos humanos o que é agravado quando se lança o olhar para o aprisionamento de mulheres. Outrossim, notabilizando-se o desencarceramento da mulher um direito humano se delimitou o presente trabalho por um recorte envolvendo fatores relacionados à desigualdades sociais e de gênero, pelo que a pesquisa se volta para a população feminina encarcerada, notadamente no que diz respeito aos direitos de proteção a saúde, a maternidade e a infância, pois toda gestação em ambiente prisional é uma gravidez de alto risco e que somado aos efeitos secundários da punibilidade estatal transformam a maternidade na prisão em um contexto vulnerabilizante dos direitos da pessoa humana.

Nesse sentido a problemática levantada visa debater o desencarceramento da mulher e em especial da mulher gestante, puérpera e/ou com filhos menores em razão do contexto circundante de maior vulnerabilidade e dos fatores familiares, sociais e jurídicos envoltos na sua prisionização.

Ao longo da pesquisa que se propõe busca-se examinar o crescimento do encarceramento feminino enquanto fator potencializador das vulnerabilidades próprias do gênero sejam físicas, psíquicas, sociais e econômicas em razão da transcendência da pena que alcança efeitos perversos para além da pessoa condenada, o que torna necessário a discussão e a atuação integrada entre os órgãos institucionais direta ou indiretamente envolvidos no sistema penitenciário, a comunidade jurídica e também a sociedade, com o fim de desenvolver perspectivas para a execução penal diferenciada pautada em critérios mais objetivos, de modo a afastar o protagonismo judicial e toda carga axiológica presente nas

decisões judiciais, como forma a reconhecer que o desencarceramento da mulher é um direito humano a ser firmado pelas vias normatizadora, jurídica e préviolatória.

A temática em tela ganha relevância na medida em que se observa a imprescindibilidade da incorporação de perspectiva de gênero no planejamento de ações e estratégias com recorte à condição da mulher em regime de privação de liberdade com vistas à adoção de diretrizes que lancem um olhar à peculiaridades da maternidade encarcerada, sendo o seu desencarceramento um direito a ser implementado pela via legal, respeitado e protegido por todos os atores da justiça criminal.

O número de presas que atinge o somatório de 37.380 mulheres segundo o último levantamento estatístico do INFOPEN realizado em 2014, trata-se de dado paradoxalmente preocupante se somado à invisibilidade feminina nesse cenário, visto que na população carcerária predomina o público masculino a contar o número reduzido de mulheres presas se comparado com contingente de reclusos que totalizam 542.401 homens em um universo de 579.781 pessoas existentes no sistema penitenciário brasileiro,¹ o que se denota que o sistema prisional não é pensado para mulheres.

Por esses dados a atenção se volta de igual modo como preocupação a ser debatida nesse trabalho para a

¹Os dados estatísticos não representam o número absoluto da população prisional, o qual hoje conta com 607.731 presos, ficando os dados apresentados centrado no contingente do sistema penitenciário, visto a falta de informações sobre mulheres custodiadas em Unidades geridas pela Secretaria de Segurança no ano de 2014. Sendo que o total da população feminina informada até o ano de 2013 era de 35.218 somado os números da Secretaria de Segurança e do Sistema Penitenciário. Dados do INFOPEN de junho 2014, p. 8 - Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-infopen-mulheres.pdf>> Acesso em 26/03/2017.

inevitável consequência do aprisionamento feminino no tocante a essa população também invisível que são as crianças filhas de mulheres presas, as quais cumprem indiretamente a penalidade estatal imposta à autora do delito, pois elas vivem, mesmo que temporário, em situações diversas e adversas ao propagado e positivado melhor interesse da criança seja na legislação nacional e/ou internacional.

Discute-se nesta pesquisa a viabilização de instrumentos legais e políticas públicas voltadas à eliminação ou ao menos a minimização da violência aos direitos humanos infligidos aos encarcerados e com o propósito de apresentar propostas, especificadamente aos direitos fundamentais da mulher gestante e puérpera, em cumprimento de pena restritiva de liberdade, em face do recorte metodológico aqui definido, consistentes em garantir os direitos assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil e pelos Tratados, Convenções e Acordos Internacionais de proteção e tratamento da mulher presa, considerando as necessidades específicas os quais requerem um tratamento igual mas diferenciado.

Por essa perspectiva busca-se avançar nos estudos da execução penal diferenciada sob critérios objetivos e da intensificação das medidas alternativas diversas da prisão. Avalia-se desta forma a (des)necessidade da manutenção da mulher no cárcere visto a menor lesividade de suas infrações penais e a reduzida periculosidade de seus crimes, pautando-se em princípios que promovam a eficácia do cumprimento preventivo, retributivo e ressocializador da pena como fim do poder punitivo do Estado, mas atrelado à observância dos direitos humanos e a condição única da pessoa condenada analisada por lentes de gênero.

1.1 Título

A maternidade encarcerada sob a perspectiva dos direitos fundamentais: uma análise sistemática da execução penal à luz da constitucionalidade democrática.

2. JUSTIFICATIVA

A cada delito corresponderá uma penalidade sob pena de incidirmos no famigerado *bis in idem*, porém no sistema criminal brasileiro já se demonstrou que essa lógica basilar não é observada, vez que o ser humano ao ser levado ao cárcere paga o crime com a prisionização não só da sua liberdade mas, ainda nos tempos atuais, com o próprio corpo e com todo o seu conjunto psíquico, moral, emocional e também condenada também o é toda sua estrutura familiar em face dos efeitos deletérios do encarceramento agravado pelas condições precárias e sub-humanas das penitenciárias.

Historicamente a lógica da justiça criminal no Brasil, incrementada pelo irracional desejo da população, vê a solução para a criminalidade na segregação e confinamento de pessoas autores de crimes e, portanto a construção de presídios e abertura de novas vagas no sistema prisional é medida clamada e reclamada pelos variados atores e setores da sociedade.

Por esse prisma o hiperencarceramento no sistema criminal brasileiro se agiganta e seletivamente, haja vista o perfil sócio-econômico da população carcerária que se compõe na maioria de pessoas negras, pobres e sem instrução escolar, realidade essa de crescimento que não está acompanhada de avanços na contenção dos crimes e na promoção da segurança, constatando-se desta feita que

a política criminal brasileira padece de problemas estruturais.

Nos dias atuais o principal fator de encarceramento é a droga, sendo que o percentual maior da população carcerária responde pelo delito de tráfico de entorpecentes e a política do aprisionamento já se mostrou ineficiente para a redução dos crimes, pois os resultados como se destaca na história foram e continuam sendo desastrosos.

A criminalização das drogas e a política de severidade para o enfrentamento do tráfico adotada no contexto da justiça criminal do Brasil reforça os discursos repressivos de combate à violência, mas em linha inversa não diminui a criminalidade violenta no país e não promove a necessária sensação de segurança à sociedade.

Em relação à criminalização da mulher que na história se configurava por delitos relativos a escândalos, seguidos das questões de gênero, infanticídio e crimes passionais, hoje é o delito de tráfico de drogas o fator preponderantemente também para o seu encarceramento.

Figura 1. Evolução da população prisional segundo gênero. Brasil 2000 a 2014

Ano	Número de mulheres presas	Número de homens presos	População carcerária
2000	5.601	169.379	174.980
2001	5.687	165.679	171.366
2002	5.897	175.122	181.019
2003	9.863	230.340	240.203
2004	16.473	246.237	262.710
2005	12.925	283.994	296.919
2006	17.216	322.364	339.580
2007	19.034	347.325	366.359
2008	21.604	372.094	393.698
2009	24.292	392.820	417.112
2010	28.188	417.517	445.705
2011	29.347	441.907	471.254
2012	31.824	483.658	515.482
2013	32.882	524.404	557.286
2014	37.380	542.407	579.781

Fonte: Infopen, jun/2014. DPN/MJ.²

Conforme os dados do Ministério da Justiça³ no período de 2000 a 2014 o aumento da população

²Os dados estatísticos não representam o número absoluto da população prisional, o qual hoje conta com 607.731 presos, ficando os dados apresentados centrado no contingente do sistema penitenciário, visto a falta de informações sobre mulheres custodiadas em Unidades geridas pela Secretaria de Segurança no ano de 2014. Sendo que o total da população feminina informada até o ano de 2013 era de 35.218 somado os números da Secretaria de Segurança e do Sistema Penitenciário. Dados do INFOPEN de junho 2014, p. 8 - Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-infopen-mulheres.pdf>> Acesso em 26/03/2017

³ Infopen, jun/2014. DPN/MJ. P.10. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica->

feminina encarcerada foi de 567,4%, sendo que a média de crescimento dos homens levados à prisão foi 220,20%, demonstrando portanto o movimento ascendente do aprisionamento de mulheres.

Somado ao crescimento de encarcerados, verifica-se também a seletividade do sistema penal onde se constata, com recorte para o público feminino por ser objeto dessa pesquisa, que a criminalização e o aprisionamento recai sobre uma população negra, de baixa escolaridade, na maioria jovens entre 18 a 29 anos e com filhos, sendo negras 67% das mulheres presas, o que representa duas em cada 3 e, 4% são analfabetas, 8% sabem apenas ler e escrever e 50% possuem somente o ensino fundamental incompleto contra apenas 10% que o concluiu.⁴

Quanto ao gênero de crimes consumados ou tentados praticados por homens e mulheres verifica-se padrões de criminalização distintos, pois 26% dos homens foram condenados por crime de tráfico e o envolvimento de mulheres pelo mesmo crime atinge 68%. Já nos crimes praticados com violência ou ameaça à vítima o número é inversamente desproporcional sendo que 26% da população masculina respondem pelo delito de roubo contra 8% de mulheres que respondem pela prática do mesmo delito.

[penal/documentos/relatorio-infopen-mulheres.pdf](http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-infopen-mulheres.pdf)>. Acesso em 26/03/2017.

⁴ Infopen, jun/2014, p. 22 a 26. DPN/MJ. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em 26/03/2017.

Tabela 2: Encarceramento no Sistema Brasileiro por Gênero de Crime

Tipos Penais	HOMENS	MULHERES
Tráfico de drogas	26%	68%
Organização Criminosa	3%	1%
Roubo	26%	8%
Furto	14%	9%
Receptação	3%	2%
Homicídio	15%	7%
Latrocínio	3%	2%
Estatuto do Desarmamento	9%	3%
Violência Doméstica	1%	0

Fonte: Infopen, jun/2014. DPN/MJ.⁵

Necessário ressaltar que em relação ao crime tipificado na Lei de Tráfico de Drogas, embora as mulheres representem o percentual maior na prática desse delito, são elas na escala hierárquica dessa modalidade delituosa as que ocupam menor relevância, visto as circunstâncias das prisões e as raízes no próprio uso e abuso dos entorpecentes, como também merece destaque o percentual quantitativo apreendido em poder de mulheres é em proporção infinitamente menor que as grandes toneladas apreendidas com autor do sexo masculino.

Ademais, os estabelecimentos prisionais nos quais se acham confinadas as mulheres, na maioria das vezes são estruturas adaptadas e o que sobrou do sistema prisional que foi pensado para homens, portanto prédios insalubres e com instalações físicas inadequadas para o atendimento das condições de dignidade humana condizentes com a situação feminina e mais ainda parturientes, locais estes

⁵ Infopen, jun/2014, p. 29. DPN/MJ. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em 26/03/2017.

que não oferecem meios para a permanência, ainda que temporária, de recém nascidos e o desenvolvimento sadio das crianças, agravando não só o cumprimento da pena, mas também os efeitos da prisionização indireta.

Desta forma verifica-se que as mulheres submetidas ao regime de cumprimento de pena privativa de liberdade somado à realidade do sistema penitenciário brasileiro, às condições de gênero e também às consequências da prisionização, pagam multiplamente o crime que cometeram, haja vista a não observância da igualdade aristotélica na execução da pena, cujo princípio requer um tratamento com olhar diferenciado para as condições de gênero, e sua inobservância acarreta acentuado desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Assim inegável é a necessidade de normas legislativas que efetivem os direitos humanos no ordenamento jurídico voltado ao atendimento das condições peculiares da mulher presa neste contexto, pois sustentar e permanecer o tratamento hoje existente é relegar a força normativa e irradiante das normas constitucionais de proteção e garantia dos direitos fundamentais e também dos Tratados, Pactos e Convenções de Direitos humanos, os quais o Brasil é signatário e deve observância.

As mulheres em conflito com a lei possuem múltiplas, complexas e distintas necessidades e o sistema prisional brasileiro notadamente em relação às penitenciárias, alojamentos, alas ou centros de recolhimento da mulher presa não funcionam e não são geridas em obediência aos parâmetros traçados nacional e internacionalmente para o tratamento de presos. Assim é que o cumprimento da pena nos mesmos e exatos moldes ao que é aplicado ao detento homem uma vez replicado à mulher é mais severo e violador dos direitos humanos para a condição de gênero e, por essa razão é de se reconhecer que o sistema de justiça criminal no Brasil pune em

duplicidade a mulher autora de crimes, sendo o desencarceramento uma proposta a ser debatida nos palcos jurídicos, jurisdicionais e pela sociedade organizada.

Metodologicamente foi delimitado o tema sob a perspectiva da análise bibliográfica e documental acerca da execução penal e de levantamentos de dados estatísticos contemporâneos, visando explorar a sistematização legal sobre o objeto da pesquisa e (re)construir uma rede de pensamentos capazes de refinar os conceitos pelos debates críticos e reflexivos a fim de levantar propostas para o desencarceramento da mulher.

Assim o escopo primordial do trabalho de pesquisa sob a perspectiva do Estado Constitucional Democrático é apresentar sugestões e reflexões para execução penal diferenciada para as detentas, com o fim de embasar novas políticas e projetos de leis por um olhar com lentes de gênero, e dessa forma incrementar os debates para vertente do desencarceramento da mulher e em especial da mulher gestante/puerpera e/ou com filhos menores, pois tratar-se de alternativa que parece ser viável haja visto a reduzida periculosidade da mulher e o seu envolvimento em crimes com menor potencial de lesividade, e portanto não seria ofensa ao princípio da igualdade, quando possível, a adoção de regime diverso da prisão.

3 OBJETIVOS

3.1 Objetivos gerais

Objetiva-se por intermédio do presente estudo propor uma forma de execução penal da mulher no direito humano ao desencarceramento com fim à harmonizar a proteção dos direitos fundamentais e a retribuição estatal

pela prática de infração penal, mas na justa medida da extensão e alcance considerando a baixa periculosidade da autora do delito e a reduzida lesividade do bem jurídico ofendido o que justifica ser pena privativa de liberdade a exceção.

3.2 Objetivos específicos

1. Refletir sobre a origem do cárcere feminino no Brasil a fim de situar os estabelecimentos penais existentes na atualidade;

2. Mapear as principais normativas existentes no rol legislativo nacional e internacional sobre o encarceramento da mulher e a maternidade na prisão;

3. Sistematizar as medidas legais e administrativas adotadas na execução penal brasileiro para atendimento das condições de igualdade de gênero.

4. Analisar a reprimenda do encarceramento da mulher em face da reduzida potencialidade de lesividade aos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento e a baixa periculosidade apresentada pela mulher autora de crime.

5. Compreender a realidade das prisões femininas no atendimento à população gestantes e puérperas.

6. Examinar os efeitos da permanência na prisão e também da separação de mãe e filho no cumprimento da pena privativa de liberdade.

7. Verificar como a condição de gênero é atendida nas políticas públicas adotadas para o sistema penitenciário

8. Identificar no fluxograma do sistema de justiça criminal princípios gerais e específicos

que permitam a harmonização do cumprimento da reprimenda penal e dos direitos da mulher e o melhor interesse e desenvolvimento da pessoa em formação

9. Refletir sobre a efetivação dos direitos humanos da mulher encarcerada e sugerir propostas de execução penal diferenciada pautada em critérios mais objetivos, de modo a afastar o protagonismo judicial e toda carga axiológica presente nas decisões judiciais.

10. Propor a execução penal pautada no desencarceramento da mulher como um direito fundamental.

4. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA TEÓRICO

O aumento da população prisional feminina é fator que impulsiona a sociedade e todos os envolvidos no sistema de justiça criminal brasileira a colocar lentes sobre a problemática do encarceramento da mulher.

A violação contra a mulher encarcerada e conseqüentemente a vulnerabilidade que se acham expostas, em especial as mulheres gestantes/puérperas e com crianças menores mantidas em regime de restrição de liberdade demonstra que o sistema prisional não se acha atento às recomendações dos Órgãos Nacionais e Internacionais de proteção dos direitos humanos.

A prisão invariavelmente impõe efeitos corrosivos na pessoa submetida ao encarceramento, mas não só, visto que desestrutura o mínimo de organização familiar e comunitária que poderia haver nos indivíduos envolvidos com a transgressão penal, daí é que os efeitos do cárcere nas mulheres é algo que precisa ser visto e repensado pelas condições de gênero, pois são elas multiplamente penalizadas e não é demais ressaltar que as condições em

que maternidades encarceradas são submetidas transcendem a penalidade aplicada pelo Estado e ferem o preceito fundamental de que a pena não passará da pessoa do condenado.

Nessa esteira e sendo dever do Estado na execução do sistema punitivo penal garantir à mulher presa o respeito à sua integridade física, psíquica e social, como também promover o acesso à educação, cultura, saúde, trabalho, o exercício dos direitos sexuais reprodutivos, a orientação sexual, a identidade de gênero, a individualização da pena e a proteção à maternidade necessário se faz a elaboração e implementação de tratativas legais e de políticas públicas que privilegiem o desencarceramento como direito humano da mulher.

Ademais, como exceção, nas hipóteses em que a prisão se fizer necessária deverá o Estado assegurar as condições adequadas para que a mulher presa fique temporariamente com o recém-nascido na prisão e que a convivência entre mãe e filho ocorra em ambiente dotado de recursos e suportes suficientes para proteção dos direitos fundamentais da mulher e da criança.

Busca-se no desenvolvimento da pesquisa examinar as garantias asseguradas às detentas quanto aos direitos humanos, interpelando dessa forma o problema do extravasamento da pena para além da pessoa do condenado e dos efeitos sociais secundários do encarceramento da mulher e, por esse prisma objetiva-se avaliar a (des)necessidade da manutenção da mulher no cárcere, avançando nos estudos da intensificação de medidas diversas da prisão como política de desencarceramento no Brasil e por essa forma viabilizar estudos e propostas para as alternativas da justiça restaurativa, pautadas em princípios básicos que promovam a eficácia no cumprimento da pena com a contenção e prevenção da criminalidade e a ressocialização e reinserção da pessoa ao convívio social.

Em face da menor potencialidade de lesão a bens jurídicos e a reduzida periculosidade da mulher autora de infrações penais demonstra ser o cárcere medida desproporcional e irrazoável para a execução de pena aplicada à mulher condenada, notadamente às gestantes, puéperas e/ou com filhos menores, sendo a superveniência da lógica punitiva do Estado o primeiro e mais grave agente violador de direitos humanos.

Nessa empreitada procura-se investigar em que condições e meios as medidas não privativas de liberdade possam ser a regra e a execução penal a ser imposta à mulher seja diferenciada por critérios objetivos e legais, afastando o protagonismo judicial e a carga axiológica e influenciadora das decisões do estado-juiz, passando ser a mulher autora de crime levada ao cárcere e mantida presa se e quando a gravidade e violência da infração assim justificar que solta ela represente um perigo potencial à sociedade.

5. MARCO TEÓRICO

A instrumentalização do aporte legislativo é uma ferramenta essencial para o conhecimento, articulação e propositura de uma execução penal diferenciada para o enfrentamento da problemática do aprisionamento feminino no sistema de justiça criminal brasileiro.

Assim o marco teórico no qual a pesquisa se baseia é a assertiva de que as normas constitucionais, em face da superioridade hierárquica na pirâmide kelsiana⁶, possuem um papel de destaque no ordenamento jurídico ocupando o eixo central e interpretativo das demais normas. (KELSEN, 1998).

⁶KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

Ademais os direitos fundamentais são os que estão qualificados na ordem constitucional democrática brasileira e em outros dispositivos nacionais e internacionais atinentes aos direitos, garantias e liberdades do ser humano e, na esteira da Teoria Alexyana (ALEXY,2015), são vertentes deontológicas e axiológicas que regulam e são fundamento de validade do ordenamento em todos os âmbitos do direito,⁷ pelo que o direito humano da mulher ao desencarceramento sob a perspectiva do Estado de Direito deve ser normatizado em face do princípio da legalidade no direito penal, a fim de afastar a discricionariedade decisionista na aplicação da pena e conseqüentemente no regime de execução, vigorando medidas diversas da prisão como regra para o cumprimento da punição estatal pela mulher infratora da lei penal.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º positiva os direitos fundamentais da pessoa humana e elenca nos incisos III “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; XLIX “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”; L “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”; e LXV “nenhuma pena passará da pessoa do condenado (...)”.⁸

Para além dos direitos e garantias previstos na CRFB deve-se ressaltar também como marco teórico desse trabalho investigativo os Tratados e Convenções Internacionais sobre proteção dos direitos humanos e em especial sobre medidas voltadas à atenção de gênero, à

⁷ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁸BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 09mai2017.

mulher encarcerada e proteção da criança e adolescentes, podendo ser destacados: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789⁹; Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1946¹⁰; Regras Mínimas para Tratamento de Presos Reclusos em 1955 e aprovadas pela Assembleia Geral da ONU em 1957¹¹; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em 1966¹²; Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher em 1979¹³; Convenção sobre os Direitos das Crianças em 1989¹⁴, Convenção

⁹ ONU – Organização das Nações unidas - *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789*. Disponível em< <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> acesso em 26/03/2017.

¹⁰ ONU - Organização das Nações Unidas - *Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948*. Disponível em< <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> acesso em 26/03/2017

¹¹ ONU - Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos. 1955. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contr-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>>. > Acesso em 20/03/2017.

¹² ONU - Organização das Nações Unidas - *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. promulgação. (Adotado pela XXI Assembleia-Geral das Organizações das Nações Unidas (ONU), em 16/12/1966. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> acesso em 20/03/2017.

¹³ ONU - *Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher -CEDAW* – Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>>. Acesso em 26/03/2017.

¹⁴ ONU - Convenção Sobre os Direitos da Criança - Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990 – Promulga a Convenção sobre os

Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura em 1989¹⁵; Convenção Contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes em 1989¹⁶; Convenção Americana sobre os Direitos Humanos em 1992¹⁷; Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte em 1996¹⁸; Regras para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras – Regras de Bangkok em 2010¹⁹; Regras Mínimas para Elaboração de

Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm> Acesso em 16jun2017.

¹⁵ ONU - Organização das Nações Unidas - *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura – Decreto nº 98.386, de 9 de Dezembro de 1989* – Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D98386.htm>. Acesso em 26/03/2017

¹⁶ONU - Organização das Nações Unidas.- *Convenção contra a tortura e outro tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.* Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/tortura/lex221.htm>>. Acesso em 26/03/2017.

¹⁷OEA - Organização dos Estados Americanos *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - Pacto de San José*, 1969. Decreto nº 678, de 6 de Novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em 26/03/2017.

¹⁸ONU - Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte de 08 de junho de 1990 – Decreto nº 2.754 de 27 de agosto de 1998. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção, assinado no Brasil em 07 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2754.htm> Acesso em 16jun2017.

¹⁹ONU - Regras de Bangkok - Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em 20/03/2017 - Regra 2 “Antes

ou no momento de seu ingresso, deverá ser permitido às mulheres responsáveis pela guarda de crianças, tomar as providências necessárias em relação a elas, incluindo a possibilidade de suspender por um período razoável a detenção, levando em consideração o melhor interesse das Crianças”.

Regra 26 “Será incentivado e facilitado por todos os meios razoáveis o contato das mulheres presas com seus familiares, incluindo seus filhos, quem detêm a guarda de seus filhos e seus representantes legais. Quando possível, serão adotadas medidas para amenizar os problemas das mulheres presas em instituições distantes de seu meio familiar”

Regra 28 “Visitas que envolvam crianças devem ser realizadas em um ambiente propício a uma experiência saudável, incluindo no que se refere ao comportamento dos funcionários/as, e deverá permitir o contato direto entre mães e filhos/as. Onde possível, deverão ser incentivadas visitas que permitam uma permanência prolongada dos filhos/as”.

Regra 48 “1. Mulheres gestantes ou lactantes deverão receber orientação sobre dieta e saúde dentro de um programa a ser traçado e supervisionado por um profissional da saúde qualificado. Deverá ser fornecida gratuitamente alimentação adequada e pontual para gestantes, bebês, crianças e lactantes em um ambiente saudável e com a possibilidade para exercícios físicos regulares (...); 2. “Mulheres presas não deverão ser desestimuladas a amamentar seus filhos/as, salvo se houver razões de saúde específicas para tal”. 3. As necessidades médicas e nutricionais das mulheres presas que tenham recentemente dado a luz, mas cujos filhos não se encontram com elas na prisão, deverão ser incluídas em programas de tratamento”.

Regra 50 “Mulheres presas cujos filhos/as estejam na prisão deverão ter o máximo de oportunidades possíveis de passar tempo com eles”.

Regra 52 “1. A decisão do momento de separação da mãe de seu filho deverá ser feita caso a caso e fundada no melhor interesse da criança, no âmbito da legislação nacional pertinente; 2. A remoção da criança da prisão deverá ser conduzida com delicadeza, e apenas quando as alternativas de cuidado das crianças tenham sido identificadas (...); 3. Uma vez separadas as crianças de suas mães e colocadas com familiares ou parentes, ou outra forma de abrigo, serão oferecidas às mulheres presas o máximo de oportunidade e condições para encontrar-se com seus filhos e filhas, quando estiver sendo atendido o melhor interesse das crianças e a segurança não for comprometida”.

Regra nº 64 “Penas não privativas de liberdade serão preferíveis às mulheres grávidas e com filhos dependentes, quando for possível e apropriado, sendo a pena de prisão apenas considerada quando o crime

Medidas não Privativas de Liberdade – Regras de Mandela – que atualiza as Regras Mínimas para Tratamento de Presos Reclusos de 1955²⁰;

Destaca-se que o Brasil é signatário das Convenções em que aderiu e, portanto passível de sanções em caso de eventual descumprimento. Diferentemente, as Regras Mínimas da ONU estabelecem princípios e regras de uma boa organização penitenciária e das práticas relativas ao tratamento de presos e oferecem diretrizes que o Estado Brasileiro deve respeitar, mas não está sujeito a reprimendas consistindo em recomendações e, em especial as Regras de Bangkok que cuidam da mulher presa e de medidas não privativas de liberdade para as mulheres em conflito com a lei.

Anote-se ainda que nos últimos anos ocorreu um incremento nas leis e atos normativos atinentes ao sistema prisional feminino compondo, desta feita, o conjunto teórico de aporte nessa pesquisa em razão da relevância e importância no gerenciamento das penitenciárias de mulheres, tratando-se das Resoluções 04²¹, 09²² e 14²³ do

for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do filho ou filhos e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado”.

²⁰ONU - Regras de Mandela - Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>> . Acesso em 20/03/2017.

²¹ BRASIL – Ministério da Justiça - Resolução nº 4 - CNPCP, de 15 de julho de 2009 Dispõe sobre a estada, permanência e posterior encaminhamento das(os) filhas(os) das mulheres encarceradas. Brasília, Senado - DOU em 16 de julho de 2009. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=112041>>. Acesso em 26/03/2017;

²² BRASIL – Ministério da Justiça – Resolução nº 09 -CNPCP, de 18 de novembro de 2011. Diretrizes Básicas para Arquitetura Prisional. Disponível em:<<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/CNPC>

Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, e da Portaria Interministerial nº 210 -Ministério da Justiça que Institui a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade²⁴.

Por sua vez o Direito Penal dotado de uma estruturação principiológica plasmada na CRFB, pelo grau e dimensão de sua interferência nos direitos fundamentais vem recebendo atualizações como forma a alcançar a real extensão de eficácia dos direitos humanos, sendo ressaltado as alterações introduzidas no âmbito do direito processual penal e execução penal, quanto ao tratamento diferenciado para a mulher autora de infração penal, em razão das condições de gênero e melhor interesse da criança com vistas a garantir o exercício de maternidade pela detenta sendo as Lei nº 12.962/14²⁵, que regula sobre o convívio entre pais em situação de prisão e suas filhas e filhos, a Lei nº 11.942/09²⁶, que assegura às mães reclusas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência

[P/2011Diretrizes_ArquiteturaPenal_resolucao_09_11_CNPCP.pdf](#)>

Acesso em 26/03/2017.

²³ BRASIL – Ministério da Justiça - Resolução nº 14 - CNPCP , de 11 de Novembro de 1994, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária -- Disponível em:<<http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>>. Acesso em 20/03/2017;

²⁴ BRASIL - Ministério da Justiça - Portaria Interministerial nº 210, de 16 de janeiro de 2014 - DOU de 17/01/2014, Institui a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1/anexos-projeto-mulheres/portaria-interministerial-210-2014.pdf>. Acesso em 26/03/2017;

²⁵ BRASIL – Lei 12.962 de 2014 – altera o ECA. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/L12962.htm

²⁶BRASIL – Lei 11.942 de 28 de maio de 2009. Altera a LEP. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11942.htm> Acesso em 09mai2017.

exercício da maternidade, a Lei nº 12.403/11²⁷, que estendeu às gestantes e mães o direito à prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva; e por fim a Lei 13.257/2016²⁸ - Estatuto da Primeira Infância que alterou o Código de Processo Penal.

Em razão das modificações introduzidas os estatutos de processo penal e de execução penal passaram a contemplar tratamento diferenciado à mulher, reportando a um conjunto de medidas voltadas a efetivação dos direitos assegurados pelo ordenamento.^{29,30}

²⁷BRASIL - Lei 12.403 de 04 de maio de 2011. Altera o CPP. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm> Acesso em 09mai2017.

²⁸BRASIL – Lei 13.257 de Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm> Acesso em 09mai2017.

²⁹BRASIL – Decreto 3.689 de 1941- CPP: Art. 6º “Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: (...) X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa”; art. 185 (...)“§ 10. Do interrogatório deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa”; art. 304 (...)“§ 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa”; art. 318. “Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (...) IV – gestante; (...) V – mulher com filho de até 12 (doze) anos incompletos”. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em 09mai2017

³⁰BRASIL – Lei 7.210 de 11 de julho de 1984 – LEP - “Art. 82. (...) § 1º A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal. Art. 83 § 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis)

Não obstante todo o arcabouço normativo existente e apesar de não mais se discutir o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana que na maioria dos Estados da Comunidade Internacional já se encontra positivado como direito fundamental, ainda a luta que se trava é a sua efetiva implantação e, no Brasil não é diferente, pois como se pretende demonstrar por esse trabalho sendo o desencarceramento da mulher um direito humano, necessário dotar o ordenamento jurídico brasileiro de meios legais para o tratamento diferenciado no sistema de justiça criminal.

Não é demais recordar que Michael Foucault em sua obra *Vigiar e Punir* retrata o cumprimento das penas na história, onde a finalidade era a punição corporal, aflagrante e de suplício, pelo o qual se buscava que o criminoso sofresse à exaustão como fim retributivo e exemplificativo de sua reprimenda.³¹ (FOUCAULT, 2000).

Nos tempos modernos a pena de prisão veio substituir os castigos corporais pela Privação da liberdade onde a penalidade tem como escopo não o cumprimento da penalidade imposta pelo Poder Estatal diretamente com o próprio corpo do criminoso à exemplo da pratica da antiguidade, mas sim com a restrição do seu direito de ir e vir, sendo essa a metodologia empregada nos dias atuais sob pretenso enfoque preventivo e ressocializador.

meses de idade. Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.” Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em 09mai2017.

³¹FOUCAULT, Michael. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

Contudo, o escopo ressocializador não é a realidade que se verifica nos presídios brasileiros, cuja situação degradante e desumana é potencializada pelos efeitos perversos produzidos pela política de severidade ao encarceramento no sistema de justiça criminal brasileiro, em especial na política de combate contra o tráfico de drogas.

É fato que nos tempos atuais o corpo físico do preso, em regra, não mais está exposto aos suplícios desumanos de outrora, porém os condenados à pena restritiva de liberdade no Brasil se vêm sujeitos a outras graves barbáries constatadas nos presídios como assevera A. D.B. Quadros e L.Lemos:

“(…)As mesmas barbáries cometidas que levavam a população às praças assistirem as mutilações, são vistos hoje por nós, ao assistirmos as rebeliões, os motins, homicídios dentro das celas, queimas de colchões, estupros, visitantes sendo feitos reféns, dentre outras práticas de terror.”³² (QUADROS E LEMOS, 2016, p. 86).

A prisão como meio preventivo para o restabelecimento da ordem é uma medida que deve ser revisitada, pois a severidade das penas adotadas pelo Estado Brasileiro na sua política criminal não se acha acompanhada da redução da criminalidade, demonstrando o fracasso do Direito Penal da Severidade e como nos lembra Rogério Grego o direito penal não foi feito para a sociedade em geral e sim para um grupo de excluídos e

³²QUADROS, Aparecida D. B. e LEMOS, Laís Freire. *Os Direitos Humanos No Brasil Vistos sob o Enfoque do Sistema Penitenciário em Consonância com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Seus Reflexos Na Reincidência* In. MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa (Org.) *Cadernos de Direitos Humanos, Liberdade Religiosa e Tolerância* – V. 1. Pará de Minas:VIRTUALBOOKS, 2016, p.86

miseráveis em flagrante ofensa ao princípio da igualdade.³³(GRECO, 2015, p. 342).

6. METODOLOGIA

6.1 Procedimentos metodológicos

Trata-se de uma pesquisa jurídica de vertente jurídico-sociológica, vez que pretende investigar a dimensão da eficácia dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais atinentes aos direitos fundamentais na execução de penas do sistema carcerário brasileiro, como também do tipo documental-bibliográfico, buscando análise interpretativa da realidade do aprisionamento da mulher e os efeitos secundários da pena.

Fará uso do raciocínio dedutivo-indutivo, vez que em uma primeira fase discutirá, teoricamente, a irradiação e reflexos dos princípios constitucionais emanados da Carta Constitucional.

Terá caráter transdisciplinar pois adotará de forma integrada, debates dos saberes jurídicos constitucional, penal, processual penal, sociológico, psicologia-jurídica e da filosofia do direito.

A pesquisa empreenderá uma investigação propositiva e prospectiva visto que objetiva, caso confirmada a hipótese, propor ainda que audaciosamente, alterações na legislação infraconstitucional para a aplicação dos preceitos fundamentais no regime de cumprimento de pena no tocante à mulher envolvida com o delito, e que assim sirva de parâmetro para estudos do efetivo mecanismo de proteção dos direitos humanos da mulher voltado ao seu desencarceramento.

³³ GRECO, Rogério. *Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas*. Niterói-RJ: Impetus, 2015, p. 342.

7. PRÉ-SUMÁRIO DA DISSERTAÇÃO

- **INTRODUÇÃO**

- **CAPÍTULO I**

HISTÓRIA DAS PRISÕES NO BRASIL

1 Origem da Prisão e das Penas

2 Penitenciárias Femininas

- **CAPÍTULO II**

UM OLHAR NA ATUALIDADE

1 O alinhamento normativo

2 O sistema carcerário no Brasil

3 A Criminalidade Feminina

- **CAPÍTULO III**

A FARSA DOS DIREITOS HUMANOS

1 A Maternidade Encarcerada

2 O desencarceramento da mulher como direito humano

3 Abdicação da Cultura Punitivista sob a Perspectiva dos Direitos Fundamentais

- **CONCLUSÃO**

- **REFERENCIAS E BIBLIOGRAFIA**

8. FASES DA PESQUISA

FASE 1 – Conhecimento do objeto de estudo e redefinição da investigação:

Nesta primeira fase da pesquisa buscou-se conhecer o objeto do estudo que se pretende desenvolver para definição e redefinição da proposta do estudo investigativo, para tanto procurou-se o aprofundamento das pesquisas bibliográficas, das legislações nacionais e internacionais relacionadas ao tema proposto.

Feito estas incursões bibliográficas e jurídicas, mediante os encontros com o orientador reelaborou-se o detalhamento do plano de pesquisa, perseguindo novos levantamentos bibliográficos para análise da literatura especializada.

Procedido a apuração do material bibliográfico e documental buscou-se aprofundar as discussões com o orientador para exame e detalhamento do objeto da pesquisa para a delineamento do presente Projeto a fim de culminar com a elaboração do pré-sumário e consequente apresentação e divulgação do trabalho que se propõe a realizar.

Nas fases seguintes, conforme cronograma discutido e assentado com o Orientador como se encontra detalhado no item 9., pretende-se nesse segundo momento aprofundar na investigação, interpretação e qualificação do marco teórico através da organização e agrupamento dos dados bibliográficos e documentais coletados com as seguintes perspectivas:

FASE 2 – Investigação, interpretação e qualificação do marco teórico do estudo:

- análise crítico-interpretativa e de qualificação dos elementos a serem aprofundados no marco teórico;
- Confirmação ou refutação da hipótese levantada pela pesquisa;

FASE 3 – Discussão e revisão de textos:

- Revisão de conteúdo e checagem das proposições iniciais para redação preliminar da dissertação;
- Discussão do texto preliminar com o orientador;

FASE 4 – Redação do relatório final da pesquisa e divulgação dos resultados;

- Discussão com o orientador;
- Redação final da dissertação;

- Revisão do texto e edição final;
- Defesa da dissertação perante banca especializada;
- Divulgação e publicação dos resultados obtidos.

9 CRONOGRAMA FÍSICO

ATIVIDADES	1º sem 2017	Jun 2017	Ago 2017	Out 2017	Fev 2018	Jun 2018	Set 2018	Jan 2019	Jun 2019
Fase 1. Conhecimento do Objeto de Estudo e Redefinição da Investigação									
Encontros com o orientador									
Pesquisa bibliográfica preliminar									
Leituras e elaboração de resumos									
Elaboração e conclusão do projeto									
Entrega do projeto de pesquisa e pré-sumário									
Fase 2 . Investigação, interpretação e qualificação do marco teórico									
Revisão bibliográfica complementar									
Coleta de dados complementares									
Análise crítica/interpretativa de elementos p aprofundar									
Aprofundamento do marco teórico									
Confirmação/refutação da hipótese da pesquisa									
Confecção da 1ª Versão do Sumário Definitivo									
Fase 3 . Discussão e revisão de textos									
Revisão de conteúdo e das proposições iniciais									
Revisão e análise da bibliografia levantada									
Conclusão das leituras e fichamento									
Fase 4 . Redação do texto final e divulgação dos resultados									
Confecção do 1º Capítulo									
Confecção do 2º Capítulo									
Confecção do 3º Capítulo									
Conclusão da Dissertação									
Revisão e entrega final do trabalho									
Defesa da Dissertação									

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva, 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3 ed. São Paulo: Renovar. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo Modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

1 BEAVOUIR, Simone de. *O Segundo Sexo – V.Único*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2009.

BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero: Feminismo e Subversão da Identidade*. São Paulo: Civilização Brasileira. 2015

BRASIL – *Constituição (1988)*. Brasília, DF, Senado. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui caocompilado.htm> acesso em 26mar2017.

BRASIL - *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 21mar2017.

BRASIL - *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 26mar2017.

BRASIL – *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a lei de Execução penal. Diário Oficial da Justiça, Brasília, Senado, 13 de julho de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>, Acesso em 26mar2017.

BRASIL - *Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009*. Dá nova redação aos art. 14, 83 e 89 da 7210, de 11 de julho de 1984, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. DOU, Brasília, Senado, 29/05/2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11942.htm> . Acesso em 26mar2017.

BRASIL - *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. DOU- Brasília, Senado, de 16.7.1990 e retificado em 27.9.1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em 26mar2017.

BRASIL – *Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares. DOU- Brasília, Senado, de 5.5.2011. Disponível em: ,

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm> Acesso em 26mar2017.

BRASIL – Lei 13.257/2016 de 08 de março de 2016. *Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância* - altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). DOU – Brasília, Senado, de 09 de março de 2016. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm> Acesso em 26mar2017.

BRASIL – Ministério da Justiça - *Resolução nº 4 - CNPCP*, de 15 de julho de 2009 Dispõe sobre a estada, permanência e posterior encaminhamento das(os) filhas(os) das mulheres encarceradas. Brasília, Senado - DOU em 16 de julho de 2009. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=112041>>. Acesso em 26mar2017.

BRASIL – Ministério da Justiça - *Resolução nº 14 - CNPCP*, de 11 de Novembro de 1994, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária -- Disponível em:<<http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>>. Acesso em 20mar2017

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Encontro Nacional sobre o Encarceramento Feminino, Carta de Brasilia* - 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/encarceramentofeminino/carta_%20de_brasilia.pdf> Acesso em 26mar2017.

BRASIL – Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de*

Informações Penitenciárias. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>> E <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-dependensao-web.pdf>> Acesso em 26mar2017.

BRASIL – Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen Mulheres*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>> Acesso em 26/03/2017.

BRASIL - Ministério da Justiça - *Portaria Interministerial nº 210*, de 16 de janeiro de 2014 - DOU de 17/01/2014, Institui a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/mulheres-1/anexos-projeto-mulheres/portaria-interministerial-210-2014.pdf>. Acesso em 26 mar 2017.

BRASIL - *Os Números da Justiça Criminal do Brasil*. Informativo Rede da Justiça Criminal. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>> Acesso em: 26 mar 2017.

BRASIL – Ministério da Justiça – *Resolução nº 09 - CNPCP*, de 18 de novembro de 2011. Diretrizes Básicas para Arquitetura Prisional. Disponível em<<http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoP>

enal/CNCP/2011Diretrizes_ArquiteturaPenal_resolucao_09_11_CNCP.pdf> Acesso em 26 mar 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

FOUCAULT, Michael. *Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão*. 22. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

GRECO, Rogério. *Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas*. Niterói-RJ: Impetus, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 6ª Ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 6 ed. São Paulo:Revista dos Tribunais. 2010.

SÁNCHEZ RUBIO, David. *Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais da Perspectiva Constitucional*. 11 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012

RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

OEA - Organização dos Estados Americanos - *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará*. Disponível em:<

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>> Acesso em 26mar2017.

OEA - Organização dos Estados Americanos - *Declaração dos Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas*. Disponível em:< [https://cidh.oas.org/pdf/files/PRINCIPIOS PORT.pdf](https://cidh.oas.org/pdf/files/PRINCIPIOS_PORT.pdf)> Acesso em 26mar2017.

OEA - Organização dos Estados Americanos *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos - Pacto de San José*, 1969. Decreto nº 678, de 6 de Novembro de 1992. Disponível em< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em 26mar2017.

ONU - Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte de 08 de junho de 1990 – Decreto nº 2.754 de 27 de agosto de 1998. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção, assinado no Brasil em 07 de junho de 1994. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2754.htm> Acesso em 16jun2017.

ONU - Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em:<<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em 15nov2016.

ONU – Organização das Nações unidas - *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789*. Disponível em< [http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da)

Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> acesso em 26mar2017.

ONU - Organização das Nações Unidas - *Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948*. Disponível em< <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> acesso em 28dez2016.

ONU - Organização das Nações Unidas. *Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos. 1955*. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>>. Acesso em 20mar2017.

ONU - Organização das Nações Unidas.- *Regras de Bangkok - Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras*. Disponível em:< <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>>. Acesso em 20mar2017.

ONU - Organização das Nações Unidas - *Regras de Mandela - Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>> . Acesso em 20mar2017.

ONU - Organização das Nações Unidas - *Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos*. (Adotado pela XXI Assembleia-Geral das Organizações das Nações Unidas (ONU), em 16/12/1966. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> acesso em 28dez2016.

ONU - Organização das Nações Unidas.- *Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*. Disponível em:< <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/tortura/lex221.htm>>. Acesso em 26mar2017.

ONU - Organização das Nações Unidas - *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura – Decreto nº 98.386, de 9 de Dezembro de 1989* – Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D98386.htm>. Acesso em 26mar2017.

ONU - *Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher -CEDAW* – Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>>. Acesso em 26mar2017.

ONU - *Convenção Sobre os Direitos da Criança - Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990* – Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm> Acesso em 16jun2017.

VILLEY, Michel. *O Direito e os Direitos Humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES DO ARTIGO 927 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO.

Cristiano Batista

1-) TEMA-PROBLEMA

O direito brasileiro é de origem romano-germânica, no qual a fonte do direito é a lei e, por tradição, se reconhece às decisões judiciais eficácia meramente persuasiva. É bem verdade que, antes mesmo do CPC/2015, já havia no ordenamento jurídico brasileiro casos excepcionais em que as decisões judiciais tinham força vinculativa, quais sejam, decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade e as súmulas vinculantes.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, foi introduzida no Brasil novas hipóteses de decisões judiciais com força vinculante, obrigatória para todas as instâncias, na área de jurisdição dos respectivos Tribunais.

Essa nova sistemática tem como objetivo a uniformização da jurisprudência dos tribunais, criando um sistema íntegro e coerente e, ao mesmo tempo, pretende desafogar o Poder Judiciário que poderá fazer uso de teses jurídicas amplamente debatidas para solução de casos recorrentes.

A sua implantação, no entanto, gera discussão no meio jurídico. Há quem fale em inconstitucionalidades³⁴

³⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Novo CPC viola Constituição ao dar poderes legislativos a tribunais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-03/hugo-mazzilli-poder-tribunais-legislarem-viola-constituicao>>; NERY JR., Nelson. *Nery Jr. critica norma do novo CPC que obriga juiz a observar jurisprudência*.

de alguns dos dispositivos do novo Código de Processo Civil.

Para além da questão de eventual inconstitucionalidade, o presente artigo propõe-se a discutir os problemas e desafios na implementação dessa alteração legislativa, que demandará um novo olhar sobre a força normativa dos julgados e, de certa forma, nos aproximará um pouco mais do sistema adotado pelo *Common Law*.

Nessa nova perspectiva, novos conceitos, tais como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguish* e outros, desenvolvidos pelo *common law*, devem ser trabalhados e adaptados ao nosso ordenamento jurídico, conformando-lhes o alcance e os efeitos, para que a nova legislação seja compatibilizada com a ordem constitucional vigente.

O presente trabalho tem como objetivo a discussão da referida alteração legislativa e suas implicações em nosso ordenamento jurídico, analisando-se, principalmente, de que forma a adoção dos precedentes judiciais vinculantes poderá ser implementada no Brasil sem violar o princípio do contraditório.

Essa novidade em nosso sistema normativo impõe o conhecimento de novos conceitos, a mudança na forma de operar com o direito, sejam advogados, procuradores, juízes e/ou tribunais, que deverão estar atentos para a

Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/nery-jr-critica-norma-obriga-juiz-observar-jurisprudencia>>; STRECK, Lenio. *A febre dos enunciados e a constitucionalidade do ofurô! Onde está o furo?*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-set-10/senso-incomum-febre-enunciados-ncpc-inconstitucionalidade-ofuro>>; TESHEINER, José Maria. *Inconstitucionalidades gritantes no artigo 927 do novo CPC*. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/317-artigos-set-2015/7376-inconstitucionalidades-gritantes-no-artigo-927-do-novo-cpc>>. Todos com acesso em 15.10.2015.

definição precisa de cada novo precedente criado. Estas são as questões sobre as quais discutiremos no presente trabalho.

2-) TÍTULO

"Os precedente judiciais vinculantes do artigo 927 do novo Código de Processo Civil e a garantia do contraditório"

3-) JUSTIFICATIVA

O novo Código de Processo Civil introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, uma ampliação das hipóteses de decisões judiciais que poderão ser utilizadas como precedentes vinculantes. Além das duas hipóteses (controle concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes) já legalmente previstas, passaram a ter efeitos gerais e vinculantes: a) julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em recursos extraordinários e especiais repetitivos; b) acórdãos produzidos pelos demais tribunais, em incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR); e c) incidente de assunção de competência.

Referida alteração legislativa introduz uma mudança radical em nosso sistema normativo, que tendo raiz romano-germânica, por tradição, tem a lei como fonte principal do direito. Nesse sistema, as decisões judiciais sempre produziram, em regra, efeitos apenas entre as partes litigantes. No tocante a casos futuros, as decisões judiciais limitavam-se a uma eficácia meramente argumentativa, no sentido apenas de reforçar a argumentação jurídica e influenciar a decisão do magistrado.

O que se pretende com a adoção desse sistema de precedentes é oferecer soluções idênticas para casos idênticos e decisões semelhantes para demandas que possuam o mesmo fundamento jurídico. Pretende-se ainda, com esta medida, evitar-se a discussão de uma mesma tese jurídica, em demandas repetitivas, permitindo que o Poder Judiciário faça frente ao crescente número de processos.

Importante registrar que o que vincula as demais instâncias é apenas a razão de decidir do julgado, ou seja, a sua *ratio decidendi*. Além disso, só haverá vinculação ao precedente se a discussão posta pela demanda futura se ajustar aos fundamentos do julgado anterior.

A adoção de precedentes vinculantes pelo novo Código de Processo Civil tem potencial para aprimorar a prática processual brasileira não somente com relação aos precedentes, mas também no tocante à própria jurisprudência, que nem sempre é devidamente construída e fundamentada.

O que se tem visto hoje em nossos tribunais é uma dispersão enorme dos julgados, havendo casos extremos em que, um mesmo ministro, ao analisar casos idênticos ou semelhantes, decide de forma contrária aos seus próprios argumentos, lançados na decisão anterior. Isso tem gerado grande insegurança e uma avalanche de recursos, sobrecarregando o sistema judiciário, que analisa a mesma questão jurídica, milhares de vezes, sem que haja uma definição clara da decisão mais adequada.

Nesse sentido, a nova sistemática de precedentes judiciais, na medida em que vincula os próprios tribunais dos quais emanou o precedente, vai trazer uma maior uniformidade e coerência na formação da jurisprudência brasileira, pois tendo que considerar as decisões judiciais anteriores, os ministros, ao decidir novos casos, terão oportunidade de determinar mais especificidades e torná-las cada vez mais precisas e adequadas ao caso concreto. Alternativamente, também podem estabelecer que se trata

de caso de superação do precedente (*overruling*) e, então, após procedimento regular, estabelecer novo precedente, o que demandará fundamentação com base em novos argumentos racionais, que superem os anteriores.

Mas a questão que se coloca é a seguinte: Como se implementar tal alteração, de forma a preservar-se todas as garantias processuais estabelecidas por nosso ordenamento jurídico?

Será que, na medida em que se privilegia os precedentes e, por consequência, os princípios da segurança jurídica e da celeridade processual, não se estará agindo em detrimento do princípio do contraditório e da ampla defesa? Como garantir o direito ao contraditório quando a tese jurídica a ser aplicada ao caso concreto já está decidida de antemão, em processo anterior no qual não houve qualquer participação da parte?

A nova legislação já encontra-se em vigor. Os operadores do Direito e a comunidade jurídica como um todo terão de se familiarizar e buscar argumentar com noções ainda muito pouco utilizadas até o presente momento, tais como *ratio decidendi* (razão de decidir), *obiter dictum* (considerações marginais), *distinguish* (distinção) e outros.

Destarte, o tema do presente trabalho não se restringe à mera discussão acadêmica, mas, pelo contrário, apresenta conotação prática imediata e questões de suma importância no desenvolvimento do Direito, a partir da referida alteração legislativa. Na verdade, o tema é por demais instigante e atual. Busca discutir e refletir sobre a aplicação da nova regulamentação dos precedentes judiciais vinculantes em um sistema normativo de tradição romano-germânica (*civil law*), de maneira a se preservar as

garantias processuais, mais especificamente, o direito ao contraditório, entendido este como ampla participação na construção do ato final do processo, o provimento judicial.

Tem como público-alvo toda a comunidade jurídica e visa contribuir para a implementação da referida alteração legislativa, de modo a manter-se a compatibilidade entre a segurança jurídica, celeridade processual e a garantia do contraditório, como pedra de toque do Estado Democrático de Direito.

4-) OBJETIVOS

4.1) OBJETIVO GERAL

Apresentar, analisar e discutir se, e de que forma, a implementação da nova sistemática de precedentes judiciais vinculantes, introduzida pelo artigo 927, do novo Código de Processo Civil, pode ser implementada em nosso ordenamento jurídico sem violar o princípio do contraditório, entendido este como garantia de simétrica paridade de participação das partes na construção do ato estatal imperativo, o provimento judicial, dentro de um processo democrático, na perspectiva da teoria de Elio Fazzalari.

4.2-) OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analisar os dois principais sistemas jurídicos existentes, quais sejam, o *Civil Law* e o *Common Law*, apontando semelhanças, diferenças e uma tendência de aproximação entre ambos;

- Investigar conceitos, tais como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguish*, desenvolvidos no sistema *common law*, relativos aos precedentes judiciais e ainda

muito pouco discutidos/utilizados em nosso ordenamento jurídico, até recentemente;

- Proceder a um estudo da teoria de Elio Fazzalari que conceitua o processo como procedimento em contraditório, buscando legitimar o ato final de império do Estado, o provimento judicial, como construção conjunta do juiz e das partes;

- Discutir as hipóteses legais de adoção dos precedentes judiciais vinculantes, estabelecidas pelo novo Código de Processo Civil e a forma, mais ou menos democrática, com que são estabelecidos estes precedentes;

- Verificar e analisar os instrumentos jurídicos postos à disposição das partes para fazer valer a obrigatoriedade de cada uma das hipóteses de precedentes vinculantes, de acordo com o que ficou estabelecido em lei;

- Analisar a questão do grau de contraditório disponível às partes, quando da utilização dos precedentes judiciais vinculantes para a solução de novos casos levados ao Poder Judiciário;

5-) DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA TEÓRICO

O problema teórico consiste numa investigação sobre os problemas, desafios e formas de se implementar a nova sistemática de precedentes judiciais vinculantes, criada pelo CPC/2015, em nosso ordenamento jurídico, de tradição *civil law*, sem que haja violações ao princípio do contraditório.

6-) MARCO TEÓRICO

O sistema anglo-saxão é o da *Common Law*, onde impera a jurisprudência e a utilização dos precedentes. De

outro lado, o sistema jurídico brasileiro sempre foi filiado à Escola da *Civil Law*, assim como os países de origem romano-germânica. Nesse sistema, a lei é a fonte do direito, por excelência. e, por isto mesmo, deve ser o instrumento a ser utilizado pelos magistrados na solução das demandas apresentadas ao Poder Judiciário.

Em nosso sistema, portanto, a segurança jurídica era buscada pela supremacia da lei, que deveria ser aplicada de maneira uniforme a todos os casos abrangidos por seu comando abstrato. O problema é que a aplicação da lei não se restringe a um simples silogismo lógico, demandando interpretação de seus conceitos, valores e campo de aplicação.

O significado de uma norma, contida em lei, não é meramente extraído, mas requer interpretação para que seja construído o seu sentido. Para isso o magistrado parte da letra da lei, mas também faz uso de valores sociais, políticos, econômicos e culturais vigentes naquela sociedade. Já encontra-se superada a ideia do juiz como "boca da lei", que se limitava a dizer o direito, contido na norma.

Com a multiplicação de dispositivos legais de caráter principiológico, que utilizam-se de conceitos jurídicos abertos e cláusulas gerais, a definição do sentido da norma tornou-se ainda mais complexo e possibilitou uma maior dispersão dos julgados. A segurança jurídica proporcionada pela supremacia da lei ficou, de certa forma, comprometida.

Por esse motivo, o ordenamento jurídico tem buscado formas de permitir uma maior uniformidade e coerência das decisões judiciais, por meio da imposição da obrigatoriedade *erga omnes* de algumas decisões judiciais, a exemplo do foi feito com a Emenda Constitucional 45/2004, com relação às súmulas vinculantes e às decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade. Esta última, inclusive, já tinha força

obrigatória desde sua origem, pois já fora criada com efeitos *erga omnes*, apenas não se falava em termo de precedente.

Mais recentemente, o novo CPC/2015 dá mais alguns passos nessa direção, ao estabelecer novas hipóteses de decisões judiciais que, em maior ou menor medida, tem caráter vinculante.

Essa alteração legislativa acarreta uma grande mudança em nosso ordenamento jurídico e, por isso mesmo, gera certa inquietação e muita controvérsia. Uma destas questões se refere à garantia do contraditório em contraposição à utilização, com força vinculante, de decisões judiciais prolatadas em processo anterior.

Para esta análise, adotamos, no presente trabalho, como base de fundamentação a teoria desenvolvida por Elio Fazzalari, por meio da qual conceitua-se processo como procedimento em contraditório.

Nessa teoria, o provimento é compreendido como ato estatal imperativo, que tem o processo como sua atividade preparatória. Assim, o procedimento em contraditório (processo) é o instrumento que proporciona a legitimidade do provimento, pois não obstante ter sido prolatado pelo órgão estatal, foi construído conjuntamente pelas partes, em simétrica paridade de participação.

Nesse sentido, o conceito de contraditório é ampliado, não sendo suficiente a simples audiência das partes interessadas, a simples informação e correspondente reação dos interessados. Contraditório é, assim, a garantia de participação das partes, em simétrica paridade.

O Prof. Aroldo Plínio Gonçalves (2001, p. 121) afirma que:

O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do

contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.

Partindo-se, então, da ideia de contraditório como garantia de simétrica paridade de participação no processo, a questão que se coloca é se haveria alguma violação desse princípio, na adoção da razão de decidir, estabelecida em processo diverso, para o julgamento de processo futuro, que apresente partes diferentes, ainda que se trate da mesma ou análoga questão.

7-) METODOLOGIA

O trabalho será realizado, fundamentalmente, a partir de pesquisa bibliográfica e análise de decisões judiciais, buscando como fontes:

- Doutrinadores da área de Direito Constitucional, Direito Processual Civil e Direitos Fundamentais;
- Legislação em vigor no direito pátrio;
- Periódicos de grande circulação e revistas especializadas;
- Material obtido através de revistas eletrônicas e artigos científicos, mediante pesquisa na *internet*;
- Doutrinas de outros países, notadamente obras de língua inglesa e espanhola.

O trabalho de dissertação será desenvolvido, sob a supervisão do professor orientador, integrante do Programa de Pós-Graduação em Direito da UIT - Universidade de Itaúna, de acordo com o cronograma ora apresentado.

A dissertação a ser elaborada será redigida conforme as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Ademais, por tratar de tema vinculado a direitos fundamentais, encontra-se em consonância com as diretrizes apresentadas pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itaúna e sob a revisão de seu conteúdo pelo professor orientador.

8-) CRONOGRAMA

	Jun/1 7	Ago/1 7	Out/ 17	Fev/ 18	Jun/1 8	Set/1 8	Jan/1 9	Jun/1 9
Projeto de Pesquisa	X							
Levantamento Bibliográfico		X						
Confecção Sumário			X					
Conclusão Leitura e Fichamento				X				
Conclusão 1º capítulo					X			
Conclusão 2º capítulo						X		
Conclusão Dissertação							X	
Defesa								X

9-) PRÉ-SUMÁRIO

Capítulo 1 - Sistemas *Common Law* e *Civil Law*
 1.1 - O sistema *Common Law*

1.2 - O sistema *Civil Law*
 1.3 - Uma tendência de aproximação

Capítulo 2 - Os precedentes judiciais no Brasil

2.1 - A evolução dos precedentes
 2.2 - Conceitos importantes do *Common*

Law

2.3 - O grau de vinculação dos precedentes no Brasil

Capítulo 3 - O contraditório na perspectiva de Elio Fazzalari

3.1 - A evolução do conceito de contraditório

3.2 - Contraditório na teoria de Fazzalari

Capítulo 4 - Análise dos precedentes e a garantia do contraditório

4.1 - As decisões a partir dos precedentes

4.2 - Distinção (*distinguish*)

4.3 - Uma mudança de perspectiva

10-) REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONFIM, Paulo Andreatto. *Constitucionalidade da força vinculativa dos precedentes no CPC/2015*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/55526/constitucionalidade-da-forca-vinculativa-dos-precedentes-no-cpc-2015>. Acesso em 12.Jun.2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A Força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro*. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 553-673.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER Junior, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. 14ª ed. Salvador: Editora JusPodium, 2017.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio; PEREIRA, Antônio. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo Código de Processo Civil Brasileiro. Prefácio de José Rogério Moura de Almeida Filho (Presidente da Fundação D. André Arcoverde). Disponível em http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2016_2/FDV_2016_2_002.pdf. Acesso em 27/06/2017.

LAGES, Cíntia Garabini. *O caráter objetivo dos procedimentos de controle concentrado de constitucionalidade: análise de sua legitimidade*. Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, 2016.

LIMA FILHO, Eduardo Neves. *O uso dos precedentes judiciais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2016.

LOURENÇO, Haroldo. *Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do Novo CPC*. Revista Eletrônica Temas Atuais de Processo Civil, v. 1, n. 6, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. *Precedentes obrigatórios*. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Como se opera com precedentes segundo o Novo CPC*. Jota, 22.03.2016. Disponível em <https://jota.info/artigos/como-se-opera-com-precedentes-segundo-o-novo-cpc-22032016>. Acesso em 12.Jun.2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. Salvador: Ed. JusPodium, 2017.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: Uma breve introdução. DIDIER JR., Fredie, p. 301-334, 2015. Disponível em <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/37614097/>

APLICACAO_DE_PRECEDENTES_E_DISTINGUISHING_NO_CPC_2015.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWO WYYGZ2Y53UL3A&Expires=1498596790&Signature=z1VVpIMruDwbM6sjhLX%2FEBeht9I%3D&response-content-disposition=inline%3B%

20filename%3DAPLICACAO_DE_PRECEDENTES_E_DISTINGUISHIN.pdf. Aces-so em 27/06/2017.

PERRONE, Patrícia. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o novo código de processo civil. *Universitas Jus*, v. 26, n. 2, 2015. Disponível em <http://search.proquest.com/openview/960407d6a9700f412a9a6c43afbeb132/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2031895>. Acesso em 27/06/2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC*. Consultor Jurídico, v. 21, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz; ROGÉRIO, José. *O regime do precedente judicial no novo CPC*. Revista do Advogado AASP, v. 126, 2015.

DESAFIOS DA SOCIEDADE INTERNACIONAL NA BUSCA PELA PROTEÇÃO EFETIVA DOS DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE À LUZ DA DECLARAÇÃO DE NOVA YORK SOBRE REFUGIADOS E MIGRANTES

Julieth Laís do Carmo Matosinhos Resende

1. TEMA-PROBLEMA

Em virtude dos níveis sem precedentes de pessoas em deslocamento pelo mundo e diante dos desafios atuais enfrentados pela sociedade internacional na busca pela proteção efetiva dos direitos humanos, a presente pesquisa tem como objeto analisar a Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de setembro de 2016, verificando os principais compromissos e a (in)efetividade do documento político diante do contexto atual.

A preocupação com os direitos dos refugiados e migrantes tem ganhado um espaço cada vez maior diante dos grandes desafios que a sociedade internacional tem enfrentado na busca por medidas que possibilitem a proteção efetiva dos direitos humanos desse conjunto de pessoas social e historicamente vulneráveis.

A Reunião de Alto Nível sobre Grandes Movimentos de Refugiados e Migrantes, que contou com a presença de governantes, líderes da ONU e representantes da sociedade civil teve como objetivo estabelecer uma abordagem mais coordenada e humana, além de compartilhar responsabilidades em escala global e aproximar os Estados-membros para adotarem uma

resposta mais abrangente, previsível e sustentável sobre o assunto (ONU, 2016).

Dos compromissos assumidos resultou um documento político que ficou conhecido como Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes, aprovado com o propósito de revolucionar a forma como a comunidade internacional se engaja com a questão dos refugiados e migrantes.

O documento obteve uma adoção histórica, pois foi aprovado pelos 193 Estados-membros, que assumiram inúmeros compromissos para resguardar a proteção dos direitos humanos dos Refugiados e Migrantes, além do compromisso de iniciar um processo de negociações que levará à adoção, em 2018, de um Pacto Mundial para Refugiados e de um outro Pacto Mundial para Migração Segura, Ordenada e Regular.

Nesse sentido, a presente pesquisa tem como objetivo realizar um estudo aprofundado sobre os compromissos assumidos, analisar os procedimentos de negociações para adoção em 2018 do Pacto Mundial para Refugiados e do Pacto Mundial para Migração Segura, Ordenada e Regular, além de verificar ao final da pesquisa sobre a (in) efetividade do documento diante dos complexos desafios atuais. Portanto, o intuito é de compreender os fundamentos teóricos no contexto analítico no que diz respeito ao conteúdo da Declaração de Nova York.

2. JUSTIFICATIVA OBJETIVA DA ESCOLHA DO TEMA PROBLEMA

Diante da extrema atualidade da Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes e principalmente pela relevância do assunto dentro do contexto contemporâneo, o presente estudo torna-se de fundamental importância, no sentido de realizar um estudo aprofundado

do conteúdo e verificar se o documento, realmente, revolucionará a problemática sobre o tema.

Além disso, justifica-se a pesquisa pela escassez de trabalhos que se dedicaram ao mesmo objeto, pela relevância social do problema e o renovado interesse, levando-se em consideração a recente Declaração de Nova York.

3. OBJETIVO GERAL DA PESQUISA

Analisar a Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes, levando-se em consideração os desafios atuais da sociedade internacional na busca da proteção efetiva direitos humanos no que concerne ao tema.

4. OBJETIVOS ESPECÍFICOS DA PESQUISA

4.1 Compreender as três vertentes do Direito Internacional: Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional dos Refugiados e Direito Internacional Humanitário;

4.2 Abordar o Direito das Minorias, especificamente sobre refugiados e migrantes.

4.3 Aprofundar no estudo sobre o Direito Internacional dos Refugiados;

4.4 Aprofundar no estudo sobre Direitos dos Migrantes;

4.5 Abordar os desafios na efetivação dos Direitos dos Refugiados e Migrantes;

4.6 Realizar uma análise aprofundada sobre os compromissos estabelecidos na Declaração de Nova York;

4.7 Analisar o procedimento de negociação estabelecido para adoção dos Pactos Mundiais em 2018;

4.8 Verificar a aplicação e (in)efetividade da Declaração de Nova York diante dos complexos desafios atuais, tendo como paradigma o Brasil.

5. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA TEÓRICO

De acordo com a ONU, a Declaração de Nova York já é considerada o maior marco atual sobre o assunto, pois busca examinar a questão dos refugiados e migrantes diante dos desafios da realidade dos grandes deslocamentos, estabelecendo compromissos e metas a seguir, além de um processo de negociações para adoção de dois Pactos Globais em 2018.

Por outro lado, o cenário mundial tem demonstrado que os desafios são extremamente complexos diante da realidade atual. Dentro desse contexto, o maior desafio consiste em garantir que os Estados venham a cumprir as suas responsabilidades na proteção efetiva dos direitos humanos dos refugiados e migrantes, ou seja, a verdadeira necessidade reside em encontrar maneiras mais eficazes de implementar a Declaração em um espírito de cooperação internacional e responsabilidade compartilhada.

Enquanto a ONU espera que a Declaração de Nova York revolucione a visão da sociedade internacional no que diz respeito à proteção efetiva aos refugiados e migrantes, o mundo tem acompanhado inúmeras manifestações contrárias ao verdadeiro sentido de proteção, como por exemplo às manifestações do atual presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, principalmente através de decretos anti-imigração, que em nenhum momento, foram realizadas no espírito da Declaração de Nova York.

Dessa forma, a presente pesquisa estabelece a seguinte problemática: a Declaração de Nova York será mais um documento cheio de boas intenções, mas com pouco resultado prático, ou será um documento que

revolucionará a visão dos Estados na busca pela proteção efetiva dos refugiados e migrantes diante dos desafios atuais?

Há um caminho a seguir, sendo muito cedo para se chegar a conclusões sobre a (in)efetividade da Declaração de Nova York para refugiados e migrantes, principalmente porque os compromissos mais concretos serão verificados somente em 2018, quando da aprovação do Pacto Mundial para Refugiados e Pacto Mundial para Migração Segura, Ordenada e Regular.

Inicialmente, poderia se pensar que a Declaração é mais um documento cheio de boas intenções e com pouco resultado prático, no entanto, não foi isso que sucedeu um dia após a declaração, na reunião convocada pelo então presidente à época, Barack Obama, que deixou bem claro alguns resultados concretos, demonstrando que a sociedade internacional pode estar vivenciando um momento histórico.

Por outro lado, as recentes manifestações do atual presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, principalmente através de decretos anti-imigração, além das barreiras criadas pela União Europeia contra o acesso de refugiados e migrantes nas fronteiras, em nenhum momento, foram realizadas no espírito da Declaração de Nova York. Tudo isso demonstra que o maior desafio certamente não reside na Declaração em si, mas em garantir que os Estados venham a cumpri-la.

Dessa forma, a verdadeira necessidade é a de encontrar maneiras mais eficazes de implementar a Declaração em um espírito de cooperação internacional e responsabilidade compartilhada. Não há como negar a importância do documento, tendo em vista o momento e representatividade de sua emissão, além disso, a Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes possui um conteúdo excelente.

O que se espera é que, assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que veio em 1948, para revolucionar a sociedade internacional, que assim também ocorra com a Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes, que esta não seja apenas mais um documento político cheio de boas intenções, mas que realmente revolucione a proteção dos direitos humanos dessas minorias, denominadas refugiados e migrantes.

Portanto, pode-se estabelecer como hipótese científica que a Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes representa um documento importante para responder a movimentação de pessoas numa escala sem precedentes que o mundo enfrenta atualmente.

Nesse sentido, a Declaração de Nova York alcançou seu objetivo principal: envolver os Estados-membros para assumirem os compromissos no sentido de cooperação internacional e responsabilidade compartilhada. Isso, possivelmente, demonstrará na prática, uma resposta mais abrangente, previsível e sustentável para a crise de refugiados e um sistema de governação para as migrações, diante dos complexos desafios atuais na busca pela proteção efetiva direitos humanos.

6. ESTADO ATUAL DA PESQUISA

Historicamente, a preocupação com direitos humanos se desenvolveu, principalmente, a partir da Segunda Guerra Mundial, que se concretizou com inúmeros tratados e declarações internacionais com objetivo estabelecer normas para a proteção dos direitos humanos, por outro lado, surgia, nesse mesmo contexto, o problema da capacidade de implementação de forma efetiva de tais regras e princípios (MAZZUOLI, 2016).

De acordo com a doutrina do esgotamento dos recursos interno, os Estados são os principais responsáveis pela implementação da proteção dos direitos humanos, assim a responsabilidade se volta para a ordem jurídica e política interna (PIOVESAN, 2016). A busca pela maior participação possível dos Estados, por meio da ratificação dos documentos internacionais e a elaboração de leis nacionais tem sido, com certeza, imprescindíveis para se alcançar os fins desejados de proteção.

No entanto, o maior desafio, consiste, realmente, em estabelecer medidas para garantir que os Estados venham a cumprir, implementar e efetivar essas normas. Nesse sentido, atualmente, tem-se percebido uma crescente preocupação da sociedade internacional na busca pela proteção efetiva dos direitos humanos.

O Direito Internacional Público estabelece três vertentes de proteção internacional da pessoa humana: Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Refugiados. Assim, Antonio Augusto Cançado Trindade e grande parte da doutrina recente, estabelece que entre essas três vertentes deve-se sempre haver uma aproximação/convergência no sentido de efetivar a proteção dos direitos humanos, tendo em vista que entre elas há um propósito comum, qual seja, a proteção da pessoa humana.

Cabe citar, oportuna manifestação de Cançado Trindade nesse sentido:

Nem o Direito Internacional Humanitário, nem o Direito Internacional dos Refugiados, excluem a aplicação concomitante das normas básicas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. As aproximações e convergências entre estas três vertentes ampliam e fortalecem as vias de proteção da pessoa humana. (CANÇADO TRINDADE, 2003, pág. 344).

No mesmo contexto, a preocupação com os direitos das minorias e grupos vulneráveis tem ganhado um espaço cada vez maior diante dos grandes desafios que a sociedade internacional tem enfrentado na busca por medidas que possibilitem a proteção efetiva dos direitos humanos desse conjunto de pessoas social e historicamente vulneráveis (MAZZUOLI, 2016).

Conforme salienta Antonio Augusto Cançado Trindade:

Na atualidade, a questão da proteção internacional dos direitos das minorias ressurgiu em nova e ampla dimensão, em suas relações tanto com a prevalência dos direitos humanos e da democracia, quanto com a preservação da própria paz internacional. As notáveis transformações têm efetivamente caracterizado os nossos tempos como um momento na história marcado por uma profunda reflexão sobre as próprias bases do ordenamento jurídico internacional em geral, e da agenda internacional dos direitos humanos em particular (CANÇADO TRINDADE, 2003, pág. 312).

Cabe lembrar, que de acordo com o princípio da igualdade formal “todos são iguais perante a lei”, no entanto, quando do estudo das minorias e grupos vulneráveis tal princípio é relativizado, tendo em vista a aplicação do princípio da igualdade material (substancial), que por sua vez consagra as peculiaridades de cada indivíduo diante de determinada situação jurídica (MAZZUOLI, 2016).

Segundo Elida Séguin:

Pensa-se em minorias como um contingente numericamente inferior, como grupos de indivíduos, destacados por uma característica que os distingue dos outros

habitantes do país, estando em quantidade menor em relação à população deste. [...] Conceituar minorias é complexo, vez que sua realidade não pode ficar restrita apenas a critérios étnicos, religiosos, linguísticos ou culturais. Temos que sopesar sua realidade jurídica ante as conquistas modernas (SÉGUIN, 2002, pág. 9).

Minorias são categoria de pessoas que não possui a mesma representação política que os demais cidadãos de um Estado, ou, ainda, que sofrem histórica e crônica discriminação por possuírem entre si características essenciais à sua personalidade que demarcam a sua singularidade, como nacionalidade, etnia, língua, religião ou condição pessoal (APPIO, 2008).

Dessa forma, são grupos de pessoas com uma identidade coletiva própria, que os torna “diferentes” dos demais indivíduos no âmbito de um mesmo Estado. Exemplos: povos indígenas, LGBTI, refugiados, migrantes, etc. Ao passo que os Grupos vulneráveis são coletividade mais ampla de pessoas que, também, necessitam de uma proteção especial tendo em vista a fragilidade ou indefensabilidade. Exemplos: mulheres, idosos, crianças, adolescente, pessoas com deficiência, consumidores, etc. (MAZZUOLI, 2016).

Apesar da doutrina conceituar e classificar minorias e grupos vulneráveis distintamente, é comum os conceitos serem confundidos, tendo em vista, que a condição de vulnerabilidade pode ser identificada tanto nas minorias como nos grupos vulneráveis.

No entanto, essa questão conceitual não é o mais importante, o que interessa, realmente, é a implementação de instrumentos de proteção efetiva aos direitos humanos (MAZZUOLI, 2016). Assim, justifica-se essa utilização dos termos de forma comum, pois tanto as minorias,

quanto os grupos vulneráveis são marginalizados pela sociedade, importando, mesmo a preocupação com maneiras de corrigir essas desigualdades, nesse sentido:

Minorias e grupos vulneráveis não são expressões sinônimas, mas pela circunstância de seus integrantes encontrarem-se nas mesmas situações fáticas de discriminação, intolerância e fragilidade, por parte de uma parcela da sociedade, torna-se irrelevante a diferenciação conceitual e relevante sim, a tutela jurisdicional que se pode oferecer a esses excluídos (BASTOS, 2011, pág. 66).

De acordo, com grande parte da doutrina³⁵ que estuda os direitos das minorias e grupos vulneráveis, refugiados e migrantes, aparecem sempre como exemplos de minorias. Assim, a presente pesquisa também classifica refugiados e migrantes como minorias, seguindo essa doutrina, mas levando-se em consideração que a nomenclatura adotado não é o mais relevante, pois o que importa, realmente, é a devida proteção aos direitos humanos dessas categorias de pessoas historicamente vulneráveis.

Os refugiados possuem um regime legal específico em proteção aos seus direitos que é denominado Direito Internacional dos Refugiados, é regulamentado em âmbito internacional pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951³⁶ e pelo seu Protocolo de 1967³⁷. O princípio de *non-refoulement* (que significa não

³⁵ Valério de Oliveira Mazzuoli, Eduardo Appio e Elida Séguin.

³⁶ Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 50.2015, de 28.01.1961.

³⁷ Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 70.946, de 07.08.1972.

devolução) é o alicerce do regime³⁸, estabelecendo que “refugiados não podem ser expulsos ou devolvidos a situações onde suas vidas ou liberdade possam estar sob ameaça. Os Estados são os primeiros responsáveis por assegurar essa proteção”³⁹ (ACNUR, 2016).

Cabe destacar, ainda, que há regulamentações regionais como a Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos 1969 e a Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984. No âmbito interno, pode-se destacar o Brasil, através da Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997, que define os mecanismos para implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e cria o Conselho Nacional de Refugiados (CONARE).

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), conhecido como Agência da ONU para Refugiados, foi criado em 1950 com objetivo inicial de proteger e prestar assistência às vítimas de perseguição e violação generalizada dos direitos humanos (FISCHEL, 1996). Atualmente possui como função dirigir e coordenar ações internacionais como forma de proteção aos direitos humanos e ajudar os refugiados em todo o mundo, trabalhando com governos, aconselhando-os e os apoiando conforme as necessidades a fim de implementar suas responsabilidades (ACNUR, 2016).

Em suma, pode-se dizer nas lições de Valerio de Oliveria Mazzuoli, que refugiados são “pessoas em todo o mundo que se encontra em situação de refúgio, deixando o seu país de origem em razão de perseguições e violências iminentes por motivos religiosos, étnicos, de raça, crença, ideologia ou, até, por desastres naturais”. (MAZZUOLI, 2016).

³⁸ Art. 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

³⁹ No mesmo sentido art.28,§8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969.

Com relação aos direitos dos Migrantes, inicialmente, é importante destacar que não há uma definição legal uniforme para o termo “migrante”⁴⁰, não havendo um tratado internacional específico sobre a matéria. Talvez esse seja um dos principais desafios, tendo em vista o grande aumento no número de migrantes pelo mundo, que segundo dados da ONU nos últimos 15 anos, aumentou 41%, totalizando em 2016 aproximadamente 244 milhões de migrantes pelo mundo. (ONU, 2016)

Os migrantes são protegidos pela lei internacional dos direitos humanos⁴¹, essa proteção deriva de sua dignidade fundamental enquanto seres humanos, pois todas as pessoas, independente do seu status, devem ser protegidas (ACNUR, 2016). Migração deve ser compreendida como processo voluntário, em que as pessoas cruzam uma fronteira em busca de melhores condições de vida, por motivos diversos, como oportunidade de emprego, melhoria na educação, fome ou extrema pobreza (OMI, 2016).

No âmbito interno, recentemente, foi aprovada a Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017, que substituiu o Estatuto do Estrangeiro. A nova lei, denominada, Lei de

⁴⁰ Sobre migrantes: A Convenção de 1990 sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias define o termo “trabalhador migrante”. Ver também o Artigo 11 da Convenção da OIT de 1975 sobre Migrações em Condições Abusivas e Proteção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes, além da Convenção da OIT de 1979 sobre Trabalhadores Migrantes; assim como o Artigo 1º da Convenção Europeia de 1977 relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante.

⁴¹ Para exemplificar: a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; assim como outros tratados internacionais e regionais importantes, reconhecem que todas as pessoas, incluindo migrantes e refugiados, possuem direitos humanos.

Migração, estabelece uma política migratória regida pelos direitos humanos, pelo repúdio à discriminação e pelo acesso e tratamento igualitários.

É importante destacar, que refugiados e migrantes não podem ser confundidos, pois possuem diferenças que são de extrema relevância no tratamento legal. Muitas vezes, o termo “migrante” é utilizado abrangendo migrantes e refugiados, principalmente pelos meios de comunicação e em estatísticas globais (ACNUR,2016).

A prática adotada pelo ACNUR é se referir a grupos de pessoas viajando em movimentos mistos como “refugiados e migrantes”, para uma melhor compreensão de que todas as pessoas em deslocamento possuem direitos humanos que devem ser respeitados, protegidos e satisfeitos; e que refugiados e solicitantes de refúgio possuem necessidades específicas e direitos que são protegidos por uma estrutura legal específica (ACNUR,2016)

Diante disso, o ACNUR estabelece a necessidade em se referir a refugiados e migrantes separadamente, para que assim se matenha as diferenças entre eles, principalmente acerca das causas e características dos movimentos de refúgio, além de manter evidentes as obrigações específicas voltadas aos refugiados nos termos do direito internacional (ACNUR, 2016).

Os migrantes passam por grandes violações de direitos humanos, como discriminações, prisão arbitrária, exploração de trabalho, tráfico de pessoas, menores separados ou desacompanhados, dentre outras. Dessa forma, é preciso que a sociedade internacional garanta a proteção efetiva dos direitos humanos dos migrantes, pois há ainda muito que se desenvolver sobre essa questão.

A ONU tem desenvolvido alguns progressos sobre o tema, como o Diálogo de Alto Nível sobre

Migração Internacional e Desenvolvimento, no entanto, diante da complexidade do assunto, é preciso que todos os Estados assumam uma responsabilidade e se envolvam na colaboração e aprofundamento da matéria de migração, alcançando uma reposta mais abrangente para o contexto atual, de forma efetiva.

Oportuna manifestação do porta-voz da Organização Internacional para as Migrações, Leonard Doyle, estabelecendo que a “Migração é a estratégia de adaptação mais antiga do mundo” e que historicamente costumava ser vista como uma “zona proibida”, e que já estava passando da hora de todos os países reconhecerem com maturidade a situação atual em que aproximadamente 244 milhões de migrantes precisavam de proteção e que questões envolvendo o tema devem ser discutidas o mais rápido possível (ACNUR, 2016).

Nesse sentido, demonstrando a preocupação da sociedade internacional com a proteção dos migrantes, a ONU, define como destinatários da Declaração de Nova York, não apenas os refugiados, mas também os migrantes.

Com relação aos desafios na busca pela proteção aos direitos humanos dos refugiados e migrantes, pode-se dizer que vão desde a cooperação internacional e responsabilidade compartilhada até a educação interna para a integração de refugiados e migrantes. Muitas pessoas acreditam que o acolhimento mostra-se como uma ameaça aos seus próprios direitos, em especial de seus direitos sociais, principalmente na perda da oportunidade de emprego. Infelizmente, isso, muitas vezes, gera a criação de limitações por parte dos Estados como forma de evitar essa insatisfação em seu território.

Cabe citar o brilhante ensinamento do jusfilósofo alemão Robert Alexy, que denomina esses fatos como “colisões de direitos fundamentais idênticos de titulares diferentes”, que pode ser solucionado através da Lei de

Sopesamento, aplicando o princípio da ponderação para a escolha do princípio de maior peso no caso concreto, gerando uma flexibilização dos direitos envolvidos para que alcance a melhor solução.

Como explica Liliana Lyra Jubilit:

Ocorre que, com os problemas sociais enfrentados pelos Estados atualmente, agravados pelo fenômeno da globalização, é raro encontrar pessoas dispostas a flexibilizar os seus direitos para contemplar uma maior gama de titulares, residindo nesse fato um dos grandes entraves à difusão do Direito Internacional dos Refugiados, no que concerne à sua integração nos países de acolhida (JUBILUT, 2007, pág.206).

Assim, é preciso, urgentemente, que sejam adotadas providências mais eficazes para que os Estados atuem de maneira efetiva na aplicação de tais mecanismos, que esses instrumentos não fiquem apenas no papel, mas que façam parte da realidade prática dos refugiados, migrantes e da sociedade acolhedora. É, realmente, necessário que tanto os sistemas internacionais, assim como os internos, dialoguem como forma de efetivar cada vez mais a proteção dos refugiados e migrantes.

Além disso, é de suma relevância que sejam adotados mecanismos de fortalecimento do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, pois os direitos dos refugiados e migrantes encontram-se nessa vertente, seria a tentativa ideal, pois isso evitaria as causas que ocasionam o fenômeno, não apenas dos refugiados e migrantes, mas de tantas outras violações. É o que salienta Liliana Lyra Jubilit:

Tem-se, assim, que propugnar pela efetivação dos padrões mínimos de direitos humanos acordados internacionalmente, para que a proteção à dignidade dos seres humanos seja

constante e não um simples paliativo, em situações em que a violação é tão grave que faz com que o indivíduo perca o que, nas palavras de Hannah Arendt, o torna humano: a sua comunidade (JUBILUT, 2007, pág. 217).

Assim, diante da complexidade vivenciada em um mundo globalizado, é de suma relevância e urgência a adoção de um “Projeto Mundial por Exequibilidade Local”, conforme salientado por José Luiz Bolzan de Moraes, possibilitando mecanismos mais aperfeiçoados e eficazes, como a criação de novos meios que assegurem uma maior e real efetividade de proteção internacional dos direitos humanos.

Portanto, o que se busca durante a execução da presente pesquisa, é verificar se realmente as propostas estabelecidas na Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes serão alcançadas, no sentido de avançar nas articulações, coordenações, harmonização e principalmente na busca de ações afirmativas capazes de implementar, tanto na teoria como na prática, mecanismos de real efetividade na proteção aos direitos humanos dos refugiados e migrantes.

O que se percebe é que os desafios são inúmeros. Segundo dados atuais⁴², há aproximadamente 65,3 milhões de pessoas em situação de deslocamento, entre elas mais de 21,3 milhões são Refugiados. Guerras, desastres naturais, crise econômica e globalização, têm sido os principais fatores da atual crise migratória, e a tendência é que o número de refugiados ganhe mais proporções nos próximos anos. Nesse sentido, a sociedade internacional tem enfrentado grandes desafios na busca pela proteção efetiva dos direitos humanos dessas categorias de pessoas.

⁴² Relatório anual “Tendências Globais” (“Global Trends”) sobre refugiados e outras populações de interesse do ACNUR.

De acordo com a Organização Internacional para as Migrantes (OIM), há aproximadamente 244 milhões de migrantes pelo mundo. O desequilíbrio econômico internacional, a pobreza, o subdesenvolvimento, a falta de oportunidades, a má governação, fatores ambientais, ausência de paz, segurança e à falta de gozo dos direitos humanos estão entre os motivos que levam, a cada dia mais, o crescente fenômeno da migração.

As mortes de refugiados e migrantes no Mar Mediterrâneo bateram recorde anual em 2016 (ONU, 2016). Enquanto a mídia destaca a Crise de refugiados na Europa, há outras partes do mundo que enfrentam grandes dificuldades com relação aos Refugiados e Migrantes.

A Síria enfrenta a maior crise humanitária, mais de 11 milhões de pessoas, o que corresponde a metade da população original no país, foram forçadas a fugir da violência. (ACNUR, 2016)

Na América Central, a situação de violência, tem levado as pessoas se arriscarem na perigosa travessia do México, isso porque a região já é considerada uma das mais violentas do mundo, em virtude do crime excessivo e violências por parte das “gangues”, que cobram a denominada “taxa de guerra”. Na Colômbia quase 7 milhões de pessoas deslocadas internamente, sendo o maior registro do mundo (ACNUR, 2016)

O Burundi, pequeno país da África, entrou em uma crise política em 2015, em consequência surgiu um conflito entre a milícia e o governo, o que levou a extrema violação dos direitos humanos, principalmente através de tortura, segundo dados da ONU, aproximadamente 270 mil pessoas fugiram para os países vizinhos⁴³. No Sudão do Sul, mais de 1,5 milhão de pessoas fugiram do país em razão do conflito armado que iniciou em dezembro de 2013 (ACNUR, 2016).

⁴³ Tanzânia, República Democrática do Congo e Ruanda.

Esses dados reforçam o que há muito tempo é reafirmado, a África foi e tende a continuar a ser um continente palco das maiores situações de refugiados e migrantes no mundo. O que demonstra a falta de atenção suficiente para o continente africano (FEFERBUAM, 2016).

Na Palestina, ocorre a mais longa crise de refugiados no mundo, mais de 5 milhões de palestinos registrados como refugiados. No Continente asiático, no pequeno país Mianmar, o grupo minoritário denominado Rohingya foi expulso durante anos pela violência étnica e discriminação (ACNUR, 2016).

Na Grécia, Ilha Samos, muitos refugiados chegam pelo litoral fugindo de conflitos em país estrangeiro. Sete ou oito países recebem mais da metade dos refugiados do mundo, no mesmo sentido, sete ou oito países fornecem mais da metade dos fundos para ajudar os refugiados. Dentro do cenário atual, pode-se citar como exemplo o caso dos países vizinhos da Síria, Líbano⁴⁴, Jordânia ou a Turquia, pois têm acolhido um número extremamente elevado (ACNUR, 2016).

Esses são alguns exemplos que demonstram que a responsabilidade sempre recai para os mesmos países, o que não deveria acontecer, tendo em vista que a responsabilidade deveria ser compartilhada em um espírito de solidariedade.

Ocorre que a crise de refugiados tem ganhado grandes proporções e a situação está ficando cada vez mais complexa para os países que tem acolhido um número muito alto e desproporcional se comparado com outros países, assim, diante desse contexto atual, é perceptível que esse quadro não será sustentável por muito mais tempo. É a postura da União Europeia que, recentemente,

⁴⁴ O número de refugiados e migrantes no Líbano corresponde a um quarto da população do país.

tem manifestado pelo maior controle em suas fronteiras, diante do grande aumento do fluxo de refugiados e migrantes no território. (ONU, 2016).

Portanto, esses são apenas alguns exemplos para demonstrar como a situação é complexa e demanda uma resposta urgente. Conforme afirmado pelo alto-comissário da ONU para Refugiados, Filippo Grandi, “o mundo – chocado pelas imagens de pessoas que fogem em grande número e que morrem no mar – não quer que as nossas intenções permaneçam no papel. Exige ação prática e resultados”. (ONU, 2016)

Oportuna, manifestação, da Conselheira especial da Cúpula da ONU sobre Migrantes e Refugiados, Karen Abuzayd:

Não tenho certeza quantos anos levarão para eliminarmos o conflito, isso levará muito tempo. Estou esperançosa de que faremos alguma diferença, pode não ser uma diferença enorme imediatamente. Não veremos uma mudança grande rapidamente, mas podemos ao menos preparar o terreno para que as pessoas pensem sobre os refugiados e migrantes de um outro modo e que aceitem, mais facilmente e rapidamente. Falamos sobre eles precisarem de segurança e dignidade. Eles precisam fazer uma jornada segura, eles precisam chegar em algum lugar e serem acolhidos, ao invés de enfrentarem resistência e serem rejeitados. Mas eles também precisam encontrar algo que chamamos de inclusão. Assim que chegarem em algum lugar, eles precisam saber não apenas que são bem-vindos, mas também que podem aprender o idioma, para que então tenham ofertas de emprego, para que sejam oferecidos treinamento, educação ou escolaridade. Este tipo de atitude que estamos tentando mobilizar. (ONU, 2016)

Nesse sentido, a sociedade internacional tem-se preocupado cada vez mais em desenvolver medidas capazes de atender à essa nova demanda, em que se possa oferecer condições dignas de subsistência e integração de forma efetiva na proteção dos direitos humanos no contexto atual. Tendo em vista esse objetivo, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes.

A Reunião de Alto Nível sobre Grandes Movimentos de Refugiados e Migrantes que foi realizada no dia 19 de setembro de 2016 estabeleceu inúmeros compromissos fundamentais com o objetivo de buscar a proteção efetiva dos direitos humanos dos refugiados e migrantes, diante do atual contexto.

Com a aprovação da Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes, os Estados-membros se comprometeram em melhor lidar com as causas que geram números recordes de deslocamento no mundo de hoje. O que a sociedade internacional espera é que os Estados adotem essas medidas com o intuito de proporcionar uma resposta legal e operacional apropriada em busca de uma proteção efetiva aos direitos humanos dos refugiados e migrantes.

7. MÉTODOS DE PESQUISA

Será utilizado como metodologia o levantamento de dados por meio de pesquisa bibliográfica e documental, adotando-se o método indutivo para análise específica da Declaração e o método dedutivo no restante do trabalho, além da realização de uma análise-crítica quando do estudo da (in)efetividade do objeto da pesquisa.

A Declaração de Nova York é um documento recente, datado de 19 de setembro de 2016 e, portanto,

cabe ressaltar que na parte da dissertação que se dedicará ao estudo específico da Declaração, a pesquisa será realizada, principalmente, através de sites oficiais da ONU, OIM e ACNUR.

8. CRONOGRAMA DA PESQUISA

Pretende-se realizar a pesquisa em aproximadamente em 2 anos, desenvolvendo-a em 12 etapas:

- 1ª Atividade: conclusão do projeto de mestrado (junho/2017)
- 2ª Atividade: levantamento bibliográfico (setembro/2017)
- 3ª Atividade: conclusão da primeira versão do sumário (outubro/2017)
- 4ª Atividade: conclusão das primeiras leituras/fichamento (fevereiro/2018).
- 5ª Atividade: conclusão do 1º Capítulo da dissertação (abril/2018).
- 6ª Atividade: conclusão do 2º Capítulo da dissertação (junho/2018).
- 7ª Atividade: conclusão do 3º Capítulo da dissertação (agosto/2018).
- 8ª Atividade: conclusão do 4º Capítulo da dissertação (outubro/2018).
- 9ª Atividade: conclusão do 5º Capítulo da dissertação (dezembro/2018).
- 10ª Atividade: Revisão Final da Dissertação (janeiro/2019)
- 11ª Atividade: conclusão da dissertação (janeiro/2019)
- 12ª Atividade: defesa da dissertação (até junho/2019).

Atividades	jun	jul	ago	Set	out	nov	Dez	jan	fev	mar	abr	maio	jun	jul	ago	set	out	nov	dez	jan	fev	mar	abr	maio	jun
	2017						2018						2019												
Conclusão do projeto de mestrado	■																								
Levantamento Bibliográfico		■	■																						
Confeção da 1ª versão do Sumário				■																					
Realização de leituras e fichamentos				■	■	■	■	■	■	■															
Confeção do Primeiro Capítulo										■	■														
Confeção do Segundo Capítulo											■	■													
Confeção do Terceiro Capítulo													■	■											
Confeção do Quarto Capítulo															■	■									
Confeção do Quinto Capítulo																	■	■							
Revisão Final da Dissertação																					■				
Conclusão da dissertação																						■			
Defesa da Dissertação de Mestrado																							■	■	■

9. PRÉ-SUMÁRIO DA DISSERTAÇÃO

CAPITULO 1 – DELIMITANDO E SITUANDO O OBJETO DE ESTUDO: REFUGIADOS E MIGRANTES

1.1 A convergência entre três vertentes de proteção dos direitos humanos

1.1.1 Direito Internacional dos Direitos Humanos

1.1.2 Direito Internacional dos Refugiados

1.1.3 Direito Internacional Humanitário

1.2 Direitos das Minorias e Grupos Vulneráveis

1.2.1 Direitos das Minorias

1.2.2 Grupos Vulneráveis

1.2.3 Classificação Refugiados e Migrantes

1.3 Proteção dos Direitos Humanos dos Refugiados

1.3.1 O instituto do Refúgio

1.3.2 Proteção Internacional: ACNUR

1.3.3 Proteção Interna: Lei n. 9.474/97

1.4 Proteção dos Direitos Humanos dos Migrantes

1.4.1 O instituto da Migração

1.4.2 Proteção Internacional: OIM

1.4.3 Proteção Interna: Nova Lei de Migração

CAPÍTULO 2 – DESAFIOS DA SOCIEDADE INTERNACIONAL NA PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS E MIGRANTES

2.1 – Os principais desafios

- 2.1.1 Guerras
- 2.1.2 Globalização
- 2.1.3 Desastres Naturais

2.2 – Cooperação Internacional e Responsabilidade Compartilhada

- 2.2.1 O maior desafio: conscientização por parte dos Estados
- 2.2.2 Cooperação internacional
- 2.2.3 Responsabilidade compartilhada

CAPÍTULO 3 – ANÁLISE DOS COMPROMISSOS ESTABELECIDOS NA DECLARAÇÃO DE NOVA YORK SOBRE REFUGIADOS E MIGRANTES

3.1 Compromissos comuns: tanto para refugiados como para migrantes

3.2 Compromissos específicos para refugiados

3.3 Compromissos específicos para migrantes

CAPÍTULO 4 – ANÁLISE DO PROCESSO DE NEGOCIAÇÃO PARA ADOÇÃO DO PACTO MUNDIAL PARA REFUGIADOS E PACTO MUNDIAL PARA MIGRAÇÃO SEGURA, REGULAR E ORDENADA

4.1 Pacto Mundial para Refugiados

- 4.1.1 Marco de Resposta Integral

4.2 Pacto Mundial para Migração Segura, Ordenada e Regular

CAPÍTULO 5 – ANÁLISE-CRÍTICA DA DECLARAÇÃO DE NOVA YORK: ASPECTOS POSITIVOS X ASPECTOS NEGATIVOS

5.1 Aspectos positivos

5.2 Aspectos negativos

5.3 (In) Efetividade da Declaração no Brasil

CONCLUSÃO

10. REFERÊNCIAS

ACNUR. “*Refugiados*” e “*Migrantes*”: *Perguntas Frequentes*. Disponível em:

<<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/refugiados-e-migrantes-perguntas-frequentes/>>. Acesso em: 28 de abril de 2017.

ACNUR. *60 anos de ACNUR: Perspectivas de futuro*.

Disponível em:

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2011/60_anos_de_ACNUR_-_Perspectivas_de_futuro.pdf> Acesso em: 01 de maio de 2017.

ACNUR. *Declaração de Nova York é ‘uma oportunidade única’ para refugiados, afirma chefe de proteção do ACNUR*. Disponível em:

<<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/declaracao-de-nova-york-e-uma-oportunidade-unica-para-refugiados-afirma-chefe-de-protecao-do-acnur>>. Acesso em: 02 de abril de 2017.

ACNUR. *Declaração de NY sobre migrantes e refugiados tem 'força política e ressonância sem precedentes', diz ACNUR*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/declaracao-de-ny-sobre-migrantes-e-refugiados-tem-forca-politica-e-ressonancia-sem-precedentes-diz-acnur>>. Acesso em 02 de maio de 2017.

ACNUR. *Lei nº 9.474/97 e Coletânea de Instrumentos de Proteção Internacional de Refugiados e Apátridas*. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2015/Lei_947497_e_Coletanea_de_Instrumentos_de_Protecao_Internacional_dos_Refugiados2015.pdf>. Acesso em: 28 de abril de 2017.

ACNUR. *Protegendo Refugiados no Brasil e no Mundo*. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2016/Protegendo_Refugiados_no_Brasil_e_no_Mundo_2016.pdf>. Acesso em: 28 de março de 2017.

ACNUR. *Refugio e Hospitalidade*. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2016/livro_refugio_e_hospitalidade_distribuido_web.pdf>. Acesso em: 28 de março de 2017.

ACNUR. *Refúgio no Brasil*. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Refugio_no_Brasil_2010_2014.pdf>. Acesso em: 28 de abril de 2017.

ACNUR. *Tendências Globais sobre refugiados e outras populações de interesse do ACNUR*. Disponível em:

<<http://www.acnur.org/portugues/recursos/estatisticas/>>. Acesso em: 28 de abril de 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José H. Fischel. *Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921-1952)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *A proteção jurídica dos grupos vulneráveis e das minorias*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 4, n.13, p.31-73, jan-mar. 2010
APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: RT, 2008.

BASTOS, Marcelo dos Santos. *Da inclusão das minorias e dos grupos vulneráveis: uma vertente eficaz e necessária para a continuidade da ordem jurídica constitucional*. Revista Brasileira de Direito Constitucional –RBDC. n. 18. jul.-dez. 2011.

BRASIL. *Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm> Acesso em: 27 de maio de 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do direito internacional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto;
PEYTRIGNET, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz. *Las três vertientes de la proteccion internacional de los derechos de la persona humana*. 1. ed. México: Editorial Porrúa, 2003.

DELAS, Olivier. *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, 2011.

FEFERBAUM, Marina. *Proteção internacional dos direitos humanos: análise do sistema africano*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva 2012.

GOMES, Luiz Flávio, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: pacto de San José da Costa Rica*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

HATHAWAY, James C. *The law of refugee status*. Toronto: Butterworths, 1991

JUBILUT, Liliana Lyra, APOLINÁRIO, Silvia Menicucce . O. S. *A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração*. Disponível em:
<https://www.academia.edu/25702193/A_necessidade_de

[_prote%C3%A7%C3%A3o_internacional_no_%C3%A2mbito_da_migra%C3%A7%C3%A3o>](#). Acesso em: 02 de maio de 2017.

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

JUBILUT, Liliana Lyra.; MADUREIRA, André de Lima. *Os desafios de proteção aos refugiados e migrantes forçados no marco de Cartagena + 30*. Disponível em:
<<http://www.scielo.br/pdf/remhu/v22n43/v22n43a02.pdf>>. Acesso em: 3 de maio de 2017

JUBILUT, Liliana Lyra. *O procedimento de concessão de refúgio no Brasil*. Disponível em:
<<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/estrangeiros/o-procedimento-refugio-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 15 de maio de 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional publico*. 10ª.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Cursos de direitos humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Método, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais dos direitos humanos e direito interno*. São Paulo; Saraiva, 2010.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Crise do Estado e da Constituição e a transformação Espaço Temporal dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 2ª Edição 143p

NAÇÕES UNIDAS. *Migrantes encontram novas oportunidades de vida no Brasil*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/migrantes-encontram-novas-oportunidades-de-vida-no-brasil-video/>>. Acesso em: 05 de maio de 2017.

NAÇÕES UNIDAS. *Acnur planeja dobrar assistência em dinheiro para vítimas de deslocamento forçado até 2020*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acnur-planeja-dobrar-assistencia-em-dinheiro-para-vitimas-de-deslocamento-forcado-ate-2020/>>. Acesso em: 28 de abril de 2017.

NAÇÕES UNIDAS. *Agência da ONU pede maior cooperação para atender refugiados da América Central*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia-da-onu-pede-maior-cooperacao-para-atender-refugiados-da-america-central/>>. Acesso em: 02 de abril de 2017.

NAÇÕES UNIDAS. *Cerca de 535 milhões de crianças vivem em países afetados por crises*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/cerca-de-535-milhoes-de-criancas-vivem-em-paises-afetados-por-crisis-unicef/>>. Acesso em: 03 de abril de 2017.

NAÇÕES UNIDAS. *Cúpula sobre refúgio e migração vai mudar postura dos países para lidar com deslocamento em massa*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/cupula-sobre-refugio-e-migracao-vai-mudar-postura-dos-paises-para-lidar-com-deslocamento-em-massa/>>. Acesso em: 03 de abril de 2017.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração de Nova York sobre refugiados e migrantes*. Disponível em:

<<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/71/L.1>>. Acesso em: 25 de março de 2017.

NAÇÕES UNIDAS. *Em cúpula de líderes em NY Brasil reafirma compromisso com proteção e dignidade de refugiados*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/em-cupula-de-lideres-em-ny-brasil-reafirma-compromisso-com-protacao-e-dignidade-de-refugiados/>>. Acesso em: 02 de maio de 2017.

NAÇÕES UNIDAS. *Líderes mundiais adotam em NY declaração para defesa dos direitos de migrantes e refugiados*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/lideres-mundiais-adotam-em-ny-declaracao-para-defesa-dos-direitos-de-migrantes-e-refugiados/>>. Acesso em: 02 de maio de 2017.

NAÇÕES UNIDAS. *Migração entre países latino-americanos deve continuar subindo diz OIM*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/migracao-entre-paises-latino-americanos-deve-continuar-subindo-diz-oim/>>. Acesso em: 05 de abril de 2017.

NAÇÕES UNIDAS. *Organização internacional para as migrações fortalece vínculos com a ONU*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/organizacao-internacional-para-as-migracoes-fortalece-vinculos-com-onu/>>. Acesso em: 03 de maio de 2017.

NAÇÕES UNIDAS. *Países tem que aprender a lidar com diversidade e garantir direitos de refugiados e migrantes*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-paises-tem-que-aprender-a-lidar-com-diversidade-e-garantir-direitos-de-refugiados-e-migrantes/>>. Acesso em: 02 de maio de 2017.

NAÇÕES UNIDAS. *Vídeo refugiados e migrantes por eles mesmos*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/video-refugiados-e-migrantes-por-eles-mesmos/>>. Acesso em: 02 de maio de 2017.

NAÇÕES UNIDAS. *Vídeo: Refugiados e Migrantes, longe de casa*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/video-refugiados-e-migrantes-longe-de-casa/>>. Acesso em: 03 de maio de 2017.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. *O direito internacional dos refugiados: análise crítica do conceito de “refugiado ambiental”*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16. Ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva 2016.

SÉGUIN, Elida. *Direito das minorias*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SÉGUIN, Elida. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WUCHER, Gabi. *Minorias. Proteção internacional em prol da democracia*. 1 ed., São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

A [IN] EFICÁCIA DA “LEI MARIA DA PENHA” PARA A PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA COLETIVIDADE DE MULHERES BRASILEIRAS QUANTO À SUA DIGNIDADE HUMANA: Estudo acerca de sua vigência social na redução da violência simbólica doméstica e familiar em face do discurso social misógino.

Leandra Chaves Tiago

1 TEMA-PROBLEMA

A Lei nº 11.340/2006, denominada de “Lei Maria da Penha” surgiu da necessidade de enfrentamento ao combate à violência enraizada em uma cultura sexista secular que mantém uma tradição discursiva de divisão binária que se polariza em dois opostos: homem *versus* mulher, cuja origem não se restringe ao espaço privado familiar, mas decorre expressivamente de uma estrutura de dominação masculina socialmente difundida, que resulta em um fenômeno de violência contra a mulher brasileira produzida historicamente por relações de poder assimétricas, hierárquicas notórias e simbólicas.

Conhecida como “Lei Maria da Penha”, em homenagem a sua homônima Maria da Penha Maia Fernandes, a Lei nº 11.340/2006 veio como resposta ao caso 12.051/Organização dos Estados Americanos- OEA.

Maria da Penha foi vítima de violência doméstica ao longo de todo o seu casamento que durou vinte e três anos. Decidida a por fim na sociedade conjugal, em 1983, seu marido tentou assassiná-la por duas vezes.

Na primeira tentativa o agressor utilizando arma de fogo deixou-a paraplégica e na segunda tentativa este se utilizou de afogamento associado à eletrocussão. Após

anos de maus-tratos ela resolveu denunciá-lo, começando, então, um longo caminho até a efetiva punição que só se deu após dezenove anos, sendo que o marido de Maria da Penha ficou privado de sua liberdade somente por dois anos em regime fechado, causando grande revolta com a efetividade do poder público na punição de práticas de violência doméstica e familiar em face das mulheres brasileiras.

Antes da edição da Lei, o processo somente se dava criminalmente com relação à violência, sendo necessária a propositura de ações autônomas para o tratamento de questões cíveis como os alimentos, o divórcio e a guarda não havendo qualquer previsão para o amparo especial.

Por esse motivo Maria da Penha, juntamente com o Centro pela Justiça pelo Direito Internacional e o Comitê Latino - Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (Cladem) formalizaram uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, sendo o Brasil condenado por não dispor de mecanismos suficientes e efetivos de proibição da prática de violência doméstica contra a mulher.

A situação vivenciada por Maria da Penha evidenciou uma realidade relacionada às inúmeras mulheres brasileiras vítimas de violência doméstica e familiar, demonstrando sua coragem na exposição do que a maioria das vítimas por vergonha tenta esconder, significando uma mudança de paradigma, colocando, pois, a sociedade em uma situação de enfrentamento.

Ao ser frustrada pela morosidade da justiça brasileira, uma vez que a sentença demorou quinze anos e ao se deparar com a impunidade do agressor utilizando-se de todos os recursos cabíveis, Maria da Penha buscou amparo junto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão solicitou ao Estado brasileiro, por diversas vezes, esclarecimentos sobre o caso, sem obter

resposta e após diversas tentativas para solucionar o impasse e perante a inércia do Brasil, Comissão Interamericana de Direitos Humanos tornou público o teor do seu relatório de nº 54/2001.

A partir daí, com forte embasamento nas recomendações da Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela onda de manifestações públicas, entre os anos de 2003 a 2006, sobretudo pelas as pressões sociais oriundas principalmente dos movimentos feministas e com o apoio midiático, editou-se a Lei nº 11.340/2006 marcando um grande avanço legislativo, na medida em que, o país passou legitimamente a enfrentar a questão que tem reflexo transnacional.

Com a edição da referida Lei, a violência contra a mulher passa a ser conceituada como toda aquela decorrente de ação ou omissão no ambiente de convívio permanente, com ou sem vínculo familiar, inclusive por partes consideradas familiares por afinidade ou vontade expressa, bem como aquela decorrente de relação íntima de afeto, ainda que o agressor não tenha residido com a vítima. Outro ponto importante foi a possibilidade do reconhecimento da violência psíquica, sexual, patrimonial e não só da violência física e moral como violência doméstica e familiar.

Neste contexto, a “Lei Maria da Penha” erigiu a violência doméstica e familiar contra as mulheres como violação dos direitos humanos, trazendo ao longo do seu corpo normativo mecanismos jurídicos de coibição e prevenção à violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como deixou expresso o dever do poder público em desenvolver políticas públicas que visem tutelar os direitos humanos das mulheres no âmbito das suas relações domésticas e familiares, no sentido de resguardá-las de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e ou opressão.

Com isso, a “Lei Maria da Penha” também foi criada com o fim de regulamentar e conceber eficácia jurídica a norma programática constitucional disposta no artigo, 226, § 8º da Constituição da República Federativa do Brasil 1988 (BRASIL, 1988) que prevê a obrigação do Estado em criar mecanismo para coibir a violência no âmbito das relações familiares.

Por essa senda, o presente estudo busca analisar se a Lei nº 11.340/2006, “Lei Maria da Penha” pode ser considerada uma legislação simbólica desde a sua edição. E ainda, fazer uma reflexão do alinhamento da “Lei Maria da Penha” com a vigência social de seus normativos no que tange à sua contribuição para a redução da violência simbólica doméstica e familiar em face do discurso social misógino.

2 JUSTIFICATIVA

Impende destacar que a presente pesquisa possui significativa relevância teórica e social, vez que com a edição da “Lei Maria da Penha” a violência doméstica e familiar contra a mulher passou a constituir uma das formas de violação dos direitos humanos. Neste sentido o estudo da eficácia social da referida lei se revela relevante em razão de ser um instrumento de reconstrução da episteme discursiva tradicional binária homem *versus* mulher pautada na relação de poder de dominação do masculino sobre o feminino, buscando uma igualdade material como forma de resistência e enfrentamento às várias facetas de violência simbólica sofrida pelas mulheres brasileiras.

A análise da eficácia social dos dispositivos normativos da “Lei Maria da Penha” contribuirá para despertar na sociedade, em especial nos que exercem a função legiferante e da aplicação do direito, um alerta sobre o risco da ausência de vigência social da aludida Lei, o que poderá transformá-la em legislação meramente simbólica, em virtude da falha de sua precípua função

simbólica, qual seja, a de ser uma resposta jurídica efetiva às pressões sociais, especialmente aos movimentos feministas de solução social de coibição e prevenção das práticas de violência doméstica e familiar contra as mulheres. Estas que segundo Simone Lucie Ernestine Marie Bertrand de Beauvoir (1908-1986) pertencem ao grupo de vulnerável mais simbólico e preocupante, diante do tímido sentimento de pertencimento, engajamento político-social, solidariedade, e reconhecimento da luta pelos direitos entre seus pares (BEAUVOIR, 2016, pp.15-16).

É sabido que o dualismo estabelecido pela relação de dominação de poder do masculino sobre o feminino está profundamente imbuído na estrutura social brasileira e nos “corpos” e, isso não adveio de uma simples nomenclatura verbal. Portanto, “não podem ser abolidos com um ato de magia performática- os gêneros, longe de serem simples “papéis” com que se poderia jogar à vontade estão inscritos nos corpos e em todo um universo do qual extraem sua força” (PIERRE BOURDIEU, 2002, p.47). Porém, sob essa óptica, a preocupação do presente estudo com a vigência social da “Lei Maria da Penha” servirá como norte para ressignificação da episteme tradicional do binarismo nos discursos de gêneros, e com isso, provocará uma reflexão acadêmica e social sobre a contribuição da referida legislação para a tutela dos direitos fundamentais da coletividade das mulheres em um Estado que se proclama Democrático e de Direito.

Ademais, a presente pesquisa se justifica pela transdisciplinariedade do tema, vez que devido à sua complexidade, a análise da questão jurídica proposta precisa revisitar principalmente os ensinamentos teóricos e definições advindas da Sociologia, Filosofia, História e Psicologia. Não menos importante, se faz frisar pela presente pesquisa que a eficácia social da “Lei Maria da Penha” não depende unicamente do código normativo,

juntamente com este, coexistem e se articulam variados códigos sistêmicos (político, social, cultural, psicológico e histórico) que também influem de forma significativa na vigência social da aludida lei.

3 OBJETIVOS

A presente pesquisa tem como propósito alcançar os objetivos gerais e específicos a serem abaixo delineados.

3.1 OBJETIVO GERAL

O objetivo geral do presente trabalho é verificar a [in] eficácia da “Lei Maria da Penha” para a proteção do direito fundamental da coletividade de mulheres brasileiras quanto à sua dignidade humana, mormente na realização de um estudo acerca da vigência social da Lei n.º 11.340/2006 na redução da violência simbólica doméstica e familiar em face do discurso social misógino, após quase 11 (onze) anos de sua entrada em vigor. A pesquisa se pautará numa análise crítica da referida lei quanto à sua função simbólica e na sua eventual predicação como legislação simbólica álibi e ou em sentido negativo.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Para se atingir o objetivo geral, impende detalhar os seguintes objetivos específicos:

Trabalhar o conceito de violência simbólica de Pierre Félix Bourdieu (1930-2002) e sua aplicação ao tema.

Propor a revisitação da obra cinematográfica *Cinquenta Tons de Cinza* a partir do conceito de violência simbólica desenvolvida por Pierre Félix Bourdieu (1930-2002) em sua obra *A Dominação Masculina*.

Desenvolver o conceito de legislação simbólica apresentado por Marcelo Neves (2007) com a descrição de suas modalidades e demonstração dos efeitos da legislação simbólica sobre os seus destinatários.

Correlacionar a violência simbólica doméstica e familiar vivenciada pelas mulheres brasileiras com o conceito de *colonialidade*.

Resignificar a episteme tradicional do binarismo nos discursos de gênero.

Levantar dados empíricos sobre o atual estado de implementação da rede de atendimento integral às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar nas unidades federativas brasileiras.

Comparar através de dados estatísticos a situação da violência doméstica e familiar no Brasil antes e após a edição da “Lei Maria da Penha”, período a ser temporalmente delimitado a partir dos anos 2000.

Fazer uma breve análise do conceito de direito coletivo e sua relevância na garantia dos direitos fundamentais das mulheres vista como pertencente a uma coletividade.

Realizar estudo particularizado junto à Vara Criminal da Comarca de Igarapé/MG acerca da média anual de processos julgados por violência doméstica e familiar e, conseqüentemente, realizar análise quantitativa do número de processos julgados por violência física, psicológica, moral, sexual e ou patrimonial.

4 DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA TEÓRICO

É possível observar que os aspectos problemáticos que envolvem a questão da Violência Doméstica e Familiar contra as mulheres brasileiras têm sido debatidos e discutidos pela sociedade civil e pela comunidade internacional, sendo amplamente explorados pela mídia, principalmente no que concerne à promulgação de uma Lei que visa combatê-la e coibí-la, cuja função simbólica e o grau de hipertrofia da sua [in]eficácia social, após quase 11 (onze) anos de vigência, inspira a realização do presente estudo.

Questiona-se a eficácia da “Lei Maria da Penha” para a proteção do direito fundamental da coletividade das mulheres brasileiras quanto à sua dignidade humana. Com ênfase na perquirição acerca da vigência social da lei e sua respectiva contribuição na redução da violência simbólica doméstica e familiar em face de uma sociedade brasileira fortemente influenciada pelo discurso social misógino.

Deste modo, a pergunta central a ser desenvolvida no presente trabalho é: a “Lei Maria da Penha” pode ser considerada uma legislação simbólica?

O processo de edição de uma lei especializada no combate à violência doméstica e familiar contra as mulheres no Brasil foi tardio, recheado de manifestações e acalorados debates político-jurídicos e sociais, mormente, influenciado por pressões sociais advindas de variados grupos e movimentos de gêneros, cujos participantes protestaram pelo descaso do Estado frente à problemática da violência contra as mulheres, principalmente no âmbito doméstico e familiar.

Entre os anos de 2003 a 2006 pipocaram no cenário social brasileiro reivindicações feministas, seja de forma individual ou por intermédio de organizações não governamentais ou entidades civis, almejando à promulgação de uma lei novel que tratasse com devido respeito jurídico a questão da violência familiar e doméstica contra a mulher no Brasil.

Então, diante da pressão social e do clamor público por uma legislação especial que abordasse a questão de gênero, o Presidente do Brasil sancionou em 07 agosto de 2006 a Lei de nº 11.340/2006 que entrou em vigor em 22 de setembro daquele mesmo ano, em meio à ratificação pelo Estado Brasileiro da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, o Protocolo Facultativo à Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, além das recomendações da Corte Interamericana de

Direitos Humanos em relação ao caso *Maria da Penha Maia Fernandes*, cujo Relatório de nº 54/2001, retratou a ineficácia judicial no combate à violência doméstica e familiar contra as mulheres, recomendando o Estado Brasileiro à adoção de medidas mais rigorosas na coibição de violência doméstica e familiar contra as mulheres, entre elas a necessidade de criação de uma lei específica para este fim.

Em Sessão Solene no Palácio do Planalto à senhora *Maria da Penha Maia Fernandes* foi homenageada se tornando o símbolo personificado dos objetivos e metas perseguidos com a promulgação da Lei nº 11.340/2006.

Ainda sobre a Lei nº 11.340/06 intitulada como “Lei Maria da Penha” cuja nomenclatura está carregada de conteúdo simbólico, não se pode alijar que como dito alhures, provêm de um anseio da sociedade civil, mormente dos movimentos de gêneros, como também da pressão internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos pela criação de uma lei mais combativa à violência contra mulheres. Após a questão da violência doméstica e familiar sofrida pelas mulheres brasileiras adquirir reflexo transnacional, se deu origem a uma atividade legiferante voltada não apenas para sua função instrumental normativo-jurídico, mas notoriamente para satisfação de finalidades políticas ideológicas a fim de satisfazer à pressão social (interna e externa), sem que houvesse um planejamento sólido com intuito de conceber vigência social aos institutos jurídicos nela dispostos.

Nesses termos com a promulgação da “Lei Maria da Penha”, o Estado revolucionou o fenômeno da jurisdicionalização das relações familiares, especialmente por intervir em casos de conflitos domésticos e familiares de violência contra mulher. Dentre outras medidas, passou a criminalizar e punir as condutas violentas contra mulheres com mais severidade, previu a criação de uma justiça especializada, além de introduzir em seu rol

normativo a necessidade de políticas públicas que visem coibir, prevenir e erradicar a violência doméstica familiar.

No entanto, por toda a trajetória legislativa, traz-se certa inquietude o fato desse Diploma Legal provir de uma insatisfação popular perante reiterado descaso do poder público, em seus três poderes no enfrentamento da questão da violência doméstica e familiar contra a mulher, culminando na necessidade de levar essa questão à Corte Interamericana de Direitos Humanos para que o Estado Brasileiro adotasse medidas legais frente a esse problema social, que há anos se arrastava diante de uma sociedade arraigada em uma cultura fortemente misógina.

Ressalta-se que a Convenção “Belém do Pará” nome atribuído à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, promulgada em 06 de junho de 1994 pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo de nº 107/1995, de 1º de setembro e ratificada em 27 de novembro de 1995. A importância de tal Convenção para a análise do presente estudo se pauta por ser o primeiro ato normativo que trouxe para o ordenamento jurídico pátrio a definição de violência contra mulher.

Percebe-se, em rasa leitura, que o ordenamento jurídico brasileiro ratificou a “Convenção de Belém do Pará” em 1995, sendo que esta já previa ao Estado Brasileiro recomendações para adoção de medidas jurídicas visando à coibição e prevenção da violência contra as mulheres brasileiras. Ocorre que somente depois de uma década é que o Congresso Nacional, pressionado pelos movimentos populares e feministas, com recebimento de inúmeras cartas e abaixo-assinados em virtude da repercussão do caso de violência sofrida pela bioquímica Maria da Penha Maia Fernandes, promulgou a Lei nº 11.340/2006 “Lei Maria da Penha”, o que denota ter sido esta lei editada muito mais para conter o clamor

público, por isso de viés de legislação simbólica álibi, do que por ser advinda de uma preocupação genuína dos parlamentares em se fazer cumprir as recomendações contidas na supracitada Convenção.

A promulgação de uma lei especializada em combate à violência doméstica e familiar pode ser analisada como uma solução paliativa, simbólica e imediata para resolução dos conflitos históricos de dominação entre gêneros, servindo a atividade legiferante como um verdadeiro álibi dos parlamentares perante a sociedade civil e comunidade internacional que lhe exigiam uma reação contra a patente violação dos direitos humanos das mulheres vítimas das mais variadas formas de violência doméstica e familiar.

Nesse condão, o problema reside não apenas na criação de uma legislação específica no combate à violência doméstica e familiar, ele se funda, principalmente, no reconhecimento social de sua vigência por aqueles que a criou, a aplica e por seus destinatários.

A eficácia da “Lei Maria da Penha”, por várias vezes é restringida, tendo em vista a herança histórica e cultural de uma sociedade brasileira patriarcal e misógina, representada em sua grande parte por governantes poucos engajados na adoção de políticas compensatórias (ações afirmativas) capazes de acelerar o processo rumo à igualdade entre homens e mulheres.

Nesse viés, tratar-se-á “Lei Maria da Penha” como legislação simbólica em sentido negativo pela indigência da concretização normativa dos dispositivos legais concernentes à criação e manutenção de uma rede integral de atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, especialmente pela ínfima existência de Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar, Núcleos especializados da Defensoria Pública e Promotoria da mulher, Delegacias especializadas no atendimento às mulheres vítimas de agressão doméstica e

familiar, Centros de acolhimento, Abrigos e Centros de recuperação do agressor, que quando existentes, se concentram nos grandes centros urbanos, deixando sem concretude normativa às mulheres destinatárias da “Lei Maria da Penha” que vivem inseridas em uma realidade interiorana, muitas das vezes, envolta em um ranço cultural patriarcal. O que resulta no entendimento de Marcelo Neves (2007) em hipertrofia da função simbólica em detrimento da função jurídico-instrumental da norma.

De outro lado, a “Lei Maria da Penha” tomada no sentido de legislação simbólica também se releva pelo bloqueio permanente e estrutural da concretização de seus programas normativos voltados à necessidade de implementação de políticas públicas para coibição e prevenção da violência doméstica e familiar contra mulher, pela intromissão de outros códigos sistêmicos e por determinações do "mundo da vida", de tal maneira que, no plano legislativo, ao código "licito/ilícito" sobrepõem-se outros códigos-diferença orientadores da ação e vivências sociais (NEVES, 2007).

Importante pontuar que são quase onze anos de vigência de “Lei Maria da Penha” e embora tenha como objetivo principal a erradicação da violência doméstica e familiar contra as mulheres, todavia, trata-se de um texto normativo que sem a contribuição e articulação com outros códigos-sistêmicos, tais como a atuação política e social na efetiva coibição da violência, não passará de “letra morta”, não podendo o poder normativo deixar de interagir de forma articulada com os variados e complexos códigos sistêmicos que permeiam a questão da violência de gênero, sob pena de fadar a “Lei Maria da Penha” ao insucesso de sua função simbólica, qual seja a de erigir a violência doméstica e familiar contra as mulheres à categoria de uma das formas de violação dos direitos humanos.

Diante de um assunto tão complexo, envolvendo a questão da violência de gênero no Brasil, o legislador se

olvidou que as leis por si só não são capazes de transformarem à realidade social. A facticidade e a simbologia da violência doméstica e familiar contra a mulher permeiam-se de outros critérios, tais como socioeconômicos, políticos, históricos e culturais, que coexistentes e articulados, são indispensáveis à eficácia social da “Lei Maria da Penha”.

Igualmente, o presente estudo está adequado à linha de pesquisa 1 por restar evidenciado de que se trata de análise diretamente ligada a proteção do direito fundamental da coletividade das mulheres quanto à sua dignidade humana, por intermédio do estudo da eficácia da “Lei Maria da Penha” como mecanismo normativo de coibição e prevenção da violência doméstica e familiar contra as mulheres.

5 MARCO TEÓRICO

O presente trabalho busca no princípio fundamento da dignidade humana sua expressão última, vez que este consiste na concepção de que:

[...] o ser humano não pode ser subordinado ao tratamento reservado aos objetos. Ele é o protagonista de toda a relação social, e nunca pode ser sacrificado em homenagem a alguma necessidade circunstancial ou, mesmo a propósito da realização de fins últimos de outros seres humanos ou de uma coletividade indeterminada. Não há valor equiparável ou superior à pessoa humana, que é reconhecida com integridade, abrangendo tanto aspectos físicos como também seus aspectos imateriais. A dignidade relaciona-se com a integridade do ser humano, na acepção de um todo insuscetível de redução, em qualquer de seus aspectos fundamentais [...](JUSTEN FILHO, 2011, p. 146).

Nesse condão, a edição da “Lei Maria da Penha” serviu como mecanismo de proteção coletiva às mulheres para a garantia de sua dignidade humana ao erigir à violência doméstica e familiar contra as mulheres à categoria de violação dos direitos humanos e ao enfatizar a responsabilidade do Estado e da sociedade civil em dar concretude a tal princípio por intermédio de políticas públicas visando à implementação da rede integral de atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, somado a isso, a punição mais severa aos agressores de mulheres no âmbito doméstico e familiar.

Com a edição da “Lei Maria da Penha” o ordenamento jurídico pátrio concedeu amplitude ao termo “interesse comum” que segundo Nancy Fraser (1996, pp.128-129) um tema deixa de ser tratado apenas no âmbito privado, restrito a um grupo limitado e específico, e passa a ganhar dimensão de interesse público. Indubitável que a questão da violência doméstica e familiar contra as mulheres perpassa pelo processo de horizontalização dos direitos fundamentais (ALEXY, 2015).

Todavia, certo é que a violência doméstica e familiar no Brasil decorre da noção de *colonialidade*, expressão complexa que denota que as relações coloniais de poder atravessam as fronteiras espaços-temporais e por vezes se mantém impregnada nas relações sociais modernas.

Muitos pensadores provenientes de diversas áreas refletiram ou refletem sobre a colonização como um grande evento prolongado e de muitas rupturas, e não como uma etapa histórica já superada. A colonização não diz respeito apenas à administração colonial direta sobre determinadas áreas do mundo, mas refere-se a uma lógica de dominação, exploração e controle que inclui a dimensão do

conhecimento, do conhecimento sobre gênero e sexualidade e também do conhecimento jurídico, como o ocorrido no Brasil. Neste sentido, fala-se em colonialidade e não apenas colonialismo. A palavra colonialidade é empregada para chamar a atenção sobre o lado obscuro da modernidade, assim fala-se em modernidade/colonialidade (SPAREMBERGER, 2016, pp.157-158).

Para uma análise contextualizada, trazemos à tona a obra “Histórias Íntimas” de Mary Del Priore (PRIORE, 2011, 256p), a historiadora narra a evolução da sexualidade do povo brasileiro do descobrimento do país até os dias de hoje, demonstrando que a noção de intimidade e sexualidade foram sofrendo transformações ao longo do tempo, tendo por influência questões sociais, culturais, políticas, jurídicas e sociais, transpassando de um assunto proibido para um dos mais comentados hodiernamente.

No presente estudo também será objeto de análise o discurso tradicional binário homem *versus* mulher que distribui as relações de poderes na estrutura social de forma assimétrica, colocando a mulher em situação simbólica de subalterna, de o “outro sexo”, frente à dominação masculina, que por diversas vezes, se impõe através da violência simbólica por meio da superioridade forjada na construção histórico social que justifica as diferenças entre o masculino e feminino por um discurso de poder que “naturaliza-se” nos elementos biológicos, resultando na coisificação da mulher nas estruturas sociais, em um sistema patriarcal vicioso e misógeno.

Para tanto, utilizar-se-á do diálogo das fontes entre autores de literatura de gênero como Guacira Loro “[...] não negaram que o gênero se constitua com ou sobre corpos sexuados, negando o caráter biológico, mas enfatizando deliberadamente, a construção social e

histórica produzida sobre os caracteres biológicos [...]” (LOURO, 2007, p.22).

Ademais, sobre a condição de “outro sexo” que em muito sustenta a dominação masculina sobre o feminino, e ainda robustece a prática de violência simbólica, temos os ensinamentos de Simone de Beauvoir -1930 a 1986 ao aduzir que “ o sujeito só se põe em se opondo: ele pretende afirmar-se como essencial e fazer do outro o inessencial, o objeto. A fêmea é o inessencial perante o essencial. O homem é o sujeito , o Absoluto ; ela é o Outro (BEAUVOIR, 2016, pp.13- 14).

Também, a justificar a relação de poder assimétrica entre o masculino e o feminino têm-se que “esse processo de distinção terá alguma força normativa, e de fato, alguma violência, pois ele pode construir apenas através do apagamento; ele pode limitar uma coisa apenas através da imposição de um certo critério , de um princípio de seletividade .” (BUTLER, 2000, p. 160).

No mesmo sentido:

[...] Em nossa sociedade a norma que se estabelece, historicamente, remete ao homem branco, heterossexual, de classe média-urbana e cristão e essa passa a ser a referência que não precisa mais ser nomeada. Serão os “outros” sujeitos sociais que se tornarão marcados, que se definirão e serão denominados a partir dessa referência. Desta forma a mulher é representada como o “segundo sexo” e gays e lésbicas são descritos como desviantes da norma heterossexual [...] (LOURO, 2000, p. 12).

Sobre o conceito de violência simbólica trabalhar-se-á com a definição desenvolvida pelo sociólogo Pierre Félix Bourdieu –1930-2002:

[...] Por conseguinte, a representação androcêntrica da reprodução biológica e da reprodução social se vê investida da

objetividade do senso comum , visto como senso prático, dóxico, sobre o sentido das práticas . E as próprias mulheres aplicam toda a realidade e, particularmente, às relações de poder em que se vêem envolvidas esquemas de pensamento que são incorporação dessas relações de poder e que se expressam nas oposições fundantes da ordem simbólica, por conseguinte, seus atos de conhecimento são exatamente por isso, atos de reconhecimento prático , de adesão dóxica, crença que não tem que se pensar e se afirmar como tal e que se “faz”, de certo modo a violência simbólica que ela sofre [...] A violência simbólica se institui por intermédio da adesão que o dominado não pode deixar de conceder ao dominante (e, portanto, à dominação) quando ele não dispõe, para pensá-la e para se pensar , ou melhor , para pensar sua relação com ele, mais que de instrumentos de conhecimento que ambos têm em comum e que não sendo mais que a forma incorporada da relação de dominação, fazem esta relação ser vista como natural [...] (BORDIEU , 2002, p.45-47) .

Na mesma linha:

A ação das mulheres nunca passou de uma agitação simbólica; só ganharam o que os homens concordaram em lhes conceder; elas nada tomaram; elas receberam. Isso porque não tem meios concretos de se reunir em uma unidade que se afirmaria opondo. Não tem passado, não tem história nem religião própria ; não tem como os proletariados , uma solidariedade de trabalho e interesses; não há sequer entre elas essa promiscuidade espacial que se faz dos negros dos E.U.A, dos judeus dos guetos dos operários de Saint-Denis ou das fabricas Renault uma comunidade.

Vivem dispersas entre homens, ligadas pelo *habitat*, pelo trabalho, pelos interesses econômicos, pela condição social a certos homens- pai ou marido- mais estreitamente do que a outras mulheres [...] o laço que as une a seus opressores não é comparável a nenhum outro [...] (BEAUVOIR, 2016, pp.15-16).

Em franca relação com o tema proposto, será trabalhado o conceito de violência simbólica de Pierre Félix Bourdieu -1930-2002, que enfatiza a dificuldade da realização de uma revolução simbólica em que as mulheres passem a assumir uma posição de sujeito nas relações sociais. A dominação masculina e a violência simbólica imprimem efeitos perduráveis sobre os “corpos”, e segundo BOURDIEU (2002, p.73) por estarem profundamente enraizados nas estruturas sociais não podem ser abolidos com um ato de magia performática. Nesse mesmo sentido, “mesmo que direitos lhe são abstratamente reconhecidos, um longo hábito impede que encontrem nos costumes sua expressão concreta” (BEAUVOIR, 2016, p. 17).

Segundo BOURDIEU (2002) a violência simbólica se compraz indubitavelmente no espaço doméstico e familiar.

Realmente, creio que, se a unidade doméstica é um dos lugares em que a dominação masculina se manifesta de maneira mais indiscutível (e não só através do recurso à violência física) o princípio da perpetuação das relações de forças materiais e simbólicas que aí se exercem se coloca essencialmente fora desta unidade, em instancias como a Igreja, a Escola ou o Estado e em suas ações propriamente políticas, declaradas ou escondidas , oficiais ou oficiosas[...] (BOURDIEU, 2002, p138).

Assim, trabalhando todos os autores já expostos e outros a surgirem oportunamente ao longo da pesquisa, tem-se que a “Lei Maria da Penha” foi editada como uma resposta do Estado de enfrentamento à questão da violência doméstica e familiar vivenciada pelas mulheres brasileiras. Porém, o presente estudo tem como primeiro questionamento o fato dessa Lei ter sido promulgada mais para atender aos anseios da comunidade internacional e das pressões sociais civis, mormente pelos grupos feministas com o apoio da mídia, do que para efetivamente tratar a questão da violência doméstica e familiar sob a égide normativa e sua conseqüente eficácia social.

Tanto a Câmara quanto o Senado, a mobilização da Sociedade foi muito grande. As duas casas receberam diversas correspondências cobrando dos parlamentares a aprovação desta lei, demonstrando, dessa forma, o quanto a sociedade precisava e almejava uma legislação que findasse a bárbarie vivenciadas por muitas brasileiras. (CALAZANS, Myllena; CORTES , Iáris, 2011, p54).

Para isso, será estudado o conceito de legislação simbólica, principalmente a legislação *álibi* apresentada pelo autor Marcelo Neves (2007).

[...] Considerando-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico [...] A referência deontico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência

político-valorativa ou “político-ideológica”. (NEVES, 2007, pp.30-31).

Ainda, sobre Legislação Simbólica Álibi, dispõe o teórico:

Objetivo da legislação simbólica pode ser também fortificar “a confiança dos cidadãos no respectivo governo ou , de um modo geral , no Estado”. Nesse caso, não se trata de confirmar valores de determinados grupos, mas sim de produzir confiança nos sistemas político-jurídico. O legislador, muitas vezes sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos , sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas. A essa atitude referiu-se Kindermann com a expressão “legislação-álibi. Através dela o legislador procura descarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos. (NEVES, 2007, pp.36-37).

Como também, no presente estudo será realizada análise da eficácia social da “Lei Maria da Penha” após mais de uma década de vigência legal, através da apreciação de dados empíricos provenientes de instituições sérias, oficiais e academicamente reconhecidas sobre o atual grau de implementação da rede de atendimento integral as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar pelo poder publico nas unidades federativas, e, por meio de estudo quantitativo anual de julgados na Vara Criminal da Comarca de Igarapé quanto aos casos processados pela “Lei Maria da Penha” e as diversas

formas de manifestação de violência nos presentes julgados. Do resultado obtido se fará uma correlação com a teoria da *Constitucionalização Simbólica em sentido negativo* apresentada por Marcelo Neves (2007).

[...] Nas palavras da metódica normativo-estruturante, não há uma integração suficiente entre o programa normativo (dados linguísticos) e âmbito ou domínio normativo (dados reais) [...] Ao texto constitucional não corresponde normatividade concreta nem normatividade materialmente determinada, ou seja, dele não decorre, de maneira generalizada, norma constitucional como variável influenciadora-estruturante e, ao mesmo tempo, influenciada estruturada pela realidade a ela coordenada [...] Os procedimentos e argumentos especificamente jurídicos não teriam relevância funcional em relação fatores do ambiente [...] (NEVES, 2007, pp. 92-93).

Complementa o autor:

[...] A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de selecionar os problemas da sociedade. Entretanto, é evidente que as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, pois as variáveis normativo-jurídicas defrontam –se com outras variáveis orientadas por outros códigos e critérios sistêmicos. A solução dos problemas da sociedade depende da interferência de variáveis não normativo-jurídicas. Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação – álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações

sociais não sejam realmente normatizadas de maneira conseqüente conforme o respectivo texto legal [...] (NEVES, 2007, p.39).

Há uma necessidade latente de uma análise empírica acerca da concretização social dos institutos jurídicos que prescrevem o dever do poder público em garantir a dignidade humana da coletividade de mulheres, não podendo o poder normativo deixar de interagir de forma articulada com os variados e complexos códigos sistêmicos que permeiam a questão da violência de gênero, sob pena de fadar a “Lei Maria da Penha” ao insucesso de sua função simbólica, qual seja a de erigir a violência doméstica e familiar contra as mulheres à categoria de uma das formas de violação dos direitos humanos.

Nessa esteira, a reconstrução do discurso dual feminino *versus* masculino vai além da imposição de código normativo para coibição da violência doméstica e familiar. Necessário que se busque um sistema normativo capaz de coexistir e influir em outros códigos sistêmicos como o político, histórico, social e cultural que, muitas das vezes, atuam como pilares de sustentação da violência simbólica contra a mulher e justificam a dominação masculina.

Só uma ação política que leve realmente em conta todos os efeitos da dominação que se exercem por meio da cumplicidade objetiva entre as estruturas incorporadas (tanto entre as mulheres quanto entre os homens) e as estruturas de grandes instituições em que se realizam e se reproduzem não só a ordem masculina, mas também toda a ordem social (a começar o Estado estruturado em torno da oposição entre sua mão direita, masculina, e sua mão esquerda, feminina. E a Escola, responsável pela reprodução

efetiva de todos os princípios de visão e divisão fundamentais, e organizada também em torno de oposições homólogas) poderá, a longo prazo, sem dúvida, e trabalhando com as contradições inerentes aos diferentes mecanismos ou instituições referidas, contribuir para o desaparecimento progressivo da dominação masculina. (BOURDIEU, 2002, p139).

Além de todo o exposto, o presente estudo aliando a arte cinematográfica ao direito, realizará uma análise do filme *Cinquenta Tons de Cinza*, sucesso de bilheteria no Brasil, cujo público alvo é o feminino, com sua relação ao conceito de violência simbólica desenvolvida por BOURDIEU em sua obra *A dominação masculina*.

Por fim, além dos teóricos e obras citadas a pesquisa consultará necessariamente outros autores nacionais e estrangeiros relevantes à persecução dos objetivos propostos.

6 METODOLOGIA

O tipo de pesquisa a ser desenvolvida é a teórico-bibliográfica e a documental. Utilizar-se-á da pesquisa teórico-bibliográfica através da consulta aos livros, artigos científicos, dissertações, teses e legislações comentadas, pareceres, além de outros, cujas fontes trazem discussões científicas acerca das questões a serem tratadas como parâmetro no debate do tema problema. A presente pesquisa buscará fontes bibliográficas de conhecimento científico de doutrinadores que discutem direta ou indiretamente o tema proposto.

Pretende-se também a utilização de pesquisa documental as quais serão levantadas, descritas, discutidas e inter-relacionadas com o tema problema. Essa pesquisa documental será desenvolvida por meio do estudo dos dados empíricos a serem levantados acerca do atual estado de implementação da rede integral de atendimento às

mulheres vítimas de violência doméstica e familiar nas unidades federativas brasileira; Pela busca de dados estatísticos sobre a violência doméstica e familiar contra as mulheres brasileiras antes e após a edição da “Lei Maria da Penha”, período a ser considerado a partir dos anos 2000, e, pela análise quantitativa da média anual de processos julgados com fulcro na “Lei Maria da Penha” na Vara Criminal da Comarca de Igarapé/MG, com conseqüente, apreciação desses processos quanto ao tipo de violência perpetrada, quais sejam: a física, psicológica, moral, sexual e ou patrimonial.

Ressalta-se que dados que embasarão a pesquisa serão fornecidos por entidades oficiais de reconhecida credibilidade acadêmica e institucional.

Quanto ao procedimento técnico a ser adotado, se procederá às seguintes análises:

Análise teórica: em que o tema proposto será estudado a partir das bases teóricas apresentadas pelos autores pesquisados.

Análise crítica: com o objetivo de constatar em que nível de eficácia social a “Lei Maria da Penha” se encontra para garantir a proteção do direito fundamental da coletividade das mulheres à sua dignidade humana, no que tange à redução da violência simbólica doméstica e familiar em uma sociedade fortemente influenciada por um discurso tradicional misógino.

Análise temática: que será utilizada na sistematização dos eixos temáticos de cada capítulo a fim de que dialoguem com o eixo central.

Análise interpretativa: será realizada análise interpretativa a fim de contextualizar os dados pesquisados com o desenvolvimento da dissertação.

Análise histórica: por meio da análise histórica serão exploradas questões relativas ao surgimento e desenvolvimento da “Lei Maria da Penha” que possibilitarão sua melhor compreensão.

Análise comparativa: por meio de análise comparativa será possível compreender as especificidades na aplicação do instituto sob análise em situações distintas.

O procedimento metodológico será o indutivo-dedutivo. Inicialmente a pesquisa partirá da análise da eficácia social da “Lei Maria da Penha”, partindo de uma concepção micro analítica para macro analítica, a proteção ao direito fundamental da coletividade de mulheres quanto à sua dignidade humana. Em seguida, voltará à análise de uma questão específica, qual seja, a redução da violência simbólica doméstica e familiar em face das mulheres brasileiras a partir da edição da “Lei Maria da Penha”.

7. CRONOGRAMA DE PESQUISA

Calendário de execução das atividades do Projeto e da Elaboração da Dissertação.

Atividades	JUN 17	AGO 17	SETE 18	AGO 18	SETE 19	AGO 19	SETE 20	AGO 20	SETE 21	AGO 21	SETE 22	AGO 22	SETE 23	AGO 23	SETE 24	AGO 24	SETE 25	AGO 25	SETE 26	AGO 26	SETE 27	AGO 27	SETE 28	AGO 28	SETE 29	AGO 29	SETE 30	AGO 30	SETE 31	AGO 31
Conclusão Projeto de pesquisa	X																													
Levantamento bibliográfico		X																												
1ª Versão Sumário			X																											
Conclusão Primeiras leituras e fichamento				X																										
Conclusão 1º capítulo								X																						
Conclusão 2º capítulo										X																				
Conclusão 3º capítulo											X																			
Conclusão 4º capítulo													X																	
Conclusão dissertação															X															
Correção pelo orientador																X														
Análise Final																	X													
Banca qualificadora																		X												
Entrega dissertação																										X				
Defesa dissertação																													X	

A pesquisa encontra-se com a delimitação do tema-problema concluída, bem como a problematização da hipótese científica já definida, A partir de Agosto de 2017 proceder-se-á ao levantamento bibliográfico e documental, bem como ao início das leituras imprescindíveis para o seu fichamento.

8. PRÉ-SUMÁRIO DA DISSERTAÇÃO

Pelas primeiras leituras realizadas, até o presente momento tem-se como esboço o pré-sumário da dissertação:

INTRODUÇÃO

1 DIGNIDADE HUMANA DA COLETIVIDADE DE MULHERES

1.1 A construção androcêntrica dos Direitos Humanos.

1.2 A Dignidade Humana vista como princípio-fundamento do Estado Brasileiro.

1.3 Análise da igualdade entre homens e mulheres no ordenamento pátrio, por intermédio da proteção dos direitos fundamentais das mulheres pelo viés do direito processual individual e coletivo.

1.4 Violência Doméstica e Familiar como violação dos direitos humanos.

2 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR SIMBÓLICA

2.1 A lógica discursiva tradicional da divisão binária masculino *versus* feminino: uma análise da mulher como sendo “segundo sexo”.

2.2 A estrutura social como simbólica.

2.4 O conceito sociológico de Violência Simbólica desenvolvido por Pierre Félix Bourdieu (1930-2002) e o discurso misógino de dominação masculina nas estruturas sociais.

2.5 A Revisitação da obra cinematográfica *Cinquenta Tons de Cinza* a partir do conceito de violência simbólica

desenvolvida por Pierre Félix Bourdieu (1930-2002) em sua obra *A dominação masculina*.

2.6 A violência simbólica doméstica e familiar vivenciada pela mulher brasileira e sua interligação com o fenômeno da *colonialidade*.

3 LEI MARIA DA PENHA E SUA CORRELAÇÃO COM O CONCEITO DE LEGISLAÇÃO ÁLIBI.

3.1 Breve histórico do processo político-social que culminou na edição da “Lei Maria Da Penha”.

3.2 O Conceito de Legislação Álibi apresentado por Marcelo Neves (2007).

3.3 “Lei Maria da Penha” como resposta às pressões sociais internas e internacional que exigiam do Estado Brasileiro um posicionamento jurídico de enfrentamento à questão da violência doméstica e familiar perpetrada em face da mulher brasileira.

4 A [IN] EFETIVIDADE DA “LEI MARIA DA PENHA” NO DESEMPENHO DO SEU PAPEL SIMBÓLICO.

4.1 Análise de eficácia social da “Lei Maria da Penha” após mais de uma década de vigência jurídica.

4.1.1 Atual estado de implementação da rede integral de atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar nas unidades federativas brasileiras.

4.1.2 Análise comparativa da redução da violência simbólica doméstica e familiar antes e após a entrada em vigor da “Lei Maria da Penha”, a partir da delimitação temporal dos anos 2000.

4.2 Estudo da média anual de julgados referente à Violência Doméstica e Familiar pela Vara Criminal de Igarapé/MG e conseqüente apreciação quantitativa dos casos, no que concerne ao tipo de violência praticada (física, moral, psíquica, sexual e ou patrimonial) contra vítima mulher.

4.3 A correlação entre a eficácia da “Lei Maria da Penha” e a teoria de *Constitucionalização Simbólica em Sentido Negativo* teorizada por Marcelo Neves (2007).

4.4 A desconstrução do pensamento dual homem *versus* mulher nas estruturas sociais brasileiras: a busca pela resignificação da episteme tradicional do binarismo nos discursos de gêneros.

CONCLUSÃO

REFERÊNCIAS

9. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo: fatos e mitos*. Tradução Sérgio Milliet. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. 339p.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*, tradução de Maria Helena Kuhner, 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. 139p.

BOURDIEU, Pierre. *Sur le pouvoir symbolique*. In: Annales. Économies, Sociétés, Civilisations. 32^e année, n. 3, 1977. pp. 405- 411. Disponível em :< http://www.persee.fr/doc/ahess_0395-2649-1977-num-31-3-293828> Acesso em 01 de junho 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. [Lei Maria da Penha (2006)]. *Lei Maria da Penha: do papel para a vida*. Brasília: Senado Federal,

Gabinete da Senadora Rosalba Ciarlini, 2010. 22 p. [879477] SEM

BUTLER, Judith. *Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do “sexo”* In : O Corpo Educado : Pedagogia da Sexualidade . 2.ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000, pp. 151- 165.

CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. *Brasil. Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, p. 39-63, 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Garantias judiciales en estado de emergência*. Opinião consultiva OC n. 09/87 de 06 de outubro de 1987._____. *Veslásquez Rodríguez v. Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988.

DIAS, Maria Berenice. *A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. 284 p. [882167] STF 341.556 D541 LMP.

FRASER, Nancy. *Rethinking the Public Sphere: a Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy*. IN: C. Calhoun (ed). *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: MIT Press, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. 1308p.

LOURO, Guacira Lopes. *Gênero, sexualidade e educação: Uma perspectiva pós-estruturalista*. 9.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

LOURO, Guacira Lopes. *Pedagogias da sexualidade*. In: O Corpo Educado: Pedagogia da Sexualidade. 2.ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000, pp. 07- 26.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Assembleia Geral. *Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (“Convenção Belém do Pará”)*. Belém: 06 de junho de 1994. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtua/Instrumentos/beleht>> Acesso em: 27 de maio de 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2 ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.p199.

PRIORE, Mary Del. *Histórias Íntimas: Sexualidade e Erotismo na História do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Planeta Brasil 2011.

SENADO FEDERAL, Secretaria de Políticas para as mulheres. *Rede de Enfrentamento à Violência Contra a Mulher*. Disponível em <<http://sistema3.planalto.gov.br/atendimento/mulher.php>>. Acesso em 30 de maio de 2017 .

SPAREMBERGER, L.F. Raquel. A defesa dos direitos fundamentais de gênero. In: III SEMINÁRIO INTERNACIONAL “ESTADO CONSTITUCIONALISMO

SOCIAL E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, vol. 1, 2016, Itaúna, Anais, Virtual Books, 2016, pp. 156-187, 2016.

POLÍTICA DE FECHAMENTO DE FRONTEIRAS DA UNIÃO EUROPEIA E O (DES)RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS DOS REFUGIADOS DA SÍRIA

Letícia Mirelli Faleiro Silva Bueno

1 Introdução

A Síria enfrenta desde março de 2011, uma guerra civil que já deixou milhares de mortos, além de ter destruído boa parte da infraestrutura do país e de ter propiciado a ascensão do grupo autodenominado Estado Islâmico (EI). O conflito sírio consequentemente desaguou em uma crise humanitária sem precedentes, cujos efeitos alcançam não apenas o Oriente Médio, mas, também, todo o sistema internacional, aumentando tensões, sobretudo nas fronteiras dos países receptores de refugiados sírios.

Segundo dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), a Síria se destaca como principal origem de refugiados no mundo, sendo que mais de 4 milhões de sírios deixaram o país para pedir refúgio em países como Egito, Iraque, Jordânia, Líbano e Turquia. (ACNUR, 2016).

Em razão do grande número de refugiados abrigados pelos países vizinhos da Síria, iniciou-se um processo de restrição à entrada desses solicitantes de refúgio, os quais passaram a ir em direção à Europa em busca de proteção. Entre os meses de abril de 2011 e dezembro de 2015, mais de 800 mil sírios pediram refúgio em 37 países da Europa. (ACNUR, 2016).

Até o mês de março de 2016, o ACNUR contabilizou a chegada de mais de 50 mil refugiados sírios

à Europa, os quais entraram e continuam entrando nesses países atravessando o Mediterrâneo e pela rota dos Bálcãs. (ACNUR, 2016).

Nesse contexto, iniciaram-se amplos debates no seio da união Europeia, aumentando sobremaneira tensões desse bloco. Uma das respostas europeias à elevação do número de pleiteantes de refúgio, foi a articulação de mecanismos que tornassem o bloco menos atrativo para os refugiados, como a edição de leis que permitem o confisco de bens não essenciais, a limitação da entrada de solicitantes de refúgio, o limite de familiares beneficiados pelo direito de reagrupamento familiar e a eliminação de ajuda financeira.

O mecanismo de maior destaque, não obstante, é o acordo firmado entre a União Europeia e a Turquia, o qual visa a conter a entrada de refugiados, eis que a Europa alega não possuir condições de recebê-los, sendo esta a justificativa basilar para a assinatura deste documento, que se encontra em vigor desde o mês de março de 2016, gerando discussões e polêmicas em todo o mundo.

Antes mesmo da assinatura do referido acordo, a União Europeia adotou a postura de instituir barreiras físicas e jurídicas como forma de dificultar o ingresso dos refugiados dentro do bloco, seja por meio de instalação de muros nas fronteiras, bem como mediante edição de leis as quais restringem os direitos dos refugiados como anteriormente explicitado.

Em que pese as barreiras criadas anteriormente serem distintas das instituídas em decorrência do acordo entabulado entre União Europeia e a Turquia, ambas são parte de um mesmo processo de fechamento de fronteiras, no entanto, o enfoque da presente pesquisa, é discutir as estratégias contidas no supra mencionado acordo, as quais denomino nesse trabalho, como sendo “barreiras”.

Segundo o acordo firmado e vigente, todos os migrantes irregulares que cheguem à Grécia pela Turquia

serão devolvidos ao território turco, sendo o custo com esta devolução arcado pelo bloco. Pelo acordo, a União Europeia se compromete a receber um sírio já reconhecido como refugiado pela Turquia para cada sírio devolvido à Turquia, até o número de 72 mil pessoas. Após a entrada desse número de sírios na União Europeia, novas negociações devem ser empreendidas.

Em contrapartidas, a União Europeia pagará à Turquia 3 bilhões de euros, ao longo dos anos de 2016 e 2017, para que este país controle o fluxo de refugiados que tentam entrar na Grécia pelo mar Egeu. O controle será reforçado mediante patrulhamento feito por uma missão da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), bem como pela agência de segurança de fronteiras do bloco, Guarda Europeia das Fronteiras (EBCG) recém inaugurada em substituição à Agência de Proteção das Fronteiras Europeias.

Outra exigência feita pela Turquia para aderir ao acordo foi a aceleração do processo de adesão do país à União Europeia, cujas negociações se iniciaram no ano de 2005.

No entanto, os países europeus, os quais em razão de sua adesão à Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto dos Refugiados, também conhecida como Convenção de Genebra de 1951, são obrigados a receber todo indivíduo que se enquadre na categoria de refugiado.

Além disso, uma vez concedido o *status* de refugiado, fica o requerente amparado pelo Estatuto dos Refugiados de 1951, não podendo ser devolvido injustificadamente para o país onde já sofreu ou possa sofrer qualquer tipo de perseguição capaz de ameaçar ou violar os seus direitos reconhecidos, em observância ao princípio do *non-refoulement* ou “não devolução”.

As opiniões se dividem quanto ao tema a ser pesquisado e diante desta desarmonia, a presente pesquisa pretende averiguar se o acordo assinado entre União

Europeia e Turquia viola a Convenção de 1951 e seu Protocolo de 67.

2 Justificativa

O instituto jurídico do refúgio apesar de ter se despontado de maneira pujante no ano de 1945, em razão da Segunda Guerra Mundial, ainda nos dias de hoje tem se apresentado como um problema humanitário de ordem pública e portanto, é de grande importância discutir esse tema atual, sobretudo em razão do crescente número de pessoas que se vêem obrigadas a deixarem seus países em busca de proteção por motivos cada vez mais diversos (pessoas que fogem de guerras, por problemas ambientais, violação generalizada de direitos humanos, etc).

Essa temática possui grande relevância teórica, sobretudo para a ciência do direito, pois é a partir de um aprofundamento científico sobre este assunto que se poderá identificar possíveis problemas existentes e conseqüentemente se outorgar uma maior proteção normativa a essas minorias denominadas refugiados.

Além do mais, o tema a ser pesquisado é de grande relevância prática, uma vez que ultrapassa a esfera acadêmica, ao passo que essa discussão científica atinge o ponto de vista social e coletivo, sobretudo o seu público alvo, que são os próprios refugiados.

Optou-se pelo enfoque nos sírios haja vista que estes ocupam o *ranking* de refugiados no mundo e, além disso, são os maiores afetados pelo acordo celebrado entre a União Europeia e a Turquia.

As opiniões de juristas, pesquisadores, organizações internacionais e da sociedade de um modo geral se divergem, e não há na literatura da área uma obra definitiva e concisa sobre os inúmeros dilemas que envolvem o tema, tampouco há uma resolução consensual para este problema.

Embora tenham ocorrido alterações no cenário dos refugiados, a crise permanece. Desta forma, a presente pesquisa justifica-se pelo alto grau de importância de se estudar um tema problemático, que é uma realidade no contexto mundial.

/3 Objetivos

3.1 Objetivo geral

Analisar o acordo assinado entre a União Europeia e a Turquia, o qual estabelece mecanismos para restringir a entrada de refugiados nos países europeus, e investigar se este documento transgredir os compromissos assumidos pelos países da Europa na condição de signatários da Convenção de 51 relativa ao Estatuto dos Refugiados e seu Protocolo de 67.

3.2 Objetivos específicos

- Analisar todo arcabouço jurídico que regulamenta e tutela o instituto do refúgio a nível global, regional e no direito interno, notadamente, leis, tratados, convenções, acordos e protocolos;
- Avaliar a Declaração assinada entre União Europeia e Turquia e identificar se ela foi elaborada de acordo com a Convenção de 1951 e seu protocolo de 1967, respeitando-se os direitos garantidos aos refugiados;
- Apurar se a Declaração UE-Turquia ofende o ordenamento jurídico de proteção dos refugiados, e sendo este o caso averiguar se é possível por parte do Estado ofensor, aventar alguma excludente de ilicitude a ser aplicada;

- Investigar se as possíveis excludentes de ilicitude aplicáveis ao caso concreto serão capazes de reverter uma eventual responsabilidade internacional dos Estados envolvidos;
- Sopesar os direitos garantidos aos refugiados através dos documentos globais, regionais e internos de proteção, frente aos interesses econômicos, sociais e culturais dos países europeus.

4 Metodologia

O tipo metodológico a ser utilizado ao longo da pesquisa será o bibliográfico, mediante consulta em doutrinas e artigos científicos específicos do tema, através de uma revisão de literatura baseada na releitura dos principais doutrinadores que versam sobre a temática proposta.

Será realizada ainda, uma pesquisa documental através de uma análise interpretativa e aprofundada em todo arcabouço jurídico que rege esse tema, notadamente nos tratados, convenções, leis e julgados, elegendo como objeto de pesquisa a situação dos refugiados a nível global, regional e no direito interno.

Será procedida uma análise teórica, interpretativa, histórica, qualitativa e quantitativa acerca do instituto jurídico do refúgio, inclusive mediante apresentação de dados estatísticos apurados pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR).

O procedimento metodológico a ser adotado será o dedutivo, partindo-se de uma concepção macroanalítica acerca do instituto jurídico do refúgio, para uma concepção microanalítica, notadamente em observância ao acordo assinado entre União Europeia e Turquia.

5 Referencial teórico

Nesta etapa do projeto destacar-se-á alguns doutrinadores que darão suporte bibliográfico no decorrer da pesquisa a ser desenvolvida, os quais tem real importância no tocante a temática proposta.

Mazzuoli (2016) destaca que os refugiados tem recebido maior atenção do direito internacional a partir da década de 1920, em razão da Primeira Guerra, intensificando-se sobretudo a partir da Segunda Guerra Mundial.

De fato, o deslocamento de milhares de pessoas na Europa, especialmente durante o segundo período, tanto para fugir do regime nazista, quanto para servir de mão de obra escrava para as potências em guerra, culminou na preocupação da sociedade internacional em estabelecer um sistema de proteção para os deslocados, inspirando toda uma normatização protetiva a partir de então. (MAZZUOLI, 2016, p. 134).

Nesse sentido é importante mencionar que o direito dos refugiados é regulamentado tanto pelo direito internacional público, como também pelo direito interno de vários Estados, os quais utilizam como pilar a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967.

Em razão do crescente número de pessoas em condição de refúgio ao redor do mundo, os países, ainda que signatários da Convenção de 1951 e de seu Protocolo de 67, têm criado resistência em receber em seu território os refugiados, conforme abordado acima, sobretudo no tocante a resistência desempenhada pelos países europeus. Nesse sentido, Silva Junior (2015), afirma:

Neste contexto, o direito internacional dos refugiados passa a lidar com problemas novos, que fogem do padrão até então comum de mera análise da subsunção dos casos concretos aos requisitos previstos na Convenção de 1951, ao mesmo tempo em que a vontade política dos Estados em receber novos refugiados diminui. Da conjugação de tais fatores, resultam diversas políticas públicas que têm como objetivo principal a repulsão de migrantes e a proteção das fronteiras, violando as obrigações contraídas internacionalmente. (SILVA JÚNIOR, 2015, p.78).

Por outro lado, Bobbio (2004) aduz que os direitos sociais são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade e, igualmente, que a proteção internacional é mais difícil de ser exercida do que a proteção interna. Em que pese existirem inúmeros compromissos quanto à proteção dos direitos do homem, as realizações nesta área ainda são parcas.

[...] uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas se torna cada vez mais difícil. Os direitos sociais como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade. Mas sabemos todos, igualmente, que a proteção internacional é mais difícil do que a proteção no interior de um Estado, particularmente de um Estado de direito. Poder-se-iam multiplicar os exemplos de contraste entre as declarações solenes e sua consecução, entre a grandiosidade das

promessas e a miséria das realizações. Já que interpretei a amplitude que assumiu atualmente o debate sobre os direitos do homem como um sinal do progresso moral da humanidade, não será inoportuno repetir que esse crescimento moral não se mensura pelas palavras, mas pelos fatos. De boas intenções o inferno está cheio. [...] Refletindo sobre o tema dos direitos do homem, pareceu-me poder dizer que ele indica um sinal do progresso moral da humanidade. Mas é esse o único sentido? Quando reflito sobre outros aspectos de nosso tempo - por exemplo, sobre a vertiginosa corrida armamentista, que põe em perigo a própria vida na Terra -, sinto-me obrigado a dar uma resposta completamente diversa. [...] Com relação as grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder. (BOBBIO, 2004, p. 60).

A partir do contexto das obras acima mencionadas será desenvolvida a pesquisa que aqui se propõe, a qual também se baseará em todas as referências apresentadas abaixo.

6 Cronograma

O cronograma de execução deste projeto de pesquisa se dividirá da seguinte forma:

z	JUN/2017	AGO/ 2017	OUT/2017	FEV/ 2018	JUN/2018	SET/2018	JAN/2019	JUN/2019
Conclusão do projeto	X							
Levantamento bibliográfico		X						
Confeção da primeira versão do sumário			X					
Conclusão das primeiras leituras / fichamentos				X				
Conclusão do primeiro capítulo da dissertação					X			
Conclusão do segundo capítulo da dissertação						X		
Conclusão da dissertação							X	
Defesa								X

Referências

ACNUR. *Global Trends: Forced Displacement in 2015*. Disponível em <http://www.unhcr.org/576408cd7.pdf>. Acesso em 25 abr. 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ANDRADE, José Henrique Fischel de. *Direito internacional dos refugiados: evolução histórica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ANDRADE, José Henrique Fischel de. Guerra Fria e Refugiados: da gênese política do ACNUR e da Convenção de 1951. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ANNONI, Dannielle; VALDES, Lysian Carolina. *O direito internacional dos refugiados e o Brasil*. Curitiba: Juruá, 2013

APPIO, Eduardo. *Direito das minorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

BRASIL. *Lei 9.474, de 22 de julho de 1997*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm. Acesso em 17 abr. 2017.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado do direito internacional dos direitos humanos*. Volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Volume I. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CONSELHO EUROPEU. *Declaração UE-Turquia, 18 de março de 2016*. Disponível em <http://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/>. Acesso em 06 mar. 2017.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Refúgios e refugiados climáticos. In: *Revista brasileira de direitos humanos*. São Paulo: Lex Magister, 2013.

GUSTIN, Miracy B. S. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013.

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

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. O reconhecimento do refugiado no Brasil no início do século XXI. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seus impactos nas Américas*. 1. ed. Brasília: ACNUR; Ministério da Justiça, 2010.

LIGA DAS NAÇÕES. *Pacto da Liga das Nações de 1920*. Disponível em http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/PACTO_DA_SOCIEDADE_DAS_NACOES.pdf. Acesso em 29 abr. 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (2016). *Curso de direito internacional público*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (2016a). *Curso de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016.

ONU. *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Disponível em http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 20 mar. 2017.

ONU. *Convenção Relativas aos Refugiados de 1951*. Disponível em http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em 17 abr. 2017.

ONU. *Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados*. Disponível em http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em 17 abr. 2017.

PACÍFICO, Andrea Maria Calazans Pacheco. *O capital social dos refugiados: bagagem cultura e políticas públicas*. Maceió: EDUFAL, 2010.

PARLAMENTO EUROPEU. *Resolução do Parlamento Europeu sobre as relações UE-Turquia (2016/2993(RSP))*. Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+P8-RC-2016-1276+0+DOC+XML+V0//PT>. Acesso em 17 abr. 2017.

SANTIAGO, Jaime Ruiz de. Derechos Humanos, Derecho de Los Refugiados: evolución y convergências. In: PEYTRIGNET, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (orgs.). *Las três vertientes de La proteccion internacional de los derechos de La persona humana*. 1.ed. México: Editorial Porrúa, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos dos Estrangeiros no Brasil: a imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos dos Estrangeiros*

no Brasil: a imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SALES, Eugênio de Araújo. A história não contada do refúgio no Brasil antes da lei nº 9.474/97. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seus impactos nas Américas*. 1. ed. Brasília: ACNUR; Ministério da Justiça, 2010.

SILVA, Roberto Luiz. *Direito internacional público*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

SILVA JUNIOR, Eraldo. *O refúgio no direito internacional contemporâneo: entre a segurança nacional e a proteção do indivíduo*. Dissertação de mestrado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010.

O DIREITO À RECUSA DE DIREITOS DE PERSONALIDADE FACE AO PROJETO ESTATAL DE FELICIDADE

Pâmella Thaise Rocha Nogueira

1 TEMA-PROBLEMA E HIPÓTESE

1.1 Tema-Problema

A pesquisa que se pretende desenvolver a partir do presente projeto tem, como tema-problema, a seguinte questão: o Estado, ao intervir coercitivamente contra a recusa de direitos de personalidade, estes analisados como direitos fundamentais, por parte de seus governados, não estaria, em contrapartida, ferindo direitos fundamentais?

Cediça é a pluralidade social e sua constante e perene mutabilidade e desenvolvimento. De certo, o Direito deve acompanhar as mudanças sociais. Diante de tantas mentes, culturas e crenças, é provável que haja também infinitas definições de felicidade e bem-estar – cada uma atendendo especificamente a quem a criou. Por outro lado, o Estado preocupa-se em garantir e efetivar, através de ações positivas, os direitos fundamentais previstos em Constituição – muitas vezes em choque com o que desejam os detentores destes direitos.

O presente estudo busca analisar os possíveis e talvez devidos limites da intervenção estatal para garantia de direitos fundamentais de personalidade face à recusa daqueles a quem os direitos se destinam, abordando desde a abstratividade do conceito de dignidade e felicidade ao direito à autonomia privada e possíveis vícios de consentimento e possibilidade de aferição destes vícios pelo Estado.

1.2 Hipótese

A hipótese provisória para a questão formulada é: o Estado deve garantir meios para o desenvolvimento pleno e igualitário de todos os seus cidadãos, sem excesso de intervenções coercitivas, ainda que no caso de recusa de direitos fundamentais, possibilitando ao indivíduo o livre desenvolvimento da personalidade, desde que se desenvolva sem detrimento da ordem pública ou do direito de terceiros.

2 JUSTIFICATIVA

A humanidade está em constante evolução. As pessoas mudam, os costumes mudam, as culturas se pluralizam e as demandas pelo viver bem e pelo progresso da sociedade se modificam. Neste norte, é imprescindível que o Direito acompanhe a evolução e as demandas individuais e coletivas. Esta pesquisa tem o condão jurídico-social de analisar a prática e a legislação brasileira e investigar possíveis falhas, excessos e omissões nas ações do Estado na garantia de efetividade do bem-estar social.

Os direitos à personalidade são tidos como direitos intrínsecos ao princípio da dignidade da pessoa humana, "sem o qual a análise da teoria da personalidade e dos efeitos dela decorrentes tornar-se-ia vazia, caindo em verdadeiro marasmo formalista despido de significado concreto", nas palavras de Cristiano Farias e Nelson Rosendal (2011, p. 97).

Mas o que seria o princípio da dignidade humana? CANTALI (2009, p. 86) menciona que Ingo Wolfgang Sarlet manifesta tratar-se de um conceito aberto, vago, em constante desenvolvimento e variação, inclusive a fim de atender às variáveis necessidades sociais.

De fato, se há pluralidade social, nos mais diversos âmbitos, notadamente o relativo às crenças, à cultura e à religião, difícil se torna taxar um conceito pronto,

engessado, completo, do que seria dignidade da pessoa humana, sem nenhuma omissão. Ainda assim, SARLET (2001, p. 60) se arrisca:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 60).

O princípio da dignidade humana está elencado na Constituição Federal no art. 1º, III, e se institui um dos elementos mais basilares da constituição de um Estado Democrático de Direito, sendo garantidor mútuo dos direitos inerentes à personalidade. Por sua vez, os direitos à personalidade vêm elencados na Carta Magna e melhor explicitados no Código Civil.

Acerca dos direitos da personalidade, MARTINS destaca a lição de LUDWIG ao dizer que:

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade situa-se entre os princípios

fundamentais do Direito brasileiro, tendo especialíssima relevância no âmbito jusprivado. Tanto é assim que, de acordo com Konrad Hesse, a tarefa central do direito privado atualmente se constitui na defesa do direito da personalidade, entendido tanto em seu aspecto negativo (intimidade), quanto em seu aspecto positivo (autonomia privada): resgataria, desse modo, seu caráter de baluarte da liberdade. (2002, p.292, citado por Martins, 2012.)

Neste sentido, entende-se o direito à personalidade como um direito de ser quem se quer ser, respeitada sua privacidade e permitidas as decisões que concernem e dizem respeito somente àquele que decide.

Sendo assim, é palpável a importância das pesquisas acerca do livre desenvolvimento da personalidade, inclusive quanto à recusa do exercício de direitos, porquanto são instrumentos e de efetivação do bem-estar social e do direito fundamental à dignidade e felicidade.

A presente pesquisa objetiva resultados que possam colaborar em mudanças positivas tanto em âmbito jurídico quanto social.

Felizmente, a comunidade científica vem trabalhando focada na boa vivência das pessoas e não somente em sua sobrevivência. Pretende-se, com este trabalho, colaborar com a sociedade e os avanços científicos neste sentido.

3 OBJETIVOS DO TRABALHO

3.1 Objetivo Geral

Investigar e abalzar os limites da intervenção estatal diante da recusa dos governados à direitos de personalidade, tidos como instrumento de realização pessoal e, notadamente, como direitos fundamentais, dentro de uma sociedade plural culturas e crenças, com foco na amplitude do conceito de felicidade individual em contraste com o projeto estatal de felicidade coletiva, e mais ainda, em atenção ao direito fundamental de dignidade da pessoa humana.

3.2 Objetivos Específicos

a) Identificar e conceituar o que seria dignidade da pessoa humana dentro de uma sociedade plural e em constante desenvolvimento;

b) Investigar a legislação e jurisprudência estrangeira no que pertine aos direitos de personalidade e a recusa de seu exercício e comparar com a prática e teoria do Direito brasileiro;

c) Estudar e analisar enunciados legais vigentes pertinentes à matéria, averiguando a ofensa aos direitos fundamentais;

d) Estudar e analisar o consentimento dentro do ordenamento jurídico e investigar possíveis vícios dentro de casos concretos;

e) Investigar as consequências para ordem pública e para o Estado, como um todo, nos casos de recusas de direitos de personalidade, em pequena e grande escala;

f) Outros objetivos específicos necessários para o desenvolvimento da pesquisa.

4 DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA TEÓRICO

A delimitação do problema teórico e a hipótese científica norteadores do presente projeto de pesquisa sobrevieram através do método dedutivo, sendo viabilizado por uma visão macroanalítica, ou seja, os conceitos amplos de felicidade no Direito brasileiro, dignidade da pessoa humana, liberdade e bem viver, para análises mais pontuais e específicas, como a discussão das consequências pessoais e para a ordem pública nos casos de recusa de direitos de personalidade e de intervenções coercitivas por parte do Estado para coibir a referida rejeição.

5 MARCO TEÓRICO

Brunello Stancioli e Nara Pereira Carvalho (2011) afirmam não ser possível falar de personalidade e direitos de personalidade sem se referenciar a autonomia como manifestação de Liberdade. Mais ainda, afirmam que é impossível separar a ideia de Pessoa da ideia de Liberdade.

Neste sentido, Stancioli e Carvalho afirmam que o art. 11 do Código Civil “nega o próprio *dever* à pessoa natural (2011, p. 269) ao proibir à renúncia de direitos de personalidade, uma vez que cada pessoa articula sua vivência em consonância com o que julga ser superior na busca de “uma vida que vale ser vivida”.

Outrossim, João Batista Villela argumenta que “o art. 11 não pode ter querido excluir em caráter absoluto a abdicação voluntária dos direitos da personalidade, pois isso equivaleria a fazer deles antes uma prisão para seu titular, do que uma proteção de sua liberdade” (2003, p. 58).

Villela ainda afirma que pode o exercício dos direitos de personalidade serem limitados voluntariamente,

desde que não de forma permanente nem de forma geral.

Deste modo, entende-se que tanto o exercício dos direitos de personalidade quanto sua recusa são manifestações de Liberdade e esta, por sua vez, não pode se dissociar da pessoa natural, sob afronta ao princípio da dignidade humana.

Ainda, compreende-se que o exercício dos direitos de personalidade pode ser recusado, desde que não em caráter definitivo, ou seja, a recusa em determinado momento não significa a recusa permanente do exercício de determinado direito.

A partir destes conceitos e das pesquisas e obras apontadas, pretende-se referenciar teoricamente a presente pesquisa.

6 ESQUEMA PROVISÓRIO DO TEXTO FINAL

1 Introdução

2 Direitos de personalidade - Conceito e Evolução

2.1 Direito ao livre desenvolvimento da personalidade no Direito Comparado

2.2 Direitos de personalidade como instrumento de efetividade da dignidade da pessoa humana

3 A dignidade da pessoa humana e suas possibilidades de sentido

3.1 Generalidades

3.2 A dignidade humana como autonomia

3.3 A dignidade humana como heteronomia

4 O exercício de direitos fundamentais: restrições legítimas e possibilidades de disposição

4.1 A preferência relativa da dignidade como autonomia na Constituição brasileira

4.2 A questão da indisponibilidade dos direitos fundamentais

5 Autonomia privada

5.1 Do paternalismo jurídico à autonomia de vontade

5.2 Legitimidade de recusa do exercício de direitos de personalidade

5.3 Liberdade de crença e religião

5.4 Projeto individual de felicidade versus Projeto estatal de felicidade coletiva

6 Recusa do exercício de direitos versus Recusa de direitos

7 Condições para o exercício válido da autonomia

7.1 Consentimento

7.2 Vícios de consentimento e capacidade estatal de aferição

8 Análise dos enunciados legais e ético-profissionais pertinentes

8.1 Código Civil

8.2 Código Penal

8.3 O novo Código de Ética Médica

9 Conclusão

7 METODOLOGIA

Desenvolver-se-á o presente trabalho no sentido da pesquisa qualitativa, porquanto os estudos pertencentes às Ciências Sociais têm especificidades que vão além do que se pode mensurar de forma exata, numericamente.

Naturalmente, por se tratar de uma pesquisa sobre constitucionalidade e direitos fundamentais, tem-se inicialmente uma investigação no campo do Direito Constitucional; no entanto, outras disciplinas e setores do conhecimento também serão fundamentais para a execução apropriada da pesquisa.

Por se tratar da análise de direitos de personalidade, estes previstos no Código Civil, poderia se dizer que será uma pesquisa no campo constitucional-civil. Também deve ser ressaltada a análise das experiências estrangeiras no que pertine à recusa de direitos de personalidade e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, razão pela qual a pesquisa também abordará o campo do Direito Comparado. Deste modo, a pesquisa proposta tem o caráter interdisciplinar, conforme conceito apresentado por Gustin e Dias (2006).

Para o desenvolvimento da pesquisa objeto deste projeto, pretende-se adotar a vertente jurídico-sociológica de metodologia de pesquisa (GUSTIN; DIAS, 2006), haja vista o objeto do estudo tem relação direta com o contexto social corrente e, uma vez que a pesquisa tenha se desenvolvido, não se espera que a eventual aplicação de seus resultados tenha impacto apenas nos aspectos jurídicos do tema.

A pesquisa ora proposta é de natureza primordialmente bibliográfica. Tendo isso em vista e diante dos problemas e objetivos propostos, supõe-se utilizar os tipos investigativos jurídico-exploratório, jurídico-comparativo e jurídico-compreensivo (GUSTIN; DIAS, 2006). Em uma abordagem inicial, como forma de

análise preliminar dos problemas objeto da pesquisa, utilizar-se-á o tipo jurídico-exploratório. Pontualmente, quando da análise de casos de recusa de direitos fundamentais em outras jurisdições, estrangeiras, será utilizado o tipo jurídico-comparativo. E, com o objetivo de se alcançar uma análise aprofundada dos problemas propostos, será utilizado o tipo investigativo jurídico-compreensivo, inclusive para que se possa conhecer o objeto da pesquisa “em seus diversos aspectos, relações e níveis” (GUSTIN; DIAS, 2006).

8 CRONOGRAMA DE EXECUÇÃO

8.1 Fases do Trabalho

Fase I – Revisão crítica do projeto, aprofundamento do objeto da pesquisa e análise da bibliografia

- Estudo da bibliografia preliminar;
- Levantamento bibliográfico adicional;
- Análise da literatura para levantamento dos estudos existentes acerca da recusa de direitos fundamentais, notadamente os de personalidade;
- Revisão crítica e adequação do projeto de pesquisa;
- Discussões com o orientador.

Fase II – Investigação, interpretação e qualificação do marco teórico

- Estudo da bibliografia levantada na fase anterior;
- Consolidação do material estudado;
- Análise de procedimentos administrativos concluídos e em curso;
- Análise crítica do material bibliográfico estudado;
- Discussões com o orientador.

9 REFERÊNCIAS E BIBLIOGRAFIA BÁSICA PRELIMINAR

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. José Afonso da Silva (Trad.). São Paulo: Malheiros, 2014.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, BARROS, Janete Ricken de. **Dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia: implicações recíprocas**. Organizador Paulo Gustavo Gonet Branco e Janete Ricken de Barros. Brasília: IDP, 2014. Disponível em <http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks>.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: www.planalto.gov.br/legislação/códigos Último acesso em: jun. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: www.planalto.gov.br/legislação/códigos Último acesso em: jun. 2017.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. SARLET, Ingo Wolfgang; PINTO, Paulo Mota. (Trad.) Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARVALHO, Nara Pereira; STANCIOLI, Brunelo. Da Integridade Física ao Livre Uso do Corpo: Releitura de um Direito de Personalidade. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. (Org.). **Manual de Teoria Geral de Direito Civil**. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b. p. 87-104.

GUSTIN, Miracy B. S.; Dias, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica**. 4ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. João Batista Machado (Trad.) 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Momento Atual 2005.

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-CONSTA, Judith. (Org) **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS, Thiago Penido. **Discriminação nas relações contratuais**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

MARTINS, Thiago Penido; SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. **Hermenêutica constitucional comparada: a contribuição da aplicabilidade do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro**. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, v. 14, n. 22, p. 205-239, jul./dez. 2012.

MENDES, Gilmar. COELHO, Inocêncio Martires. BRANCO, Paulo Gistavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PERCÍLIA, Eliene. "**Body modification (Modificações no Corpo)**"; *Brasil Escola*. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/sociologia/body-modification.htm>>. Último acesso em 18 de maio de 2017.

POPPER, Karl Raymund. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1975. 148p.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 275

RODOTÀ, Stefano. **La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho**. Trotta: Madrid, 2010.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Autonomia privada e direito de morrer. In: FIUZA, César. **Direito Civil: princípios jurídicos no direito privado**. Atualidades III. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 37-54.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada. 8ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007a. 503 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001, 152p.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 362 p.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade: ou como alguém se torna o que quiser**. Del Rey: Belo Horizonte, 2010.

LEGITIMIDADE JURÍDICA DO JUDICIÁRIO PARA IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Patrícia Barbosa Nogueira

1. DEFINIÇÃO DO TEMA PROBLEMA:

Os Direitos Fundamentais são históricos e se formulam quando as circunstâncias sócio-político-econômicas são propícias, estando assim, intimamente ligados à ação estatal.

Teorias formam desenvolvidas, principalmente com a transição do Antigo Regime e do Sistema Feudal para o Estado Moderno, limitando os poderes estatais e buscando novas formas de legitimação.

No Estado Estamental, transição do Estado Medieval para Estado Absolutista, a soberania continuava concentrada no monarca, considerado o proprietário do Estado, que exercia o poder com poucas limitações.

Mas, com a consolidação do Estado Moderno passa a haver uma predominância da racionalidade e o Estado passa a ter mecanismos legais e legítimos para adentrar na vida do indivíduo, sobretudo, em função do fundamento de que a atuação estatal é sempre voltada para o atendimento do interesse comum.

Assim, em oposição ao regime absolutista e a favor do liberalismo surge o movimento constitucionalista, garantia do cidadão perante o Estado.

Neste contexto liberal, o Estado possuía um papel mínimo, o poder político é limitado, com a finalidade de garantir a liberdade individual dos cidadãos. A função estatal estava limitada às funções clássicas de garantia da ordem social, defesa externa e administração da justiça,

deixando à livre organização da sociedade e do mercado a regulação e a ordenação de todos os demais campos. As constituições, nessa fase, garantiam basicamente a limitação do poder político e a liberdade individual de cada cidadão em face do Estado, nascendo os chamados direitos de primeira geração (liberdades negativas) ligados aos direitos civis e políticos.

Por serem insuficientes às liberdades negativas ocorre uma transformação do papel do Estado movendo-se para além de uma cômoda idéia de defesa dos indivíduos frente a uma poderosa e arbitrária Administração Pública, surgindo os direitos de segunda geração (liberdades positivas) ligados aos direitos econômicos, sociais e culturais.

O Estado passa a atuar em defesa do cidadão ao invés de simplesmente se abster de intervir nas relações entre particulares, o que demanda mecanismos efetivos para que os cidadãos afetados possam requerer e obter a proteção estatal.

No Estado Social, o Estado passa a intervir ativamente na sociedade civil, atuando na produção econômica, controlando o sistema de trabalho e as relações de emprego, a promoção e garantia de direitos fundamentais sociais, ou seja, aproximando-se da sociedade civil, tornando-se o agente promotor da justiça social.

Contudo, o Estado Social, não obteve sucesso no que tange a igualdade a todos, e por esta razão desenvolve-se o Estado Democrático de Direito, com o intuito de garantir todos os bens jurídicos que foram conquistados ao longo dos tempos.

Abandonam-se as relações de igualdade meramente formal e propõe habilitar os cidadãos a exercitarem seus direitos de participação na comunidade jurídica, como coautores que interferem no processo de

produção do direito, restando consagrado os direitos de terceira geração.

Mas, é sob a égide da Constituição Federal de 1988, que o Estado Democrático de Direito passa a ser a organização política na qual o poder emana do povo, assegurando aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e, sobretudo, dos direitos econômicos, sociais e culturais, desapontando uma nova ótica, pois não basta à lei prever pura e simplesmente, exige-se uma atuação constitucional.

Como os direitos sociais, por sua própria natureza, invocam uma demanda de recursos para sua aplicabilidade plena, geram-se fortes pressões ideológicas e exigem-se escolhas políticas determinantes para conseguir alcançar o ideal de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivos consagrados na Carta Magna.

Neste contexto, o Estado que era centralizado nas figuras do Legislador e Executivo, desloca-se para o Judiciário e, o ideário de um Judiciário imparcial e inerte de assuntos políticos torna-se centro dos debates teóricos.

Os tribunais, que até a Constituição Federal de 1988 limitavam-se, entendendo não poderem adentrar o mérito do ato administrativo por fundamento não apenas de neutralidade política, mas principalmente tripartição dos poderes, adota nova postura justificada nos objetivos fundamentais da República Federal do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, tomando estes como verdadeiros programas de governo a serem adotados.

Tal discussão diz respeito à legitimidade do Judiciário de intervir junto ao Estado, significando uma transferência do direito de tomada de decisão da legislatura, do governo ou da administração pública para o Judiciário.

É neste quadro que será estudada a legitimidade jurídica do Judiciário para implementar políticas públicas no ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, suas possibilidades, limites e conformações do exercício da jurisdição com o princípio democrático.

1.1 TÍTULO: Legitimidade jurídica do Judiciário para implementar políticas públicas no Estado Democrático de Direito

2. JUSTIFICATIVAS OBJETIVAS DA ESCOLHA DO TEMA

A partir do momento que o Poder Executivo, bem como o Poder Legislativo passaram a exercer seu mister, tendo a constituição como um norte a ser seguido, sob pena de ter seu ato revisto pelo judiciário, o Poder Judiciário assume uma posição de maior relevância.

Com base nesta arquitetura institucional, o Poder Judiciário, antes imparcial e inerte de assuntos políticos, passa a exercer um papel significativo nas decisões políticas do país, denotando, nos dias atuais, em uma verdadeira supervalorização do Poder Judiciário, que assume uma grande importância, no Brasil e no mundo, tanto no campo das Ciências Políticas como no Direito, uma vez que trata da relação direta havida entre o Poder Judiciário, a política e a sociedade de um país.

E, ao assumir este papel de destaque, por lhe caber zelar pelos direitos fundamentais e pela atuação dos demais poderes em observância aos comandos constitucionais, há de perquirir e definir os contornos jurídicos de racionalidade do Judiciário para implementar políticas públicas evitando postura excessivamente proativa marcada pelo ativismo.

Assim, é fundamental perquirir qual a legitimidade jurídica do Judiciário para intervir nas políticas públicas para preservar o Estado Democrático de

Direito e evitar distorções ou mesmo abuso das funções estatais, pois tão somente a previsão constitucional da separação dos poderes não é suficiente para fundamentar o fenômeno da judicialização, sendo necessário haver condições de se aplicar o sistema de freios e contrapesos.

Desta forma, analisar, estudar, entender, traçar e definir os contornos jurídicos de racionalidade do Judiciário na implementação de políticas públicas é norte para evitar abalo na própria estrutura do Estado Democrático de Direito, no qual está inserido, contribuindo assim com a direta efetividade dos direitos fundamentais e as escolhas feitas pela Constituição da República de 1988.

Assim, por ser a judicialização de políticas públicas fenômeno complexo que atinge diretamente toda estrutura estatal, conseqüentemente podendo abalar o próprio Estado Democrático de Direito, pelos seus nítidos reflexos financeiros e por atingir um grande número de pessoas, é que justifica um estudo acurado quanto sua legitimidade, o que irá exigir um levantamento não apenas do contexto sócio-histórico-econômico, mas investigação acerca dos limites e possibilidades do controle judicial de políticas públicas em face do controverso fenômeno da judicialização.

A pesquisa não pretende esgotar o tema, mas incitar o debate, que pode ser ampliado para a importância de se preservar o equilíbrio dos poderes e a legitimidade do processo político.

3. OBJETIVOS:

3.1 OBJETIVO GERAL: Definir os contornos jurídicos de racionalidade do Judiciário para implementar políticas públicas.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- a) Perquirir as premissas e fundamentos da legitimidade do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas e levar o leitor e o pesquisador a uma reflexão crítica acerca das questões que envolvem o limite dessa atuação.
- b) Definir os contornos jurídicos da atuação do Poder Judiciário para evitar postura excessivamente proativa marcada pelo ativismo e criatividade no que diz respeito às políticas públicas.
- c) Realizar uma releitura da separação dos poderes contrapondo as desvirtuações das funções.
- d) Investigar acerca dos limites e possibilidades do controle judicial de políticas públicas em face do controverso fenômeno da judicialização.
- e) Contrapor a implementação das políticas públicas pelo Poder Judiciário face o Estado Democrático de Direito, tendo em vista o impacto causado na sociedade pelas decisões judiciais dessa natureza.

4. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA TEÓRICO

O presente trabalho propõe investigar e perquirir se o Poder Judiciário possui legitimidade jurídica para implementar políticas públicas a partir do contexto de um Estado Democrático de Direito e, sobretudo, com respaldo nas escolhas feitas pela Constituição da República de 1988.

5. MARCO TEÓRICO OU ESTUDO DE ARTE

A literatura sobre a legitimidade do Judiciário para implementação de políticas públicas no Brasil é incipiente.

Contudo, a doutrina jurídica e política debatem o tema perquirindo as possibilidades, os limites e

conformações da legitimidade jurídica do Judiciário no Estado Democrático de Direito.

No âmbito do Poder Legislativo, este tema começa a ser discutido, já que há reflexos deste fenômeno neste Poder.

Contudo, o protagonismo do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas ainda é questão divergente entre os constitucionalistas no que tange a temática da legitimidade, evidenciando dois eixos analíticos adotados pela doutrina.

Sob a ótica do eixo substancialista, relacionado a Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin, defende-se que as novas relações entre direito e política se mostram inevitáveis, em face do aumento da participação democrática, ampliação dos direitos e do conflito de interesses entre os diversos grupos sociais.

Por consequência, acreditam que a intervenção do Poder Judiciário não acarreta prejuízo da liberdade, sendo o ativismo judicial necessário para a salvaguarda dos direitos fundamentais.

Ao reverso, para o eixo procedimentalista, associado a Habermas-Garapon, a intervenção do Judiciário em relação às políticas públicas para efetivação dos direitos sociais desrespeita o processo democrático e as escolhas dos representantes eleitos, além do fato de que o Judiciário, em função de suas limitações, não ser o espaço próprio para a discussão acerca de conflitos político-sociais. E, ao determinar implementações de políticas públicas, o Judiciário age para além de suas competências, porque os juízes não têm uma visão macro da conjuntura socioeconômica, em razão de a eles serem submetidas demandas individuais. A competência para fazer escolhas referentes à alocação de recursos é política e, logo, de incumbência dos representantes políticos, membros dos Poderes Legislativo e Executivo, eleitos pelo povo.

Por conseguinte, faltaria aos juizes legitimidade democrática para decidir sobre as políticas públicas, visto que não foram eleitos democraticamente para tomar decisões dessa natureza, mas ingressaram na carreira pública por meio de concurso de provas e títulos, faltando-lhes por consequência legitimidade.

Ao que pese tal divergência doutrinária, o certo é que a inserção na CF/88 de direitos fundamentais sociais, que demandam a prestação positiva por parte do Estado por meio de políticas públicas, tem suscitado uma crise de legitimidade entre os poderes, pois tais prestações passaram a ser judicializadas, para que o Estado garanta por meio do Direito o que ele não consegue realizar por meio da Política.

Mas, como explicitado, não há um consenso doutrinário acerca da legitimidade do Judiciário para atuar nas questões de implementação das políticas públicas, embora seja possível perceber o ponto de convergência nestes estudos, qual seja, o reconhecimento de que a ampliação da fronteira de atuação do judiciário decorre da transição de sistemas autoritários para sistemas democráticos.

Por isso, na perspectiva de se compreender o Direito em uma dimensão democrática, a pesquisa se propõe analisar e interpretar o tema sob a perspectiva falsificacionismo de Karl Popper como um critério da demarcação entre a ciência e a não-ciência, de forma a fomentar maiores debates sobre o tema e sobre a necessidade de se fortalecer a democracia, superando o instrumentalismo que confere o protagonismo do processo ao juiz, que propicia sempre mais o ativismo judicial sem a necessária releitura, juizes com super poderes.

Assim, como o judiciário ainda não absorveu, culturalmente, a nova ideologia de Estado Democrático de Direito, persistindo o desafio de adequar os institutos processuais a esse novo paradigma, o presente estudo

propõe buscar os necessários contornos jurídicos da atuação do Poder Judiciário para evitar postura excessivamente proativa marcada pelo ativismo e criatividade no que diz respeito às políticas públicas.

6. METODOLOGIA

Na primeira etapa do trabalho, será feita uma pesquisa bibliográfica sobre a evolução da função estatal, a separação dos poderes para perquirir a legitimidade jurídica do Judiciário para implementar políticas públicas no Estado Democrático.

Parte da construção teórica será feita a partir de fontes do Direito nacional como a Constituição Federal, normas infraconstitucionais e fontes específicas do Direito, onde se buscará encontrar as bases teóricas para a construção da pesquisa.

A metodologia utilizada será qualitativa, com consulta a diversas espécies de fontes secundárias bibliográficas e documentais, sites, bases de dados com diagnósticos sobre os sistemas judiciais, repertórios biográficos e históricos, assim como, entrevistas informativas com agentes e pesquisadores especializados do campo judicial.

A dissertação a ser elaborada será redigida conforme as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), em consonância com as diretrizes apresentadas pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itaúna e sob a revisão de seu conteúdo pelo professor orientador.

7. CRONOGRAMA

Para melhor planejamento das ações a serem realizadas durante o período da pesquisa, que abrange 24 meses, propõe-se o seguinte roteiro:

z	JUN/2017	AGO/2017	OUT/2017	FEV/2018	JUN/2018	SET/2018	JAN/2019	JUN/2019
Conclusão do projeto	X							
Levantamento bibliográfico		X						
Confeção da primeira versão do sumário			X					
Conclusão das primeiras leituras / fichamentos				X				
Conclusão do primeiro capítulo da dissertação					X			
Conclusão do segundo capítulo da dissertação						X		
Conclusão da dissertação							X	
Defesa								X

8. PRÉ-SUMÁRIO:

1. Introdução
2. Evolução do Estado e a Tripartição dos poderes
3. Constitucionalização de direitos e a expansão da atuação do Poder Judiciário
4. A legitimidade do Poder Judiciário
5. Os contornos Jurídicos de Racionalidade para implementar políticas Públicas
6. Conclusão

9. REFERÊNCIAS:

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. I, p. 242.

SOUSA, Pedro Ivo; COURA, Alexandre de Castro. *Controle judicial de políticas públicas*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_ivo_de_sousa.pdf. Acesso em 19 jun.2017.p. 4068.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Revista Jurídica UNIJUS, Uberaba, v.11, n. 15, 2008. Disponível em http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf. Acesso em 19 jun. 2017. p. 15-17.

10. BIBLIOGRAFIA:

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução. Virgínio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Teoria Crítica do Direito e o Acesso à Justiça como Novo Método de Pensamento*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acessado em 05 jun. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf. Acesso em 19 jun. 2017. p. 15-17.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 4, n.15: Revista dos Tribunais, abr./jun. de 1996.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2016.

NETTO, Carvalho, M. d. and G. SCOTTI. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro - estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002.

LAGES, Cintia Garabini. *O caráter objetivo dos procedimentos de controle concentrado de constitucionalidade: análise da sua legitimidade*. Pará de Minas: Virtual Books, 2016.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Em torno da “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Crise do Estado e da Constituição e a transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa*. Trad. Leonidas Hegenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 1972.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: A efetivação dos Direitos Sociais à luz da Constituição Brasileira de 1988*. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOUSA, Pedro Ivo; COURA, Alexandre de Castro. *Controle judicial de políticas públicas*. Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/pedro_ivo_de_sousa.pdf. Acesso em 19 jun.2017.p. 4068.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Democracia e Jurisdição: Entre o texto e o contexto*. São Paulo: Baraúna, 2011.

**PROCESSO COLETIVO DO TRABALHO NO
MODELO PARTICIPATIVO:
Desconstrução teórica da substituição processual no
sistema representativo**

Pedro Henrique Carvalho Silva

A difusão dos conflitos de natureza coletiva no âmbito do processo do trabalho tem suscitado uma diversidade de indagações acerca dos mecanismos processuais adequados para a sua solução.

Partindo-se do pressuposto que o ordenamento jurídico vigente não dispõe de uma sistematização de procedimentos para as ações coletivas, especialmente as que envolvem conflitos trabalhistas, a análise parte de um sistema processual individual, demandando novas proposições teóricas de adequação à realidade destas demandas.

Um dos principais pontos de questionamento acerca das ações coletivas reside na legitimidade para sua propositura, especialmente pelo fato de que o sistema vigente contempla um modelo representativo, e que por consequência se mostra excludente, vez que deixa de fora do rol de legitimados os principais interessados no provimento jurisdicional.

O sistema representativo nas ações coletivas dispõe previamente quem serão os legitimados, vedando que se promova a inserção de outros indivíduos que sofrerão diretamente os efeitos da decisão, e que por conseguinte não terão a possibilidade de discutir o mérito processual.

No tocante às ações coletivas no âmbito do processo do trabalho, o sistema representativo é fortemente concebido através da figura da substituição processual

pelos sindicatos, inclusive com respaldo no texto constitucional.

A substituição processual pelos sindicatos se opera como uma forma de legitimidade extraordinária, e que não proporciona a efetiva participação dos trabalhadores na discussão de demandas coletivas, onde estes são os principais interessados.

Ocorre que o sistema representativo não se coaduna com os objetivos propostos pelo Estado Democrático de Direito, que objetiva a construção democrática dos provimentos jurisdicionais, especialmente no processo coletivo do trabalho, onde deve ser conferido ao trabalhador a possibilidade de discussão do mérito processual que impactará diretamente nas relações laborais ao qual ele se insere.

O modelo de substituição processual sindical não proporciona um processo coletivo democrático e discursivo.

As premissas teóricas que o fundamentam não guardam respaldo com os objetivos constitucionais do processo, que deverá ser dialógico e eminentemente participativo, e não pautado em um sistema em que se vislumbra a invisibilidade do trabalhador na construção da decisão final.

Nesse contexto, o atual sistema de legitimação representativo para as ações coletivas trabalhistas, pautado na substituição pelos sindicatos, deverá ter seus fundamentos revisitados no sentido de inserir os principais interessados no debate democrático processual.

1. JUSTIFICATIVA OBJETIVA DA ESCOLHA DO TEMA

A escolha pelo tema relativo à desconstrução teórica da substituição processual dos sindicatos no âmbito das ações coletivas trabalhistas se justifica pelo fato de que

o modelo de processo coletivo previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro baseia-se na perspectiva do processo individual, desconsiderando as nuances que envolvem as demandas desta natureza, especialmente no tocante ao tema da legitimidade e construção participada do mérito processual, em um verdadeiro sistema representativo. Tratar da inserção dos trabalhadores no seio da demanda coletiva, por meio de uma reconfiguração do papel da atuação dos sindicatos no processo coletivo, é buscar por um aperfeiçoamento na teoria do processo coletivo trabalhista, de modo a oportunizar a construção democrática e participada da decisão de mérito e que seja condizente ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

No campo prático o debate se justifica pelo aumento das demandas de natureza coletiva e que envolvem a discussão de direitos metaindividuais dos trabalhadores, os quais se veem subjugados à uma atuação sindical, por meio da substituição processual, sem que possam influir de forma direta na formação da decisão, a qual irão se submeter. Vislumbrar a participação dos trabalhadores nas ações coletivas trabalhistas oportuniza, de forma dialógica, a possibilidade influenciar diretamente na decisão meritória proporcionando assim um atendimento aos anseios das categorias que não se sentem devidamente representadas pelos entes sindicais.

2. OBJETIVOS

2.1.OBJETIVO GERAL

Analisar o sistema processual das ações coletivas trabalhistas, especificamente no tocante à atuação dos sindicatos por meio da substituição processual, que denota um sistema representativo, para promover uma desconstrução das premissas teóricas do instituto, com o fito adequar o modelo atual aos ditames constitucionais,

bem como ao Estado Democrático de Direito, identificando mecanismos participativos dos trabalhadores na construção das decisões judiciais de forma democrática e dialógica.

2.2.OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- a) Caracterizar o sistema processual das ações coletivas trabalhistas;
- b) Identificar o papel dos sindicatos na defesa dos interesses das categorias que representam;
- c) Estabelecer as premissas teóricas acerca da substituição processual sindical e a forma como se opera o sistema representativo;
- d) Demonstrar a invisibilidade do trabalhador no atual sistema representativo no momento de construção da decisão judicial;
- e) Traçar os delineamentos do modelo participativo nas ações coletivas e a construção participada do mérito;
- f) Buscar a desconstrução teórica do sistema representativo da substituição processual sindical no paradigma do Estado Democrático de Direito;
- g) Propor a construção de um modelo participativo de processo coletivo do trabalho com a inserção democrática do obreiro na construção do provimento jurisdicional final.

3. DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA TEÓRICO

A substituição processual dos sindicatos no âmbito das ações coletivas trabalhistas preconiza um sistema representativo, no qual o trabalhador se insere na demanda como indivíduos representado pelo ente sindical, não

havendo poder de influenciar de forma participada na construção do provimento final.

Partindo desta premissa, como o atual modelo da substituição processual sindical nas ações coletivas trabalhistas torna o trabalhador invisível na construção das decisões?

Se o sistema representativo não é consistente com os ideais do Estado Democrático de Direito, disposto pelo texto constitucional, como construir um modelo processual participativo para as ações coletivas trabalhistas, no qual o trabalhador possa influir e participar democraticamente e dialogicamente na construção dos provimentos finais?

Como promover a desconstrução das premissas teóricas do sistema representativo, para construir um modelo de processo coletivo do trabalho democrático e participativo?

4. MARCO TEÓRICO

As relações jurídicas trabalhistas consistem matéria de discussão nos Tribunais Trabalhistas, ganhando cada vez mais relevo no atual cenário jurídico nacional, especialmente no tocante às ações coletivas.

O aumento das demandas coletivas na seara trabalhista deve-se ao fato de que na sociedade atual há um aumento dos conflitos que envolvem o trabalhador considerado como categoria e não somente como ser individualizado.

Nesse sentido, as ações trabalhistas individuais não possuem o condão de atender, de forma adequada, a efetivação dos direitos dos trabalhadores considerados metaindividuais, demandando assim a efetivação de instrumentos processuais eficazes para tal desiderato (PIMENTA, 2011, p. 22).

Apontando a tendência para o aumento dos conflitos que envolvam interesses que transcendem ao indivíduo, aponta João Batista Martins César que

Na sociedade de conflitos de massa, a ação individual não é apta para que os direitos fundamentais cheguem a todos os cidadãos, cabendo destaque para o fato de que alguns dos grandes conglomerados entendem como vantajosa a prática das lesões de massa, haja vista que pouquíssimos cidadãos procuram o Poder Judiciário para fazer valer seus direitos, fato esse que por si só já demonstra a ineficácia dos meios individuais clássicos para a solução desses conflitos. (CÉSAR, 2013, p. 68)

Ocorre que não obstante o reconhecimento do papel das ações coletivas para a tutela dos direitos metaindividuais, a doutrina e a jurisprudência laboral não vislumbram uma sistematização autônoma para o procedimento destas ações, sendo necessário o auxílio ao processo civil.

Nesse sentido,

As proposições teóricas que fundamentam o processo coletivo vigente no Brasil, são de natureza dogmática e construídos a partir da herança individualista e autoritária do processo civil, cujo entendimento e compreensão advém do exercício da autoridade e do poder jurisdicional pelo julgador. (COSTA, 2012, p. 128)

Porém, mesmo a doutrina processual comum encontra uma série de óbices no que concerne ao processo

coletivo, ante a normatização esparsa, não sistêmica, e pautada em um modelo de processo individual.

Nesse diapasão, o processo coletivo demanda uma caracterização própria, com contornos específicos, conforme destaca o ilustre professor Fabrício Veiga Costa que,

A complexidade das relações jurídicas reguladas pelo direito difuso e coletivo desencadeou cientificamente o surgimento de inúmeras problemáticas científicas no âmbito do processo coletivo, tais como a definição de legitimidade processual ativa, a questão envolvendo a coisa julgada e os seus efeitos jurídicos legais. (COSTA, 2012, p. 110)

Acerca da legitimação a doutrina processual costuma a dividi-la em ordinária, que ocorre nos casos em que o titular do direito material postula diretamente em juízo a sua pretensão; ou extraordinária, que se opera quando o ordenamento jurídico atribui legitimidade a alguém para atuar na relação jurídica processual (CÂMARA, 2016, p. 38).

No âmbito das ações coletivas trabalhistas a discussão da legitimidade desponta como de extrema importância em decorrência da figura da substituição processual dos sindicatos, que possui previsão constitucional no art. 8º, inciso III.

Para Vicente de Paula Maciel Júnior,

No estudo das hipóteses de legitimação extraordinária autônoma, manifesta-se o fenômeno da substituição processual, que a doutrina assim classifica para designar o fato

de alguém agir em nome próprio na defesa de interesse alheio. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 132)

A substituição processual dos sindicatos se opera nos casos em que o ente sindical atuará nas ações coletivas, atuando em nome próprio e na defesa dos interesses dos trabalhadores da categoria que representa.

A discussão acerca do alcance da substituição processual dos sindicatos nas ações coletivas se deu com a edição da Súmula nº 310 do Tribunal Superior do Trabalho, já cancelada, na qual não reconhecia a substituição processual ampla, tratando do tema de forma restrita.

O avanço jurisprudencial e doutrinário acerca do tema, se deu com a mudança do posicionamento dos Tribunais Superiores, que reconheceram que a atribuição dos sindicatos é a defesa dos membros da categoria, entendendo que a substituição no âmbito da defesa dos interesses metaindividuais deverá ser ampla, "diante dos inúmeros benefícios que a tutela coletiva traz não só para os empregados substituídos como para a própria sociedade" (CERDEIRA, 2014, p.126).

Revela-se, portanto, que o sindicato desponta como o principal representante na defesa dos interesses coletivos dos trabalhadores, em um sistema processual coletivo trabalhista eminentemente representativo, ao modelo previsto pelo Código de Defesa do Consumidor.

O sistema representativo, e nas ações coletivas do trabalho representado paradigma da substituição sindical, se caracteriza pela apresentação de um "rol taxativo de legitimados para a propositura das ações coletivas" e que "[...] é o fundamento da exclusão de todos os interessados difusos na construção do provimento, pelo simples fato de não ter sido autorizado pelo legislador" (COSTA, 2012, p. 128).

A tendência quando se fala em estabelecer a legitimação extraordinária no âmbito das ações coletivas é buscar por um ideal de representatividade adequada, ao modelo das *class action* do direito norte-americano, pois permite o juiz que controle a adequação desta legitimação na defesa dos interesses grupo em juízo (GIDI, 2002, p. 66).

No tocante à substituição dos sindicatos, o modelo representativo encontra-se pautado no ideal de eleger um representante para a categoria, e que poderá melhor defendê-la em juízo.

Nesse sentido, a legitimidade dos sindicatos foi debatida por Reinaldo de Francisco Fernandes em sede de dissertação de mestrado, apontando pela sua relevância para a defesa dos interesses dos trabalhadores,

Assim, percebe-se que a legitimação privilegiada assenta-se, também, em preceitos internacionais, cuja valorização implica o reconhecimento da condição legitimante especial outorgada a esta entidade de classe. Se ela não for alçada a um patamar diferenciado na interpretação da norma legitimante, será, paulatinamente, enfraquecida pela perda da capacidade de representação mantendo-se com a indesejada pecha de entidade burocrática de pouca atuação em defesa da relação de trabalho. (FERNANDES, 2010, p. 125)

O modelo de escolha de um legitimado ordinário para representar uma gama de indivíduos e seus direitos em juízo, especialmente em matéria trabalhista, exterioriza o modelo processual representativo, que no sentir de

Vicente de Paula Maciel Júnior, apresenta-se como um “mecanismo limitador do acesso à justiça a todos os interessados difusos.” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 120).

Para ele, no bojo da ação coletiva deverá ser garantido às partes um processo discursivo em contraditório, de modo que a imposição de um modelo em que se limita a participação dos interessados, representa uma atuação das forças políticas “[...] de neutralizar a faculdade de participação dos indivíduos” (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 125).

A ação coletiva para a defesa de interesses metaindividuais dos trabalhadores deverá garantir efetivo acesso à justiça, denotando que esta deve figurar como uma forma efetiva de cidadania em um Estado Democrático de Direito cujo ideal é garantir a participação dos interessados na construção do provimento jurisdicional (COSTA, 2012, p. 133).

Nesse sentido, o atual modelo representativo, calcado na substituição sindical, colide com os ideias do Estado Democrático de Direito, em que se impede a discussão participada das decisões judiciais pelos principais interessados: os trabalhadores.

A via processual coletiva deve ser vista como um instrumento democrático de participação dos trabalhadores, no qual se permita a discussão dos temas ali propostos, de modo que “o processo coletivo democrático é uma instituição constitucionalizada que reconhece o direito de qualquer interessado acionar o Judiciário através do direito de petição e, a partir disso, ingressar como legitimado direto ao debate da pretensão coletiva” (COSTA, 2012, p. 208).

O sistema participativo, desponta como instrumento de garantia de um processo constitucionalizado e democrático, em que se vislumbra uma efetiva participação do trabalhador, retirando-o de sua situação de invisibilidade.

Desta forma, o processo coletivo deve ser visto como um espaço de debate, de "dinamicidade dialética" (CALAMANDREI, 1999, p. 226), ainda se apresentando como um processo que tem por "base produtiva de seus conteúdos a estrutura de um discurso advindo do exercício permanente da cidadania" (LEAL, 2010, p. 89).

Assim, o sistema representativo, vem apresentando uma fragilização de suas premissas teóricas, cedendo lugar ao sistema participativo, pois, o processo coletivo deve advir de uma participação dos interessados conformando uma decisão construída pela vontade democrática (COSTA, 2012, p. 210).

Respalhando tal entendimento, Vicente de Paula em seu magistério entende que, "para que a decisão em ação coletiva tenha legitimidade e seja acatada pelos interessados difusos ela necessariamente deve abrir o processo à participação desses interessados difusos, de forma ampla "(MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 120).

Portanto, vislumbra-se que as premissas do sistema representativo pautadas no modelo de legitimação extraordinária através da substituição processual sindical, nas ações coletivas que tutelam os interesses dos trabalhadores, vem sendo revisitadas através de proposições que visem a sua adequação ao modelo participativo da construção da decisão judicial, proposta pelo Estado democrático de Direito.

A ação coletiva no âmbito trabalhista merece especial atenção no modelo participativo dado a sua atual relevância no ordenamento jurídico como um dos principais meios para a tutela dos interesses metaindividuais dos trabalhadores.

5. METODOLOGIA

Para a realização da pesquisa proposta no corpo do presente projeto se utilizará da pesquisa bibliográfica com

auxílio aos recursos disponíveis pelas obras especializadas na área de direito processual coletivo, direito processual do trabalho, direito do trabalho e direito processual civil, bem como revistas e artigos científicos nacionais e estrangeiros, que abordam o tema proposto.

Como procedimento técnico a análise consistirá em interpretativa e terá das obras consultadas, bem como se procederá á uma análise histórica do direito do trabalho e do processo formativo dos sindicatos no direito brasileiro, de modo a inserir no contexto do tema proposto.

Por meio do procedimento metodológico dedutivo se buscará uma análise de concepção macroanalítica do sistema representativo pautado na substituição processual sindical para se buscar uma desconstrução do modele atual em um sistema participativo.

6. PROPOSTA DE SUMÁRIO

Abaixo encontra-se esquema esboçando o texto final de dissertação pretendido com o presente projeto.

INTRODUÇÃO

CAPÍTULO I - O DIREITO DO TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E O PAPEL DOS SINDICATOS NA TUTELA DOS TRABALHADORES

CAPÍTULO II - AÇÕES COLETIVAS NO ÂMBITO DO PROCESSO DO TRABALHO

CAPÍTULO III - A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL SINDICAL NO MODELO REPRESENTATIVO DAS AÇÕES COLETIVAS TRABALHISTAS

CAPÍTULO IV - A DESCONSTRUÇÃO TEÓRICA DO MODELO DE SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL NO SISTEMA PARTICIPATIVO

CONCLUSÃO

7. CRONOGRAMA DE EXECUÇÃO

	Junh o/20 17	Agost o/201 7	Outub ro/201 7	Fevere iro/ 2018	Jun ho/ 2018	Setemb ro/ 2018	Janeir o/ 2019	Junh o/ 2019
Conclusão do projeto de pesquisa	X							
Levantamento bibliográfico		X						
Confecção da 1ª versão do sumário			X					
Conclusão das primeiras leituras e fichamento				X				
Confecção do 1º capítulo da dissertação					X			
Confecção do 2º capítulo da dissertação						X		
Conclusão da dissertação							X	
Defesa								X

8. REFERÊNCIAS

ABREU, Josué Silva. Da substituição processual, da representação e da assistência no processo do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, n. 57, p. 43-58, 1997.

BARBOSA, Maria da Graça Bonança Barbosa. *Ação Coletiva Trabalhista: Novas perspectivas*. São Paulo: LTr, 2010.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. v. III. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e Revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. v. 1. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CERDEIRA, Eduardo de Oliveira. *Ações coletivas e a substituição processual dos sindicatos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

CÉSAR, João Batista Martins. *Tutela coletiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2013

COSTA, Fabrício Veiga. *Mérito processual: a formação participada nas ações coletivas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

FERNANDES, Reinaldo de Francisco. *A legitimação para as demandas coletivas no processo do trabalho: a*

legitimação sindical privilegiada. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/D.2.2010.tde-08092011-092713. Acesso em: 19 jun. 2017.

GIDI, Antonio, Código de Processo Civil Coletivo: Um modelo para países de direito escrito (The Class Action Code: A Model for Civil Law Countries). *Revista de Processo*, Vol. 111, p. 192, 2003.

GIDI, Antonio, A Representação Adequada Nas Ações Coletivas Brasileiras: Uma Proposta. *Revista de Processo*, Vol. 108, No. 61, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros estudos*. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Manual de Processo do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.

PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. *Substituição Processual Sindical*. São Paulo: LTr, 2011.

A (IN)EFICÁCIA DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIAL NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

Rayssa Rodrigues Meneghetti

1. INTRODUÇÃO

O direito fundamental à moradia está inserido na Declaração Universal dos Direitos Humanos desde 1948, como pressuposto para a dignidade da pessoa humana. No ordenamento brasileiro, o direito à moradia possui previsão constitucional trazida pela Emenda nº 26/2000, que modificou o art. 6º da Constituição Federal, inserindo-o no rol de direitos fundamentais de caráter imediato e indispensáveis para uma vida plena.

Além do número de construções habitáveis, o seu conceito está intimamente relacionado a um padrão de vida adequado, ou seja, a qualidade das moradias, que deve garantir o mínimo existencial necessário para assegurar este direito social basilar, visto que se trata de um bem jurídico indispensável à dignidade da pessoa humana.

Acontece que, com o advento da globalização e do capitalismo, num contexto pós-revolução industrial, a população urbana cresceu desregradamente e sem o menor controle, tendo em vista que a polis se tornou o novo centro de produção, econômico e financeiro.

A maior parte dos problemas relacionados à efetividade dos direitos à moradia, à cidade e à propriedade privada no Brasil decorre, portanto, de fatores históricos que concentraram a renda nas mãos de poucos e intensificaram a desigualdade social, levando a maioria da população a viver em enormes distritos periféricos em pontos isolados das cidades, muitas vezes até situados em

áreas de risco ambiental, sem a infraestrutura mínima prevista na constituição.

De fato, os estudos acerca da concretização destes direitos no Brasil estão em constante evolução nas últimas décadas e tem sido motivo de preocupação para legisladores e operadores do Direito e da Justiça, na busca por mecanismos capazes de combater a desigualdade social. Ademais, o número de procedimentos com o fito de promover a concretização e a garantia das demandas populares tem aumentado e se aperfeiçoado.

Contudo, observa-se que, na prática, ocorreram poucas melhorias e a realidade ainda é de favelização, ou seja, um enorme número de pessoas vivendo sem a dignidade humana e o mínimo existencial necessário para uma vida plena, previstos na sessão de direitos fundamentais da Constituição.

É importante salientar, além disso, o conceito de “direito da cidade” que já recebeu, inclusive, uma definição na Carta Mundial pelo Direito à Cidade. Tal conceito está diretamente relacionado aos Princípios da Sustentabilidade, da Democracia, da Justiça Social e da Equidade.

Vale lembrar que o direito à cidade não é um ramo isolado do Direito, mas um conjunto de ciências e conhecimentos interligados, como urbanismo, economia e sociologia, que busca, de maneira interdisciplinar, garantir não apenas o direito à propriedade ou à posse pacífica por si só, mas também os benefícios e a qualidade de vida no espaço coletivo democrático. Insere-se nesse rol de conceitos o direito à moradia digna e adequada, em seus aspectos formal e material, como um dos mais preciosos de todos os Direitos Fundamentais Sociais.

Atualmente, para garantir a acessibilidade e a disponibilidade da prestação de serviços públicos, bem como a infraestrutura adequada e a habitabilidade em boa localização, torna-se fundamental tratar, primeiramente, a

questão da regularização dos espaços urbanos, através de processos específicos, uma vez que só é possível proteger e garantir os direitos dos grupos vulneráveis e minorias se eles forem devidamente alcançados pela legalidade.

É nesse contexto que observamos a importância da Regularização Fundiária. Conforme o artigo 46 da Lei nº 11.977/09, “a regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam a regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

O instituto possui várias modalidades, previstas em legislação específica, que visam ordenar o espaço territorial brasileiro, concedendo qualidade de vida à população e buscando melhorar as condições no meio ambiente artificial urbano. No presente trabalho, interessamos a Regularização Fundiária de Interesse Social, que é a espécie mais popular e destina-se a regularizar imóveis urbanos, públicos ou privados, ocupados por população de baixa renda, para fins de moradia, com fulcro nos artigos 53 a 60-A da Lei Federal nº 11.977/09.

O problema, portanto, que dá significado à presente pesquisa, é, primeiramente, o excesso de pessoas vivendo em situação de marginalidade e segregação, em imóveis não regularizados e sem qualquer garantia do mínimo existencial necessário para uma vida digna e plena.

Ademais, é preciso pesquisar acerca da eficácia ou não das políticas públicas de moradia e urbanização, bem como dos mecanismos de regularização dos terrenos urbanos, como meios capazes de promover a devida concretização ao direito fundamental social à moradia, combatendo, sobretudo, as desigualdades existentes na

sociedade.

2. JUSTIFICATIVA

O estudo do tema justifica-se em decorrência do alto número de propriedades urbanas irregulares, situadas em comunidades compostas por pessoas econômica e socialmente vulneráveis, segregadas do restante da população, sem a garantia de um mínimo existencial que deveria ser proporcionado pelo Estado, por força de previsão Constitucional.

O problema da incapacidade dos indivíduos possuírem a titularidade dos imóveis onde vivem vai além de mera formalidade. As zonas irregulares são invisíveis aos Estados e, portanto, não recebem a devida prestação de serviços públicos, por mais básicos que possam parecer, como coleta de lixo, iluminação pública, saneamento básico e/ou fornecimento de água tratada.

Insta salientar que, habitar é um direito primordial e religioso, no sentido literal da origem etimológica da palavra religião, isto é, “religa” o homem aos demais direitos fundamentais que gerem a vida individual e em comunidade. Todos os outros direitos fundamentais sociais estão diretamente relacionados ao direito à moradia, como os direitos à segurança, à alimentação, à educação, ao lazer e ao transporte público e coletivo. Só é possível concretizar os demais direitos se, antes, for garantido o direito à regularização da propriedade ou da posse do imóvel, como meio de acessibilidade e promoção dos direitos à moradia digna e adequada, à cidade sustentável e, sobretudo, ao bem estar e à dignidade da pessoa humana.

Ademais, trata-se de um assunto atual, que merece ser estudado para encontrar maneiras de viabilizar a efetividade do instituto da regularização fundiária e garantir a sustentabilidade dos ambientes urbanos,

priorizando as tutelas coletivas, como forma de diminuir e evitar o elevado número de demandas individuais, além de estimular a organização da comunidade, promovendo a participação dos habitantes e a sua inserção social e econômica.

Assim, estabelecer e estudar as bases da matéria em pauta, traçando uma linha de raciocínio e pontuando os seus aspectos mais relevantes, faz-se uma oportunidade indispensável de elaborar soluções para este discutido problema social.

Portanto, será sempre de relevante consideração para a sociedade a promoção de pesquisas que possam contribuir para a conscientização e o amadurecimento dos comportamentos sociais, bem como analisar e selecionar procedimentos e mecanismos, verdadeiramente, eficazes para a resolução dos problemas relacionados aos direitos à moradia adequada, à cidade sustentável e à propriedade privada.

3. OBEJTIVOS

3.1. Objetivo geral

O objetivo geral da presente pesquisa será analisar, primeiramente, alguns conceitos relacionados e inerentes ao tema, sobretudo dos direitos à moradia adequada, à cidade sustentável e à propriedade privada, bem como, quais são os possíveis meios de garantia de regularização fundiária, previstos na legislação e no ordenamento jurídico nacional, capazes de oferecer uma resolução para a atual problemática, concretizando os direitos fundamentais sociais aqui estudados.

Ademais, por meio deste trabalho, objetiva-se buscar compreensão e explicação para o elevado número de imóveis irregulares nas diversas comunidades do país, diante do grau insatisfatório de efetividade das políticas

públicas e dos mecanismos e procedimentos de regularização fundiária, objetos deste estudo, sempre visando superar os empecilhos para a concretização dos supracitados direitos e o combate à desigualdade social.

3.2. Objetivos específicos

Quanto aos objetivos específicos, a tarefa desta pesquisa será:

- Conceituar e compreender o instituto da Regularização Fundiária e suas modalidades, sobretudo, a de Interesse Social, e analisá-lo como mecanismo garantidor do direito fundamental social à moradia;
- Buscar as concepções históricas de urbanização no Brasil, visando compreender o que gerou o elevado número de pessoas segregadas e moradias inadequadas, sem a devida documentação de propriedade, presentes em praticamente todas as cidades do país, atualmente;
- Levantar dados, em fontes oficiais, sobre o número de imóveis sem regularização e a quantidade de cidadãos prejudicados pela burocratização do sistema em estimular, contribuir e proporcionar a regularização fundiária no Brasil;
- Analisar a competência das políticas públicas de regularização fundiária e se o instituto é eficaz ou não na concretização dos direitos à moradia adequada, à cidade sustentável e à propriedade;

- Empreender uma pesquisa acerca do conteúdo das jurisprudências, com o fito de observar se o problema é analisado pelos tribunais superiores sob uma perspectiva de direito privado ou como um direito fundamental, no exercício da função social da cidade e da função da propriedade urbana, num contexto de desenvolvimento sustentável.
- Verificar quais são as possíveis propostas para superar os impedimentos à efetividade dos supramencionados direitos, no caso de ineficácia do procedimento de regularização fundiária de interesse social;

4. HIPÓTESES

Atualmente, encontramos nas literaturas brasileiras e internacionais muitos mecanismos de fiscalização e regularização das propriedades, públicas e privadas, para fins de moradia e habitação em zonas urbanas.

Podemos citar, como base da análise do presente estudo, mas não como rol taxativo e esgotado, as Leis Federais nº 6.766/1979 (dispõe sobre o parcelamento do solo urbano), nº 10.257/2001 (estabelece diretrizes gerais da política urbana) e nº 11.977/2009 (dispõe sobre o programa minha casa, minha vida).

Até aqui foram demonstradas as problemáticas enfrentadas dentro do tema proposto, qual seja, o direito fundamental social à moradia adequada e suas mazelas e a regularização fundiária de interesse social como mecanismo de garantia e solução para tais problemas.

Neste íterim, como hipóteses de soluções para o problema teórico delimitado, enfrentaremos a análise de alguns processos e procedimentos coletivos, como

possíveis respostas para a resolução das demandas habitacionais da população vulnerável e de baixa renda. O condão desses Processos Coletivos é justamente defender o direito social em tela, agilizando a prestação de serviços administrativos e da demanda judiciária, por meio da redução do número de processos individuais e prolatando decisões de efeito *erga omnes* ou *ultra partes*, que protejam os direitos transindividuais.

As associações e os movimentos populares sociais, que lutam pela concretização dos direitos habitacionais dos cidadãos, encontram resguardo em um elenco de garantias constitucionais, que serão estudadas em suas minúcias durante a elaboração deste trabalho, a fim de averiguar os seus limites, alcance e eficácia.

Além disso, o Usucapião Especial Urbano Coletivo será tratado em tópico próprio, devido a sua importância. Este instituto foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Estatuto da Cidade, Lei Federal nº 10.257/2001, com o objetivo de promover a regularização em massa de terrenos nos centros urbanos, ocupados por população social e economicamente vulnerável. Neste sentido, o legislador procurou tornar possível o acesso de moradores de comunidades carentes na regularidade de suas moradias.

Outro mecanismo de elevado valor, que merece ser especialmente analisado, é a ZEIS – Zona Especial de Interesse Social. Com previsão legal no artigo 4º, inciso V, alínea “f” do Estatuto da Cidade, trata-se de “parcela de área urbana instituída pelo Plano Diretor ou definida por outra lei municipal, destinada predominantemente à moradia de população de baixa renda e sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo”. Em suma, é utilizado para estabelecer parâmetros e regras de parcelamento, possibilitando a legalização dos terrenos, através de procedimentos baratos, fáceis e não-burocráticos.

Ademais, existem outros meios de tutelas com caráter coletivo, que devem ser utilizadas para dar efetividade aos direitos fundamentais habitacionais sustentáveis, tais como a Concessão de Uso Especial para fins de Moradia (Medida Provisória nº 2.220/2001), a Desafetação e a Desapropriação.

Diante de todo o exposto, restando demonstrados os problemas e as hipóteses, o presente trabalho visa ofertar solução para a questão da eficácia das políticas públicas de moradia e urbanização e dos institutos de regularização fundiária e a sua abrangência, por meio de tutelas responsáveis, que satisfaçam as necessidades da coletividade, proporcionando cidades saudáveis e sustentáveis, onde todos estejam devidamente inseridos, sem possibilidade de segregação.

5. METODOLOGIA

Para a confecção do presente projeto, com a devida eficiência e utilidade, será desenvolvida, a priori, uma pesquisa teórico-bibliográfica, buscando estudar doutrinas do direito brasileiro e do direito internacional, com o fito de determinar alguns conceitos importantes e traçar um comparativo acerca de eventuais posicionamentos de alguns países sobre o Direito Fundamental à Moradia e o instituto da Regularização Fundiária.

Serão analisados, ainda, artigos científicos publicados em revistas jurídicas ou periódicos, impressos ou eletrônicos, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 e legislação infraconstitucional comentada acerca do tema.

Num segundo momento do estudo será realizado um levantamento de dados estatísticos para averiguar o número de imóveis irregulares, bem como a quantidade de

pessoas prejudicadas pelo problema da falta de regularização fundiária.

A partir deste ponto será utilizada a metodologia de análise e seleção bibliográfica acerca dos possíveis mecanismos de regularização fundiária, garantidores dos direitos coletivos à moradia adequada, à cidade sustentável e à propriedade privada, previstos no ordenamento jurídico brasileiro, e sua eficácia na capacidade de oferecer a devida concretização desses direitos.

Concluída esta fase, será discutido, por fim, o caminho mais viável a ser percorrido no sentido de dar efetividade aos direitos transindividuais que regem a disciplina, tanto no âmbito formal, quanto no material, considerando o tempo e a destinação dos recursos públicos.

Ademais, cumpre salientar que a dissertação a ser elaborada, será redigida de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), em consonância com as diretrizes apresentadas pelo programa de pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itaúna, utilizando um procedimento metodológico dedutivo.

6. MARCO TEÓRICO

Conforme já fora explicitado em tópico anterior, o direito fundamental à moradia é um direito basilar aos demais direitos sociais e elemento essencial à dignidade da pessoa humana, consagrado e assegurado pela Constituição Federal do Brasil, que visa, entre tantas coisas, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais.

Para Luciano de Souza Godoy “um indivíduo, para se desenvolver como pessoa, nascer, crescer, estudar, formar sua família, adoecer e morrer com dignidade, necessita de um lar, de uma moradia, de uma

sede física e espacial onde irá viver” (GODOY, 2006, p.48).

Existe uma obrigatoriedade do Estado em promover a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente, para o presente trabalho, do direito à moradia digna e adequada e, conseqüentemente, uma cidade sadia e sustentável. Assim, deve ser travada uma luta pela busca de um ambiente urbano igualitário para todos, sem a segregação dos hipossuficientes, na medida da desigualdade de cada pessoa e/ou comunidade, tomando as providências necessárias para assegurar a concretização desse direito coletivo.

Nos ensinamento de Robert Alexy, sobre o dever de igualdade:

“Ele exige que toda norma jurídica seja aplicada a *todos* os casos que sejam abrangidos por seu suporte fático, e a *nenhum* caso que não o seja, o que nada mais significa que dizer que as normas jurídicas devem ser cumpridas. Mas o dever de obedecer às normas jurídicas é algo que elas mesmas já afirmam, na medida em que expressam um dever-ser. Nesse sentido, o dever de igualdade na aplicação da lei exige apenas aquilo que já é de qualquer forma aplicável se as normas jurídicas são válidas. Ele reforça a vinculação dos órgãos de aplicação do direito às normas criadas pelo legislador, sem estabelecer qualquer requisito substancial para essas normas, ou seja, sem vincular o legislador. O legislador pode discriminar como bem lhe aprouver; desde que suas normas discriminatórias sejam observadas em todos os casos, o dever de igualdade na aplicação da lei terá sido satisfeito.” (ALEXY, 2008, p.394)

Isto significa que, a partir do momento que

a Constituição Federal Brasileira prevê, em seu artigo 5º, §1.º, a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (incluído o direito à moradia, aqui estudado), chama para si o dever de cumprir a referida norma e satisfazer as demandas individuais de cada um, sempre de maneira igualitária, de modo que supra as necessidades de todos.

Sobre o instituto da Regularização Fundiária de Interesse Social, como meio para garantir a igualdade e o acesso ao direito à moradia digna e adequada, através da propriedade privada ou da estabilidade da posse, Mariana Chiesa Gouveia Nascimento esclarece:

“Para compreender o conceito de “regularização fundiária urbana de interesse social”, é necessário reconhecer a íntima relação do instituto com direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados. [...] A regularização fundiária tem como finalidade, conforme o próprio termo indica, tornar regular uma situação fundiária que se apresenta juridicamente em desconformidade com o ordenamento jurídico. Isso significa trazer para a legalidade situações que, apesar de ilegais na sua origem, merecem ser harmonizadas com a norma jurídica, pelas mais variadas razões. Os demais adjetivos, “urbana” e “interesse social”, apenas qualificam mais o tipo de regularização fundiária objeto do trabalho.” (NASCIMENTO, 2013, p.18)

Insta frisar que, antes de tratar das questões referentes à materialização do Urbanismo e da Urbanização consciente das cidades, de maneira interdisciplinar, é preciso promover e garantir a regularização dos imóveis urbanos para que, assim,

tornem-se visíveis ao Estado e sejam atingidos pela prestação de serviços públicos. Para isso, é fundamental que os juristas procurem soluções para resolver a problemática do direito à moradia no Brasil, sobretudo, obtendo informações reais e pertinentes acerca da atual sistemática trazida pelo Estatuto da Cidade, bem como, promovendo à interação de todos no processo de gestão urbana.

Neste sentido, sobre as bases do novo marco jurídico-urbanístico, Edésio Fernandes ensina:

Esse desafio é especialmente significativo para os operadores do Direito: juízes, promotores, advogados, defensores públicos, registradores, estudantes de Direito, essa é uma categoria que está sendo veementemente chamada, ainda que tardiamente, para enfrentar esse enorme desafio que é materializar a ordem jurídico-urbanística consolidada pelo Estatuto da Cidade e, assim, contribuir com outros atores no sentido da promoção da reforma urbana no Brasil. Num primeiro momento, isso exige da parte dos operadores do Direito que obtenham informação objetiva sobre essa nova ordem jurídica, seus pressupostos, seus princípios, bem como seus institutos, mecanismos e processos. Em um segundo momento, é necessária a promoção de debates que promovam uma análise crítica acerca das possibilidades dos novos institutos, estratégias e processos de gestão urbana trazidos pelo Estatuto da Cidade. E, em um terceiro momento, talvez o maior desafio de hoje para os juristas brasileiro seja o de construir uma doutrina e uma jurisprudência consistentes, sólidas, construtivas e pró-ativas, permitindo que todos os princípios da nova ordem jurídico-urbanística sejam

efetivamente materializados.
(FERNANDES, 2009, p.3)

Quanto ao instituto do Usucapião Especial Urbano Coletivo, que será estudado como meio de dar efetividade à Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social, Silvio Rodrigues afirma que “através do usucapião o legislador permite que determinada situação de fato, que, sem ser molestada, se alongou por um intervalo de tempo determinado na lei se transforme em situação de direito” (RODRIGUES, 2003, p.104)

Seguindo este entendimento, Dalmo de Abreu Dallari assegura:

“Assim, pois, a posse de um imóvel, que já recebia proteção e tinha efeitos jurídicos reconhecidos desde o advento do Código Civil, ganhou maior significação com a Constituição de 1988. Através do Usucapião, figura jurídica de antiga tradição, tem-se o meio legal para corrigir a prática anti-social de abandonar porções de terra, negando-lhes a função social que hoje é reconhecida e exigida pela Constituição. Desse modo não se afronta o direito de propriedade, pelo contrário, ele é reforçado e valorizado através de sua vinculação imediata ao atendimento das necessidades fundamentais dos indivíduos e grupos familiares que integram a sociedade.” (DALLARI, 1992, p. 376)

Por fim, e não menos importante, analisaremos a ZEIS – Zona Especial de Interesse Social. Trata-se de um mecanismo, cujo procedimento é simples, comumente utilizado para estabelecer regras de parcelamento e legalização de terrenos urbanos, cujo conceito e os objetivos são muito bem trabalhados por Nelson Saule Júnior, que diz que:

ATIVIDADES	JUN/2017	AGO/2017	OUT/2017	FEV/2018	JUN/2018	SET/2018	JAN/2019	JUN/2019
Conclusão do projeto	X							
Levantamento bibliográfico		X						
Confeção da primeira versão do sumário			X					
Conclusão das primeiras leituras / fichamentos				X				
Conclusão do primeiro capítulo da dissertação					X			
Conclusão do segundo capítulo da dissertação						X		
Conclusão da dissertação							X	
Defesa								X

"[...] a Zona Especial de Interesse Social deve ser aplicada pelos Municípios para atender a dois objetivos da política habitacional. O primeiro diz respeito a atender às diretrizes da política urbana, previstas nos incs. XIV e XV do Estatuto da Cidade, da regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda e da simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias". (SAULE JR., 2007, p.64)

Portanto, diante de todo o exposto até aqui e das obras neste tópico apresentadas, será elaborada a pesquisa proposta por este projeto, que se baseará ainda nas demais obras relacionadas como referências.

7. CRONOGRAMA

O cronograma de execução deste projeto de pesquisa se dividirá da seguinte forma:

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Publicada no *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 13 Jun. 2017.

BRASIL. *Lei nº 6.766, de 19 de Dezembro de 1979*. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras

providências. Presidência da República. Brasília, 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm> Acesso em: 15 Jun. 2017.

BRASIL. *Lei nº 10.257/01, de 10 de Julho de 2001*. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais de política urbana e dá outras providências. Presidência da República. Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm> Acesso em: 15 Jun. 2017.

BRASIL. *Lei nº 11.977/09, de 07 de Julho de 2009*. Dispõe sobre o programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Presidência da República. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/11977.htm> Acesso em: 15 Jun. 2017.

COSTA, Fabrício Veiga. *Mérito Processual: a formação participada nas Ações Coletivas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Usucapião Coletivo*. R. Inf. Legisl. Brasília. a.29 n. 115 jul./set. 1992. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176057/000472196.pdf?sequence=3>> Acesso em: 19 Jun. 2017.

DIAS, Maria Tereza Fonseca e FIGUEIREDO, Lorena Mello e. *Questões Políticas e Questões de Princípio: o direito à moradia e à participação popular na política de urbanização do aglomerado da Serra em Belo Horizonte*. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/1285>> Acesso em: 14 Jun. 2017.

FERNANDES, Edésio. *A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil*. Disponível em <file:///C:/Users/Cliente/Downloads/A_nova_ordem_juridi

co-urbanistica_no_Brasil.pdf> Acesso em: 15 Jun. 2017.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade – direito ao futuro*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GODOY, Luciano de Souza. *O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUSTIN, Miracy B. S. *(Re)Pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013.

MACIEL JR., Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: Editora LTr, 2006.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 5 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41 ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015.

NASCIMENTO, Mariana Chiesa Gouveia, *Regularização Fundiária Urbana de Interesse Social no Direito Brasileiro*. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-10012014-170104/pt-br.php>> Acesso em: 18 Jun. 2017.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4 ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 3 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

POLICÊNTRICO, Fórum Social Mundial. *Carta Mundial pelo Direito à Cidade de 2006*. Disponível em <<http://www.polis.org.br/uploads/709/709.pdf>> Acesso em: 16 Jun. 2017.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das coisas*. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

SAULE JÚNIOR, Nelson. *Direito Urbanístico*. Porto Alegre: Safe, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 32 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

TONELLA, Celene. *Políticas Urbanas no Brasil: marcos legais, sujeitos e instituições*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922013000100003> Acesso em: 14 Jun. 2017.

VIEIRA, Eriton Geraldo e RAMOS JR. Othoniel Ceneceu. *O Processo de Urbanização e seus Reflexos em Prol de uma Cidade Sustentável*. Em: COSTA, Beatriz Souza (org.) *A cidade do futuro sem poluição: você faz parte deste projeto*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

O DIREITO FUNDAMENTAL A INCLUSÃO DA CRIANÇA COM DEFICIÊNCIA NO ÂMBITO ESCOLAR: UM ESTUDO JURÍDICO CONSTITUCIONAL DA COBRANÇA EXTRA NO VALOR DA MENSALIDADE

1 Introdução

A deficiência física é condição humana que historicamente esteve comparada a circunstâncias pejorativas. As sociedades antigas, anteriores ao Século V, especialmente a Grega e a Romana tratavam a deficiência como consequência da ação de espíritos demoníacos e forças sobrenaturais. A própria Religião Católica Apostólica Romana, ainda no século XVII, elencava a bruxaria como principal causadora das deficiências.

A tentativa das sociedades de justificar a ocorrência das deficiências com base em fenômenos místicos contribuiu para que a formação histórica da moral ocorresse sob a percepção de que os deficientes eram seres inferiores, fadados a perecer em razão da maldição que neles se manifestava sob a forma de cegueiras, surdez, má-formação corporal e síndromes diversas.

Muito em razão da influência moral para os sistemas políticos e jurídicos, nos séculos XIX e XX, o tratamento social dispensado à deficiência sedimentou-se sob um viés fatalista; Os deficientes estavam fadados a ser excluídos do convívio social amplo para receber cuidados em “instituições”, onde hipoteticamente teriam a atenção e “compaixão” necessárias para que pudessem sobreviver.

A segregação de alguns deficientes em razão da severidade de suas limitações poderia ser considerada justificável pragmaticamente, mas, uma parcela considerável desses indivíduos, mediante algumas

adaptações, poderia ser escolarizada em instituições comuns.

Ocorre que a deficiência sempre foi tratada pelo Estado e pela sociedade como grande gênero, em que se incluíam os idiotas, excepcionais, coxos, retardados, aleijados e outros rotulados como descapitados, o que acarretou então no surgimento de instituições de albergado, muitas erigidas com o objetivo nobre de cuidar, mas, que, posteriormente receberam a atribuição de prover alguma educação formal aos deficientes, a todos, sem considerar as peculiaridades e potencialidades de cada um.

A análise histórica da institucionalização da deficiência aponta para o pioneirismo de ações filantrópicas privadas, tais como a que resultou na criação das APAES, Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais, que teve no início no Brasil em 1954, sob a influência da diplomata norte americana Berenice Berns, que buscou implementar aqui o modelo desenvolvido nos Estados Unidos da América desde 1841.

Desde então, as instituições especializadas reúnem tanto a função de prover cuidados físicos terapêuticos quanto de prover educação formal, sendo tratadas hoje no Brasil como “escolas especiais” pela Lei 9.394/96, que é a de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

A perspectiva da educação integracionista (escolar e terapêutica) para deficientes nas escolas regulares surge com vigor nos Estados Unidos da América na década de 60, com o trabalho conjunto de médicos e professores (TELFORD, 1988).

Naquele país no ano de 1.975 foi publicada a Lei 94.142, fruto de movimentos de pais e alunos com deficiência que reivindicavam o acesso de seus filhos com necessidades educacionais especiais ao sistema regular de ensino (STAINBAK E STAINBAK, 1999).

Nos Estados Unidos da América, desde então a educação integracionista, ou, inclusiva como preferem

alguns é a principal diretriz de atenção e cuidados para os deficientes físicos.

No Brasil a antiga Lei de Diretrizes e Bases Educacionais, editada em 1.961, previa o direito a educação do deficiente, preferencialmente em estabelecimentos regulares.

Sob a perspectiva internacional, a DECLARAÇÃO DE SALAMANCA DE 1994 foi instrumento chave para a consolidação da perspectiva integracionista, documento que contou com a adesão de 92 países, dentre eles o Brasil.

A lógica do modelo integracionista proposta na Declaração, repetindo a perspectiva norte americana, é prover a formação conteudista por meio de recursos de aprendizagem especiais, agregados ao suporte terapêutico de que necessitam os deficientes. A escola então tem de adaptar seu espaço físico para a implementação de salas de atendimento, contratar profissionais da área da saúde para suporte e dispor ainda de tutores para os deficientes que deles necessitam.

No Brasil, o DECRETO 7.611/2011 tratou da questão do atendimento especializado ao deficiente na escola, confirmando o teor do artigo 24 da CONVENÇÃO DA ONU DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA DE 2006.

Obviamente que a implementação de um modelo escolar diferenciado, baseado em atenção multidisciplinar, aumenta os custos ordinários para a escola, que quando pública, deverá contar com repasses adicionais.

O presente trabalho por sua vez se propõe a analisar a questão dos efeitos desse custo adicional para as instituições privadas de ensino, não apenas sob o viés mercadológico, mas principalmente levando em consideração que referido fator pode constituir em retrocesso histórico para a educação inclusiva, afastando as instituições privadas da lógica integracionista.

2 Justificativa

As metas para a efetivação da inclusão educacional no Brasil vem sendo traçadas pelos Planos Nacionais de Educação, o último desses, aprovado pela Lei 13.005/2014, que propôs como meta a ser atingida no decênio 2014-2024 universalizar, para a população entre quatro e dezessete anos de idade o ensino inclusivo, com recursos especiais e atendimento multidisciplinar.

O objetivo do Brasil portanto é superar o histórico de segregação dos deficientes, promovendo medidas que permitam o amplo convívio social destes, primordialmente por meio da escola.

A Lei 13.146/2015, de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), previu a obrigatoriedade de implementação de sistema educacional inclusivo para deficientes, em todos os níveis, mediante a adoção de projeto pedagógico individualizado, ensino de línguas, adaptações individualizadas e coletivas em prol do aprendizado do deficiente (materiais, tecnologias e recursos), acesso ao esporte por meio da escola, aprimoramento dos professores para a educação inclusiva, assistência direta aos que necessitam por meio de profissional de apoio (tutor), dentre outras medidas que estão elencadas no artigo 28 do referido diploma legal.

Segundo dados do Censo Escolar do ano de 2016, 18% dos alunos do ensino fundamental do Brasil estudam em instituições privadas; 14,8% dos estudantes do ensino médio estão na rede privada e 78,1% dos estudantes de nível superior frequentam a mesma rede particular.

A implementação das medidas de educação inclusiva obviamente terá considerável repercussão econômica no orçamento destas escolas, algumas, pequenas instituições, situadas em localidades em que a distribuição de renda é fator prejudicial.

Ocorre que o Estatuto da pessoa com deficiência expressamente proibiu o repasse dos custos das medidas de inclusão pelas escolas particulares, dispondo no parágrafo primeiro do artigo 28 que será vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza nas mensalidades, anuidades e matrículas para o cumprimento das medidas de inclusão.

A Confederação Nacional dos Estabelecimento de Ensino Particulares promoveu a Ação Direta de Inconstitucionalidade número 5.357, em que questionou o dispositivo legal mencionado no parágrafo anterior, ao argumento de que ofenderia os artigos 5º, caput, incisos XXII, XXIII, LIV, 170, incisos II e III, 205, 206, caput, incisos II e III, 208, caput, inciso III, 209, 227, caput, § 1º, inciso II, todos da Constituição da República.

A argumentação central da autora da ação é que a impossibilidade de repasse de custos mitigaria a livre concorrência e liberdade de exercício da atividade econômica, competindo apenas ao Estado suportar tais custos.

Em voto de relatoria do Ministro Edson Fachin, que será objeto de criteriosa análise ao longo do desenvolvimento do trabalho, foi confirmada a proibição de repasse dos custos adicionais.

Ocorre que referida proibição suscita diversas questões jurídico sociológicas que deverão ser melhor enfrentadas, haja visto que, de plano, na prática, os estabelecimentos particulares ao invés de receberem incentivos para atrair a matricular deficientes ganharam do Supremo Tribunal Federal a confirmação de um ônus financeiro, que dentro da dinâmica de mercado pode significar que estas instituições efetivamente não se esforçarão para promover a inclusão.

A tema problema do trabalho está portanto umbilicalmente ligado ao conceito e aplicabilidade das ações afirmativas no Estado brasileiro.

3 Objetivos

3.1 Objetivo geral

Analisar se a proibição de repasses de custos pelos estabelecimentos de ensino particular brasileiros pode contribuir para a manutenção do segregacionismo dos deficientes no ambiente escolar, propondo alternativas para que tais estabelecimentos possam também obter incentivos para atrair e manter matriculados deficientes.

3.2 Objetivos específicos

- Analisar o significado semântico e histórico da expressão pessoa com deficiência e sua adequação.
- Estudar as medidas educacionais para a inclusão do deficiente questionando a sua eficácia prática.
- Estudar a eficácia legislativa da ação afirmativa de inclusão educacional criada pelo Estatuto das Pessoas com deficiência
- Analisar todo arcabouço jurídico que regulamenta e tutela o instituto da educação inclusiva em âmbito nacional e internacional público.
- Avaliar criticamente os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 5.357.
- Apurar qual a sistemática de cobertura de custos com educação inclusiva nos Estados unidos da América, Alemanha e França;
- Promover a análise da adequação da proibição do repasse de custos perante o direito de propriedade, o livre exercício da atividade econômica e o inexorável efeito que tal repasse terá sobre os mensalidades e demais valores pagos por alunos que não são portadores de deficiência em uma mesma instituição;

- Verificar se a proibição de repasse de custos é medida legislativa simbólica, na medida em que apesar de ter um objetivo aparentemente nobre, contribui para que as escolas particulares não tenham interesse genuíno em receber deficientes.
- Averiguar até que ponto a proibição de repasses com inclusão consiste em irresponsabilidade relativa do Estado quanto ao deficiente matriculado no sistema particular.
- Propor mecanismo de justiça social e fiscal que permita às instituições privadas compensar parte das despesas com inclusão de sua carga tributária, de forma a distribuir equitativamente com o Estado a responsabilidade pela inclusão educacional dos deficientes.

4 Metodologia

A metodologia a ser utilizada na pesquisa será a consulta bibliográfica a livros, bases de dados públicas e artigos científicos específicos que versam sobre a temática proposta.

Será realizada ainda pesquisa documental através de uma análise interpretativa e aprofundada do arcabouço jurídico que rege o tema, inclusive legislação nacional e internacional ligada à matéria, bem como os anteprojetos das leis estudadas, a fim de se perquirir os motivos do legislador.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.357 será objeto de criteriosa análise, afim de verificar até que ponto sua argumentação é coerente com o sistema de inclusão do deficiente previsto na Constituição Federal de 1988 e demais instrumentos normativos em vigor sobre o tema.

O procedimento metodológico a ser adotado será o dedutivo, partindo de conceitos sociológicos ligados à efetividade das ações afirmativas, voltados a propor se for

o caso, melhorias a serem implementadas na legislação que rege o tema.

5 Referencial teórico

Neste trabalho adotar-se a como referencial teórico obras que tratam sobre a inclusão das pessoas com deficiência, sob perspectiva primordial de ARAÚJO, 2011, para quem:

“A educação é direito de todas as pessoas, com deficiência ou não. As pessoas com deficiência têm direito à educação, à cultura, como forma de aprimoramento intelectual, por se tratar de bem derivado do direito à vida. A educação deve ser ministrada sempre tendo em vista a necessidade da pessoa com deficiência. Isso não significa que a educação deva ser segregada, juntamente com outras pessoas com a mesma deficiência. A educação da pessoa com deficiência deve ser feita na mesma classe das pessoas sem deficiência. Os professores devem desenvolver habilidades próprias para permitir a inclusão desse grupo de pessoas. O trabalho inclusivo refletirá a tarefa de agregar democraticamente todos agentes neste processo. A inclusão na rede regular de ensino, com o desenvolvimento de tarefas específicas – e mesmo com tarefas de apoio, para permitir a sua melhor adaptação – mostrará o grau de cumprimento do princípio da igualdade. Igualdade, direito à educação, ensino inclusivo são expressões que devem estar juntas, exigindo do professor e da escola o desenvolvimento de habilidades próprias para propiciar, dentro da sala de aula e no convívio escolar, oportunidades para todos, pessoas com deficiência ou não, P.32-33”

A proibição do repasse de custos pelos estabelecimentos particulares será tratada como ação

afirmativa devendo se perquirir, como suscita FRASER, 2001, se é medida capaz de efetivar o que chama de “concepção bidimensional de Justiça”, na qual tanto escola particular quanto deficiente seriam partes de algo mais amplo, que é a promoção do bem social.

A princípio, ações afirmativas incapazes de se sustentar sob a perspectiva bidimensional tendem a ser ineficazes.

Outra perspectiva a ser abordada é a de HABERMAS, 2002, que define nas economias liberais de mercado o papel essencial da atividade política é promover a “inclusão do outro”, sob a perspectiva de compreensão dos direitos humanos como tônica das decisões do Estado, o que pode significar que não bastaria ao Estado brasileiro impedir o repasse de custos adicionais, sendo seu dever político fundamental analisar se tal medida é de fato inclusiva.

O trabalho também se baseará em todas as referências apresentadas abaixo.

6 Cronograma

O cronograma de execução deste projeto de pesquisa se dividirá da seguinte forma:

ATIVIDADES	JUN/2017	AGO/2017	OUT/2017	FEV/2018	JUN/2018	SET/2018	JAN/2019	JUN/2019
Conclusão do projeto	X							
Levantamento bibliográfico		X						
Confeção da primeira versão do sumário			X					
Conclusão das primeiras leituras / fichamentos				X				
Conclusão do primeiro capítulo da dissertação					X			
Conclusão do segundo capítulo da dissertação						X		
Conclusão da dissertação							X	
Defesa								X

Referencias

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas com deficiência. 4ª Ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2011.

BLACK, Edwin. **A guerra contra os Fracos:** a eugenia e a companhia Norte-Americana para criar uma raça superior. 1 ed. São Paulo: Girafa, 2004.

BRASIL, Lei 13.146/15, Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm, acesso em 12 de junho de 2017

BRASIL, Lei 13.005/14, Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm, acesso em 09 de junho de 2017.

BRASIL, Lei 9.394/96, Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm, acesso em 12 de junho de 2017.

BRASIL. CENSO DA EDUCAÇÃO DO ANO DE 2016, disponível em, http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/notas_estatisticas/2017/notas_estatisticas_censo_escolar_da_educacao_basica_2016.pdf Censo Escolar, acesso em 17 de junho de 2017.

BRASIL. STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5357, Brasília-DF. Supremo Tribunal. Publicação. **Diário da Justiça Eletrônico** – Acompanhamento Processual. Substituição do Relator 28 de março de 2016. Relator. Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5322&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M> > Acesso em 12 de junho de 2017.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>, acesso em: 04 de junho de 2017.

FRASER, N. Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia.

In: ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA EDUCACIÓN, LA CIENCIA Y LA CULTURA. Informe mundial sobre la cultura: 2000-2001

GUSTIN, Miracy B. S. (Re)Pensando a pesquisa jurídica. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (2016). Curso de direito internacional público. 10ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (2016a). Curso de direitos humanos. 3ª edição. São Paulo: Método, 2016.

ONU. Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 20/03/2017.

STAINBACK, Suzan & Willian Satainback. Inclusão: Um Guia para Educadores. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999.

TELFORD, Charles Witt, O indivíduo excepcional, São Paulo: LTC, 1988.

UNESCO. Declaração de Salamanca e Linha de ação sobre necessidades educativas especiais. [Adotada pela Conferencia Mundial sobre Educação para Necessidades Especiais]. Acesso e Qualidade, realizada em Salamanca, Espanha, entre 7 e 10 de junho de 1994. Genebra, UNESCO 199

