DIREITOS HUMANOS
JURIDICIDADE E EFETIVIDADE

CONSELHO EDITORIAL SELO ÁGORA21

PRESIDÊNCIA
Felipe Dutra Asensi
Marcio Caldas de Oliveira

CONSELHEIROS
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alfredo Freitas (AMBRA, Estados Unidos)
André Guasti (TJES, Vitória)
Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo)
Bruno Zanotti (PCES, Vitória)
Camila Jacobs (AMBRA, Estados Unidos)
Camilo Zufelato (USP, São Paulo)
Carolina Cyrillo (UFRJ, Rio de Janeiro)
Claudia Pereira (UEA, Manaus)
Claudia Nunes (UVA, Rio de Janeiro)
Daniel Giotti de Paula (Intejur, Juiz de Fora)
Eduardo Val (UFF, Niterói)
Fernanda Fernandes (PCRJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Jeverson Quinteiro (TJMT, Cuiabá)
José Maria Gomes (UERJ, Rio de Janeiro)
Luiz Alberto Pereira Filho (FBT-INEJE, Porto Alegre)
Paula Arevalo Mutiz (FULL, Colômbia)
Paulo Ferreira da Cunha (UP, Portugal)
Pedro Ivo de Sousa (UFES, Vitória)
Raúl Gustavo Ferreyra (UBA, Argentina)
Ramiro Santanna (DPDFT, Brasília)
Raphael Carvalho de Vasconcelos (UERJ, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UCAM, Rio de Janeiro)
Santiago Polop (UNRC, Argentina)
Siddharta Legale (UFRJ, Rio de Janeiro)
Tatyane Oliveira (UFPB, João Pessoa)
Tereza Cristina Pinto (CGE, Manaus)
Thiago Pereira (UCP, Petrópolis)
Vanessa Velasco Brito Reis (PGM, Petrópolis)
Vania Marinho (UEA, Manaus)
Victor Bartres (Guatemala)
Yolanda Tito Puca (UNMSM, Peru)

REVISADO PELA COORDENAÇÃO DO SELO ÁGORA21

ORGANIZADORES
ARTHUR BEZERRA DE SOUZA JUNIOR, DANIEL GIOTTI DE PAULA, EDUARDO KLAUSNER, ROGERIO BORBA DA SILVA

DIREITOS HUMANOS
JURIDICIDADE E EFETIVIDADE

GRUPO MULTIFOCO
Rio de Janeiro, 2019

Copyright © 2019 Arthur Bezerra de Souza Junior, Daniel Giotti de Paula, Eduardo Klausner, Rogerio Borba da Silva (org).

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Asensi e Marcio Caldas
EDIÇÃO Felipe Asensi
REVISÃO Coordenação Editorial Selo Ágora 21
PROJETO GRÁFICO E CAPA Caroline da Silva

DIREITOS RESERVADOS A

GRUPO MULTIFOCO
Av. Mem de Sá, 126 - Centro
20230-152 / Rio de Janeiro, RJ
Tel.: (21) 2222-3034
contato@editoramultifoco.com.br
www.editoramultifoco.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.
Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito dos editores e autores.

DIREITOS HUMANOS: JURIDICIDADE E EFETIVIDADE
Souza Junior, Arthur Bezerra de. Paula, Daniel Giotti de.
Klausner, Eduardo. Silva, Rogerio Borba da.
ISBN: 978-85-8273-771-2

SUMÁRIO

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS 15
SOBRE O CAED-Jus 17

DIREITO CIVIL 19

A LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL EM PROL DAS PESSOAS IDOSAS 20
Ariolino Neres Sousa Junior

A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS: DIFERENTES ACEPÇÕES PARA UM MESMO INSTITUTO 33
Bárbara Simões Narciso, Gabriel Ribeiro Brega e Marina Giovanetti Lili Lucena

RESERVAS E DECLARAÇÕES SOBRE A CAPACIDADE CIVIL: nos debates da elaboração da CDPD 46
Charles de Sousa Trigueiro, Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres, Álvaro Duarte e Maryela Mireia de Sousa Bandeira

A BOA-FÉ OBJETIVA COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NAS RELAÇÕES PARTICULARES 55
Eduardo Resende Rapkivcz

A IMAGEM FALA POR SI SÓ? DESCONSTRUINDO O MITO DA OBJETIVIDADE 72
Marina Giovanetti Lili Lucena

DIREITO CONSTITUCIONAL 85

O ESTADO E O DIREITO NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A AUTONOMIA DA VONTADE 86
Patrícia De Battisti Almeida e Fabio Rodrigues Teixeira de Almeida

DIREITOS FUNDAMENTAIS DIGITAIS: DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL À REALIDADE DIGITAL 103
Ariel Moura

THE MYTH OF ABSOLUT SOVEREIGNTY OF THE BRITISH PARLIAMENT: CONTEXT, CONSTRAINS AND FACTS 121
Caroline Stéphanie Francis dos Santos Maciel

DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AO TRANSCONSTITUCIONALISMO: IMPACTOS E REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 134
Cicera Amanda Guilherme Fernandes, Wesley Silva dos Santos e Matheus Assis dos Santos

ÁGUA, UM DIREITO FUNDAMENTAL? 150
Cinthia da Silva Barros e João Paulo Soares e Silva

IS THE HDI (HUMAN DEVELOPMENT INDEX) A MEASURE OF CONSTITUTIONALITY? 162
Eduardo Monteiro Burkle e Mirelle Neme Buzalaf

EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DA CAPACIDADE POLÍTICA ATIVA SOB A ÓTICA DO SISTEMA ELEITORAL INTERNACIONAL 175
Gabriel Vieira Terenzi

LAICIDADE E RELIGIÃO: DESENCONTROS NA DISCUSSÃO DA ADPF 442.....189
Giulia Madeira

A INELEGIBILIDADE DE DILMA ROUSSEFF E A COMPETÊNCIA PARA RECONHECÊ-LA 203
Henrique Breda Foltz Cavalcanti

A ILICITUDE DAS PEDALADAS FISCAIS E SUA CONFIGURAÇÃO COMO CRIME DE RESPONSABILIDADE.....218
Henrique Breda Foltz Cavalcanti

DIREITOS SOCIAIS COMO CAMALEÕES NORMATIVOS, NEOCONSTITUCIONALISMO E OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL 237
Jaime Leônidas Miranda Alves

A INCONSTITUCIONALIDADE DA DESIGUALDADE DE SALÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 254
Jhéssica Luara Alves de Lima, Lindocastro Nogueira de Morais e Carmem Tassiany Alves de Lima

A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO ALICERCE DA DEMOCRACIA 271
Paulo Lage Barboza de Oliveira, José Augusto de Queiroz Pereira Neto e Danielle de Souza Soares Prudente

ATIVISMO JUDICIAL: AS RAZÕES PELAS QUAIS A DECISÃO POLÍTICA NÃO COMPETE AO JUDICIÁRIO.....287
Pérola Flexeira Karla Neves de Alencar

EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM CONSONÂNCIA COM A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS... 301
Viviane Cervantes Lima

DIREITO DO TRABALHO 318

O PRINCÍPIO DA INTANGIBILIDADE SALARIAL NA PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....319
Camila Garibaldi Santos Cruz

O TRABALHO PARASSUBORDINADO E A SUBJETIVIDADE JURÍDICA.....337
Felipe Cesar José Matos Rebêlo

A COBRANÇA DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DE BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA NA JUSTIÇA DO TRABALHO COMO POTENCIAL VIOLADOR DO DIREITO HUMANO DE ACESSO À JUSTIÇA.....352
Kaique Souza Pedaes

A REGULAMENTAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS DAS PROFISSIONAIS DO SEXO COMO SOLUÇÃO À SUA MARGINALIZAÇÃO NO BRASIL 370
Maria Júlia de Freitas

DIREITO DE GREVE: UM DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL ...387
Suelen Agum dos Reis e Débora Pinheiro Ferreira

A REALIDADE DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E NAS DECISÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS: UMA BUSCA DA MAIOR PROTEÇÃO AO TRABALHADOR 405
Thássia Gomes Borralho

DIREITO PENAL 419

REFLEXÕES SOBRE AS SANÇÕES PENAIS APLICADAS AOS CASOS DE PEDOFILIA: A TEORIA DO ROSTO COMO UM GARANTISMO PENAL 420
Adriane Patrícia dos Santos Faria e Lucas de Souza Gimenes

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS: DOS ESPETÁCULOS PUNITIVOS Á ALTERNATIVA RESSOCIALIZADORA 437
Alice dos Santos Oliveira e Fábia Carolyne da Silva Freire

A RELAÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E SEGURANÇA PÚBLICA: IMPLICAÇÕES PARA A ATIVIDADE POLICIAL 451
Aline Ribeiro da Cruz

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E O MODELO DE AUTORRESPONSABILIDADE 466
Bárbara Simões Narciso

O PROTAGONISMO DA MULHER NA ATIVIDADE CRIMINOSA NO BRASIL 484
Carlos Alberto Ferreira dos Santos e Ronaldo Alves Marinho da Silva

VIDAS NEGRAS IMPORTAM: UM ESTUDO ACERCA DA MORTE E APRISIONAMENTO DA POPULAÇÃO NEGRA NO BRASIL 499
Carlos Alberto Ferreira dos Santos

O PARADOXO ENTRE OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PROTEÇÃO DA IMAGEM SOCIAL DA PESSOA HUMANA: CRIMES CONTRA A HONRA E O STAND UP COMEDY 513
Daniel Kennedy Santana Lustosa

OS ERROS JUDICIÁRIOS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO 526
Débora Nicodemo

O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO COMO "ENCAIXOTADOR" DE PESSOAS E USURPADOR DE DIREITOS HUMANOS.....537
Edna Firmino Rodrigues Fernandes

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E SUAS CARACTERÍSTICAS COM ENFOQUE AO CRIME DE GENOCÍDIO E A SUA CONVENÇÃO PARA PREVENÇÃO E REPRESSÃO DESTE CRIME..... 548
Eduarda Paola Weiler de Siqueira e Fábio Dias Gadeia da Silva

O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO NA RESSOCIALIZAÇÃO DO RECLUSO: REALIDADE OU UTOPIA?..... 565
Elanne Dantas de Melo Borges

A INELEGIBILIDADE POR CONDENAÇÃO NÃO TRANSITADA EM JULGADO À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 580
Flávio Mirza Maduro, Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro e Vanessa Almeida Dutra

ENSAIO SOBRE O DIREITO À IMAGEM DA PESSOA PRESA NO BRASIL E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS.. 598
Hugo Rogério Grokskreutz

PENSAMENTO DECOLONIAL E DIREITOS HUMANOS: PROVOCAÇÕES PARA PENSAR OS SUJEITOS MARGINALIZADOS COMO DETENTORES DE DIREITOS.....615
Joice Furtado Lima

BEM JURÍDICO PENAL: AINDA UM CONCEITO NECESSÁRIO PARA A LEGITIMAÇÃO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO....631
Leonardo Ferreira dos Santos e Rhayssam Poubel de Alencar Arraes

GÊNERO E DIREITOS HUMANOS NA HISTÓRIA DO BRASIL: ANÁLISE DOS DIREITOS DA MULHER SOB A ÓTICA DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO 644
Luisa Leal F. Ravagnani, Antonio Eduardo Ramires Santoro e Lucas Neves Justino

DERECHOS HUMANOS, DERECHO PENAL ESPAÑOL Y FORMAS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER: EL CONVENIO DE ESTAMBUL ... 660
María Castro Corredoira

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: REFLEXOS DA RESOLUÇÃO 181.2017 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO 671
Mário Cesar da Silva Conserva

"NÃO HÁ VOCÊ SEM MIM": ANÁLISE DAS CATEGORIAS "PODER" E "VIOLÊNCIA" NOS CRIMES DE FEMINICÍDIO 692
Maynara Costa de Oliveira Silva, Isa Debora Pinto Lopes e Andressa Miguens Andrade

CRIMES DE FEMINICÍDIO EM ALAGOAS: A IMPORTÂNCIA DOS DISPOSITIVOS LEGAIS COMO ALTERNATIVA DE ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO 706
Paulo Ricardo Silva Lima, Fernanda Vicon Rocha e Silva, Eliaquim Ferreira dos Santos e Stephanye Magda dos Santos Ferraz

JUSTIÇA RESTAURATIVA - UM MODELO DE VALORIZAÇÃO HUMANA NA POLÍTICA CARCERÁRIA - METODO APAC 720
Renata Aparecida Silva

EXTRAÇÃO COMPULSÓRIA DE PERFIL GENÉTICO E A CRIAÇÃO DOS BANCOS DE DADOS NO ÂMBITO DA LEI 12.654/2012 740
Stephanie da Costa Vidal de Figueiredo e Maicon Souza Menegatti

DIREITO PROCESSUAL.....756

A CADEIA DE CUSTÓDIA NA PROVA PERICIAL: UMA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCESSO PENAL 757
Antonio Eduardo Ramires Santoro e Sthefany Caroline Tito Alcantara Ximenes

DIREITO DO CONSUMIDOR À LUZ DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS 775
Bruna de França Hungaro

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E O MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....795
Carla Campos Amorelli de Freitas

O DIREITO HUMANO AO PROCESSO JUSTO: BASE DA DEMOCRACIA E EFETIVIDADE ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO 808
Igor Labre de Oliveira Barros e Vinicius Pinheiro Marques

PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL: APONTAMENTOS E REFLEXÕES.....825
Isabela Moreira Antunes do Nascimento

UM OLHAR SOBRE AS INTERVENÇÕES CORPORAIS FACE AOS LIMITES ASSEGURADOS PELO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NA PERSPECTIVA DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL..... 843
Lorena Braga Raposo e Flávio Mirza Maduro

DIREITOS HUMANOS E SISTEMA DE PRECEDENTES: A VALORAÇÃO DO CONTRADITÓRIO NA FIXAÇÃO DA TESE JURÍDICA NO IRDR PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO 861
Marcelo Pereira de Almeida e Lucas Neves Justino

A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE PROCESSUAL POR MEIO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA .876
Mariana Fogaça Pereira e Mariana da Silva Barbosa

A OBRIGATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS PELO LITIGANTE DE BOA-FÉ EM SEDE DE TUTELA ANTECIPADA: UMA AFRONTA AOS DIREITOS HUMANOS.....893
Naíze Nally de Sousa Nina e Rejane Da Silva Viana

PUBLICISMO X PRIVATISMO E O AUTORREGRAMENTO DA VONTADE DAS PARTES..... 908
Paulo Lage Barboza de Oliveira, José Augusto de Queiroz Pereira Neto e Danielle de Souza Soares Prudente

A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E O ACESSO À JUSTIÇA: VALIDAÇÃO DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES EM PROL DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO 924
Rafael Haruo Rodrigues de Aguiar

O ABSENTEÍSMO PROCESSUAL NA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS: A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS SEGUNDO O PROJETO DE LEI N. 8.058/2014 943
Thiago Braga Dantas

CONSELHO CIENTÍFICO DO CAED-JUS

Adriano Rosa	Universidade Santa Úrsula, Brasil
Alexandre Bahia	Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil
Alfredo Freitas	Ambra College, Estados Unidos
Antonio Santoro	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Bruno Zanotti	PCES, Brasil
Claudia Nunes	Universidade Veiga de Almeida, Brasil
Daniel Giotti de Paula	PFN, Brasil
Denise Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Edgar Contreras	Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia
Eduardo Val	Universidade Federal Fluminense, Brasil
Felipe Asensi	Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Fernando Bentes	Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Glaucia Ribeiro	Universidade do Estado do Amazonas, Brasil
Gunter Frankenberg	Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha
João Mendes	Universidade de Coimbra, Portugal
Jose Buzanello	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Klever Filpo	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Luciana Souza	Faculdade Milton Campos, Brasil
Marcello Mello	Universidade Federal Fluminense, Brasil

Nikolas Rose	King's College London, Reino Unido
Oton Vasconcelos	Universidade de Pernambuco, Brasil
Paula Arévalo Mutiz	Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia
Pedro Ivo Sousa	Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil
Santiago Polop	Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina
Siddharta Legale	Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Saul Tourinho Leal	Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil
Sergio Salles	Universidade Católica de Petrópolis, Brasil
Susanna Pozzolo	Università degli Studi di Brescia, Itália
Thiago Pereira	Centro Universitário Lassale, Brasil
Tiago Gagliano	Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil

SOBRE O CAED-JUS

O **Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa consolidada e reconhecida de uma rede de acadêmicos para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões interdisciplinares de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se via internet, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. O evento é um dos principais congressos acadêmicos do mundo e conta com os seguintes diferenciais:

- Abertura a uma visão multidisciplinar e multiprofissional sobre o direito, sendo bem-vindos os trabalhos de acadêmicos de diversas formações
- Democratização da divulgação e produção científica;
- Publicação dos artigos em livro impresso no Brasil (com ISBN), com envio da versão ebook aos participantes;
- Galeria com os selecionados do Prêmio **CAED-Jus** de cada edição;
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas via internet;
- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes;
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados.

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional,

tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2019, o **CAED-Jus** organizou o **Congresso Interdisciplinar de Direitos Humanos (INTERDH)**, que ocorreu entre os dias 29 a 30 de abril de2019 e contou com 07 Grupos de Trabalho e mais de 400 artigos de 37 universidades e 19 programas de pós-graduação stricto sensu. A seleção dos artigos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos 07 livros do evento: Direitos humanos: juridicidade e efetividade, Visões de direitos humanos e fundamentais, Direitos sociais e efetividade, Interfaces entre instituições e Estado, Direitos humanos: diálogos interdisciplinares, Direitos humanos e sociedade e Teoria e empiria dos direitos humanos.

Os coordenadores dos livros atuaram diretamente no evento como conferencistas, avaliadores de trabalhos e/ou organizadores, contribuindo diretamente na seleção, organização e finalização das publicações.

O **INTERDH** foi um evento comemorativo dos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e foi um dos maiores e mais representativos eventos em língua portuguesa sobre o tema. Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus) e da Editora Multifoco e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros com excelência acadêmica.

DIREITO CIVIL

A LEI DA ALIENAÇÃO PARENTAL EM PROL DAS PESSOAS IDOSAS

ARIOLINO NERES SOUSA JUNIOR

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 – CF/88 – garante a proteção à família, considerando-a base da sociedade. Em razão da evolução social, o entendimento de família juntamente se modificou, e sua base passou a ser o laço afetivo. Consequentemente, tais mudanças acarretaram em muitas rupturas de famílias enquadradas no modelo tradicional. Foi nesse contexto que a prática de alienação parental passou a se intensificar, fazendo com o que o legislador percebesse a necessidade da criação de uma lei com fim de tratar sobre essa prática e proteger as suas vítimas.

Dessa forma, surgiu a Lei de Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010). Entretanto, esta somente traz como vítimas em seu texto a criança e o adolescente. Por outro lado, sabe-se que o idoso é mais limitado física e psiquicamente em comparação a um indivíduo mais jovem, isso em consequência do avançar da idade. Nesse sentido, deve a ele ser dada maior atenção e proteção por parte do Estado, da família e da sociedade, levando em consideração suas condições de vulnerabilidade.

Sendo assim, a pesquisa tem como objetivo analisar a Lei de Alienação Parental, demonstrando a sua aplicabilidade por analogia em prol da proteção e amparo legal à pessoa idosa.

2. *"ALIENAÇÃO PARENTAL"* E A DIFERENCIAÇÃO DA *"SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL"*

O estudo da alienação parental teve sua origem com o psiquiatra estadunidense Richard Gardner, na década de 80, sendo o limiar para a discussão da alienação parental. O termo por ele utilizado foi Síndrome de Alienação Parental, sendo definida como:

> A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a "lavagem cerebral, programação, doutrinação") e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo [...] (BUOSI, 2012, p. 32).

A dissolução familiar, de modo geral, é a causadora da alienação parental. Está intimamente relacionada às questões mal resolvidas entre os ex-cônjuges ou companheiros. A não aceitação com o rompimento e o sentimento de mágoa, acaba levando um dos genitores a utilizar o filho como instrumento para atingir o outro genitor, ou seja, a criança se torna o meio de vingança contra o genitor alienado. É como mostra Maria Berenice Dias (2016, p. 880):

> Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, faz surgir um desejo de vingança. Desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex parceiro. O filho é utilizado como instrumento da agressividade. É levado a rejeitar o outro genitor, a odiá-lo. Trata-se de verdadeira campanha de desmoralização.

Na mesma linha, discorrem Alexandridis e Figueiredo (2014, p. 93):

> Muitas vezes, um dos genitores implanta na pessoa do filho falsas ideias e memórias com relação ao outro, gerando assim uma busca em afastá-lo do convívio social, como forma de puni-lo, de se vingar, ou mesmo com o intuito falso de supostamente proteger o filho menor como se o mal causado ao genitor fosse se repetir ao filho.

Dessa forma, a alienação parental é uma prática violenta, o que interfere na formação psicológica da vítima. Trata-se de um processo de manipulação com o fim de desconstruir a imagem do genitor, fazendo com que o filho comece a vê-lo com desprezo. Com isso, consequentemente, vai sendo realizado um processo de desmoralização como já fora bem mencionado nas opiniões retro, e a criança aos poucos passa a desejar a distância do genitor alienado. Afinal, esse é o objetivo do alienador, qual seja cada vez mais distanciar o filho do genitor alienado, subtraindo-lhes a convivência.

Além disso, a vítima passa a acreditar nas palavras do alienador, consequência da relação de domínio exercida por este, propiciada pela vulnerabilidade e fragilidade, tendo em vista que o filho possui total confiança naquele que detém sua guarda. Tal processo pode se agravar com a implantação das falsas memórias. Logo:

> Um dos genitores leva a efeito verdadeira "lavagem cerebral", de modo a comprometer a imagem que o filho tem do outro, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme descrito pelo alienador. Como bem explica Lenita Duarte, ao abusar do poder parental, o genitor busca persuadir os filhos a acreditar em suas crenças e opiniões. Ao conseguir impressioná-los, eles sentem-se amedrontados na presença do outro. Ao não verem mais o genitor, sem compreenderem a razão do seu afastamento, os filhos sentem-se traídos e rejeitados, não querendo mais vê-lo. Como consequência, sentem-se desamparados e podem apresentar diversos sintomas. Assim, aos poucos se convencem da versão que lhes foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo paterno-filial [...] (BERENICE DIAS, 2016, p. 882).

Considerando o comentário retro mencionado, percebe-se que é considerada a fase de síndrome, na qual se verifica a real rejeição da criança ao genitor alienador, ou seja, há repúdio, ódio e até mesmo o temor do menor perante o alienador. Desta feita, vale salientar que a vítima raramente consegue discernir que está sendo manipulada, e até mesmo o alienador passa a acreditar nas histórias por ele narradas, ou seja, o próprio manipulador toma como verdade para sua vida as falsas memórias que implantou em seu filho. Esse fenômeno se caracteriza por uma lembrança distorcida da realidade ou de fatos que nunca existiram, como por exemplo, relatos de abuso sexual.

Importante ressaltar que a alienação parental pode ser praticada até mesmo por avós ou qualquer pessoa que detenha a vítima sob sua autoridade. Ainda pode atingir toda a família do outro genitor com o fim de a criança não mais desejar proximidade com os membros. É um processo de desconstrução atual, mas que pode resultar em consequências psicológicas futuras se não for identificado logo de início.

3. AMPARO LEGAL À PESSOA IDOSA

O direito à dignidade e ao respeito tem o mérito de não inferiorizar a pessoa idosa, ou seja, não discriminá-los. No decorrer da história, houve avanços significativos levando em consideração a expectativa de vida do idoso e, ainda, os primeiros passos para garantir-lhes notoriedade perante o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, pode-se mencionar o advento da Lei nº 6.179/74, aprovada no governo de Ernesto Geisel, que instituiu o amparo previdenciário para maiores de setenta anos e para inválidos.

Em âmbito Constitucional, a única Constituição brasileira que reconheceu a "velhice" como um direito inerente à dignidade humana, no sentido de envelhecer com dignidade e ter uma velhice digna, foi a atual Constituição. Isso é possível de observar em seu artigo 3º, inciso IV em que a vigente Constituição Federal veda a discriminação relacionada à idade. Adiante, no artigo 230, a Magna Carta estabelece que *"a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando*

sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar, garantindo-lhes o direito à vida". Estabelece ainda que os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares, e a gratuidade nos transportes coletivos urbanos. Tão logo, nota-se a preocupação do constituinte em garantir a proteção da pessoa idosa, visto que o amparo de que trata o artigo 230 vai além do viés econômico, abrangendo também a ideia de amparo afetivo.

Nesse cenário evolutivo, sobrevieram outras duas importantes leis que regulamentaram direitos e garantias do idoso, quais sejam: Lei da Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/94) e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03). A primeira, como diz em seu próprio artigo 1º "*tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade*". Ela que definiu a idade para uma pessoa ser considerada idosa. Ainda, trouxe diversas formas de atendimento ao idoso, como por exemplo, o atendimento asilar. A segunda foi promulgada posteriormente, subsidiando da justificativa que a população está em rápido processo de envelhecimento e precisa garantir, com isso, os direitos fundamentais da pessoa idosa. Neste sentido, Paulo Ramos (2014, p. 121) explica que:

> Dentro de um meio ambiente social em que as leis não são levadas, o Estatuto do Idoso tem contribuído para o fortalecimento dos direitos fundamentais das pessoas idosas, muito embora esses direitos continuem sendo desrespeitados, não por conta da fragilidade da lei em si, mas principalmente em razão de uma engenharia de país em que os seus atores ainda não se deram conta que pra avançar em direção ao desenvolvimento é preciso fazer o que é correto, e o que é correto está traçado do próprio texto da Constituição.

É fundamental frisar também que o referido Estatuto veio garantir ao idoso eficácia em reconhecer e garantir importantes direitos sociais, como saúde, educação, entre outros. Segundo a regra do art. 3º informa os responsáveis pela efetivação dos direitos do idoso: "É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com

absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária".

O Estatuto informa na redação do art. 4º que é proibido qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão contra a pessoa idosa, sendo que, no decorrer do texto legal, há tutela de inúmeros direitos e responsabilização daqueles que deixam de observar as normas de proteção ao idoso. Outra importante garantia à pessoa idosa mencionada no Estatuto é a possibilidade de criação de varas especializadas e exclusivas dos idosos, conforme prevê o artigo 70, além da prioridade de tramitação processual, disposta no artigo 71; e o direito ao foro privilegiado, conforme dispõe o artigo 80, o que não significa que o foro não poderá ser distinto daquele previsto na Lei.

Nota-se que houve a preocupação do legislador em garantir à população idosa condições dignas em todas as áreas, como o direito à moradia digna, assistência social, saúde, educação, cultura, lazer e muitos outros. Essa preocupação se deu em razão do aumento da expectativa de vida. Observou-se a necessidade de desenvolver normas com o fim de efetivar o que a Constituição Federal garante: a dignidade humana. No entanto, sabe-se que a lei, por si só, não é suficiente para garantir esses direitos, dependendo assim da colaboração da sociedade como um todo.

Dessa forma, o idoso, em decorrência de sua vulnerabilidade etária é potencial vítima de outros tipos de violências não previstas no Estatuto, como o caso da alienação parental. É fato que a velhice traz consigo a carga do passar dos anos e, assim, a pessoa vai se tornando mais frágil, vulnerável e dependente de outrem. Assim, verifica-se que:

> Como o avançar da idade gera a necessidade de mais cuidados e maior atenção, muitas vezes os idosos passam a ser considerados um estorvo. Os familiares têm suas próprias famílias, precisam trabalhar e, no mais das vezes, não têm mais nem tempo e nem paciência para cuidar de quem os cuidou durante toda uma vida. (BERENICE DIAS, 2016, p. 1.083)

Considerando a opinião explanada, é possível fazer um paralelo entre os idosos com as crianças e adolescentes no que tange ao reconhecimento dos direitos fundamentais sociais garantidos por legislações infraconstitucionais e pela vigente Constituição a esses grupos de vulneráveis. Em se tratando de crianças e adolescentes, tais direitos sociais foram ratificados após o advento da Lei 8.069/90- Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Já com o idoso, também amparado pela proteção integral constitucional, através do artigo 230, veio a ter seus direitos regulamentados pelo Estatuto do Idoso, como fora anteriormente demonstrado. Porém, essa regulamentação ocorreu bem mais tarde, o que demonstra uma desigualdade de tratamento entre essas camadas sociais. É o que explica Cláudia Gay Barbedo, (2014, p.3):

> A análise do momento do nascimento das legislações indica a flagrante desigualdade de tratamento dado às crianças/adolescentes e aos idosos, que apesar de estarem "em polos opostos do ciclo existencial, mas ambos, ainda que por motivos diversos, são merecedores de tutela diferenciada". As crianças/adolescentes e os idosos demandam proteção especial pela situação que lhes é inerente, aqueles de pessoa em desenvolvimento, cuja vulnerabilidade está intrínseca, e estes por sua vulnerabilidade em razão do avanço da idade, que os torna debilitados física e mentalmente. No caso dos idosos, é essa condição específica antes referida que redunda em sua fragilidade. Isso não significa dizer que todos os idosos estão em situação de fragilidade, mas que o envelhecer adquire por si uma posição de prioridade.

Assim, analisando a legislação de ambas as categorias, considera-se importante observar acerca dos pontos comuns entre o artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente com o artigo 43 do Estatuto do Idoso, uma vez que ambos buscam garantir a proteção a essas duas camadas da sociedade. Para isso, estabelecem situações semelhantes em que serão aplicadas as medidas de proteção, sempre que houver violação ou ameaça de violação aos seus direitos. Tais artigos possuem uma significativa correlação, e os direitos neles tutelados, são inerentes à pessoa humana.

Outra semelhança está na possibilidade de colocação em família substituta. A Magna Carta garante à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, priorizando o seu desenvolvimento junto à família natural. Entretanto, quando no ambiente da família natural, a criança ou adolescente se encontra em situação de risco ao seu desenvolvimento, seja psíquico ou físico, faz-se necessário o afastamento provisório ou definitivo desse ambiente. É nesse contexto que se aplica o instituto da família substituta, obedecendo a todos os procedimentos legais e observando sempre o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente. Da mesma forma, esse instituto se aplica ao idoso, pois quando há a garantia de acolhimento do idoso em situação de risco social, por adulto ou núcleo familiar prevista no artigo 36 do Estatuto do Idoso, surge consequentemente o dever de cuidado, sendo o afeto uma forma de manifestação de tal dever.

Por outro lado, a criança por estar em fase de desenvolvimento físico e mental necessita de amparo, proteção e cuidado, uma vez que são dependentes em quase todos os aspectos de sua vida. Ela está em fase de aprendizado e de formação de ideias. Já o idoso tem a sua vulnerabilidade justificada pelo pesar da idade, acarretando também fragilidade física e psíquica e a consequente dependência de outrem para a realização de inúmeras atividades do cotidiano. É em razão desse contexto de dependência que o ambiente familiar em que se encontram deve ser adequado. Havendo um lar em desequilíbrio, onde prevalece o jogo de interesses, em detrimento ao cuidado para com o bem estar da criança, do adolescente e do idoso, é propício para o advento da alienação parental.

4. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL À PESSOA IDOSA

Diante dos inúmeros casos de alienação parental ante as várias dissoluções familiares, fez-se necessária a criação de uma Lei com a finalidade de coibir a incidência da alienação. Sendo assim, diante da importância do tema, surgiu o Projeto de Lei nº 4053/2008 que, depois de aprovado, se converteu na Lei nº 12.318/10 (Lei de Alienação Parental). Ao fazer a leitura da Lei, é

possível perceber que ela traz em seu artigo 2º a definição legal da alienação parental: "*Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este*".

Além disso, o mesmo artigo traz um rol exemplificativo de atos que a configuram, a exemplo: dificultar o exercício da autoridade parental, fazer campanha de desqualificação do outro genitor, dificultar o contato da criança ou adolescente com o outro genitor, dentre outros.

Adiante, em seu artigo 3º, a Lei de Alienação Parental garante proteção à dignidade humana: "*A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda".* Nesse sentido, a dignidade humana é um valor incomensurável e insubstituível, sendo o fundamento do ordenamento jurídico. O direito à convivência familiar é reflexo da dignidade humana, uma vez que visa à harmonização e ao saudável desenvolvimento daqueles que compõem o ambiente familiar.

Por outro lado, o afastamento da vítima do genitor alienado fere esse princípio em razão da interferência na sua formação, desenvolvimento e até mesmo em suas concepções. É o que mostram Alexandridis e Figueiredo (2014, p.89):

> Assim, pensar e afastar o genitor ou qualquer outro parente doo convívio fere de forma direta a dignidade da pessoa humana, não só do parente vitimado, mas também, em igual proporção – senão maior – , a dignidade do próprio menor que, dado o seu incompleto desenvolvimento, vê-se manipulado pelas ações de alienação parental.

O afastamento da vítima do genitor alienado pode gerar embaraços nas relações afetivas, dificultando que se restabeleçam tais convívios.

Prejudica ainda a convivência com os demais membros da família daquele que é alvo da vingança, e configura abuso moral em razão da gravidade da prática, de acordo com o art. 3º da Lei em comento.

Em relação à pessoa idosa, a alienação parental é possível de se configurar em razão de suas limitações como consequência da idade, como já comentado anteriormente. Nesses casos, o filho ou outrem que possui influência sobre o idoso, a exemplo do cuidador, passa a assumir o papel de alienador ao iniciar o processo de desmoralização de terceiro, o que geralmente ocorre pela formação de nova família. Além disso, muitos idosos acabaram dissolvendo as suas famílias anteriores e formando novas. Porém, a dissolução não significa rompimento total do vínculo, principalmente quando das famílias dissolvidas resultaram filhos.

Segundo Berenice Dias (2016, p. 1084), o cônjuge, companheiro, filho ou outrem com influência no idoso começa o processo de desconstrução da imagem dos membros da família anteriormente formada, até que o idoso começa a se afastar daqueles que antes tinha uma relação de afeto, passando também a repudiá-los. Há o afastamento do convívio familiar, o que acarreta na violação do direito fundamental a convivência familiar saudável.

Não somente em casos de descontentamento, há também alienação parental em situações em que aquele que tem influência sobre o idoso se utiliza dessa condição para desqualificar a imagem de terceiros que fazem parte do círculo de convivência do idoso para, aos poucos, obter vantagens econômicas. Diante disso, resta evidente que há alienação parental, o que justifica a aplicabilidade analógica da Lei nº 12.318/10 aos idosos vítimas dessa prática, já que estes não se encontram no rol de vítimas da lei. Essa técnica se faz possível porque a analogia se caracteriza, segundo a lição de Antônio Betioli (2015, p. 479) como sendo "um recurso técnico que consiste em aplicar a um caso não previsto pelo legislador uma norma jurídica prevista para um outro caso fundamentalmente semelhante ao não previsto".

Desta forma, a analogia é o mecanismo mais apto de se usar nesse caso, possibilitando a proteção dos idosos contra essa prática violenta, uma vez que eles apresentam pontos que os aproximam das características inerentes às crianças e adolescentes por serem protegidos de forma especial na Constituição e no ordenamento jurídico como um todo, ainda que com

suas claras peculiaridades. Os casos de alienação parental de criança ou adolescente apresentam semelhanças fáticas aos casos em que cujas vítimas sejam os idosos. Outrossim, a alienação parental viola o princípio da solidariedade familiar, sendo que tal principio implica em respeito, apoio afetivo, patrimonial e psicológico, ou seja, é a colaboração mútua entre os membros da família, consagrado pelo artigo 229 da Carta Magna.

Considera-se também que essa aplicação analógica se dá por restarem demonstradas as semelhanças entre as vítimas taxadas pela lei e os idosos, principalmente no tocante à vulnerabilidade, dependência e limitação. Logo, não deve ser deixado de lado que a alienação parental é ato atentatório à dignidade humana, uma vez que as vítimas são submetidas à violência psicológica, e por isso não se pode afastar a hipótese de que o idoso é potencial vítima da prática aqui analisada.

Com relação às medidas de proteção jurídica apresentadas pela Lei da Alienação Parental, em prol das vítimas, a exemplo das pessoas idosas, tem-se a regra do art. 6º. Este dispositivo legal traz um rol exemplificativo de medidas a serem tomadas ante um caso de alienação, não prejudicando outras possíveis em nosso ordenamento jurídico, de acordo com cada caso concreto. Dentre as medidas previstas nesse artigo, destacam-se como exemplo: a) declaração de ocorrência de alienação parental e advertência do alienador, em que o processo passa a ter tramitação prioritária, sendo que a advertência tem o fim de esclarecer ao alienador que suas condutas podem acarretar prejuízos à vítima e, ainda, informar-lhe das consequências que poderá vir a sofrer caso continue com a mesma postura; b) declaração de suspensão da autoridade parental, sendo esta a sanção mais grave elencada no rol, em que se retira de forma total ou parcial a autoridade parental daquele que está praticando condutas de alienação parental e prejudicando a saúde psicológica da vítima.

Portanto, as medidas de proteção a serem tomadas têm cunho repressivo e preventivo, de forma que venha a bloquear os efeitos produzidos pela prática, bem como de evitar que esta perdure, para garantir a manutenção da relação da pessoa idosa vítima com o alienado, e proteger a saúde psicológica da vítima.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, o laço da afetividade se caracteriza como principal elemento caracterizador que identifica o novo conceito de família. Todavia, paralelamente ao elemento "afeto", a alienação parental veio na contramão, destituindo muitos lares familiares através da violência psicológica, do desejo de repúdio e vingança praticado pelos alienadores (em maior parte os genitores) contra as crianças, adolescentes e até idosos alienados.

Diante disso, o legislador viu a necessidade de criar uma lei para prevenir e coibir esses atos, muitas vezes podendo ser constatados em fase inicial. Assim, foi promulgada a Lei nº 12.318/10, Lei de Alienação Parental, que trouxe em seu texto um rol exemplificativo de atos que podem configurar alienação parental, taxou as vítimas da prática, as medidas a serem adotadas e o papel dos profissionais da psicologia, psiquiatria e serviço social na constatação desses casos, servindo seus relatórios de suma importância no embasamento da decisão. Ainda, importante lembrar a participação do órgão ministerial como fiscal da lei ou substituto processual com o fim de proteger a vítima e restabelecer a relação afetada.

Não obstante, ocorre que o idoso também é potencial vítima da alienação parental, que pode se dar pelos mesmos quadros vivenciados por crianças e adolescentes, ou seja, no aspecto da dissolução familiar, formação de novas famílias, laços afetivos anteriores que descontentam aqueles que pertencem à nova família ou em razão de interesses econômicos. Essas situações fazem com que pessoa influente sobre o idoso o manipule psicologicamente, caracterizando, a depender do caso, a alienação parental.

Apesar de a população idosa ser especialmente amparada pela vigente Constituição, merecendo a devida proteção com a colaboração mútua do Estado e da sociedade como um todo, porém a aplicação analógica da Lei 12.318/10 é uma forma de garantir proteção à população idosa, tendo em vista que o Estatuto do Idoso não abrange os casos de alienação parental e as ferramentas de amparo ao idoso. Portanto, conclui-se que diante da ausência de legislação protetiva, a analogia é a melhor forma de garantir-lhes o interesse maior, qual seja ter uma velhice digna, envelhecer dignamente, o que abrange aspectos físicos, psicológicos, econômicos e sociais.

6. REFERÊNCIAS

ALEXANDRIDIS, Georgius; FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Alienação Parental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARBEDO, Claudia Gay. A possibilidade de ser estendida a Lei de Alienação Parental ao idoso. **Revista Eletrônica Ad Judicia – ESA**, Rio Grande do Sul, v. 2, n. 2, 2014. Disponível em <http://www.oabrs.org.br/arquivos/file_55f9af7b39cf4.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 mar. 2019.

_____. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. **Dispõe sobre a alienação parental e altera o artigo 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 08 mar. 2019.

_____. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm> Acesso em 11 mar. 2019.

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao Direito**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação Parental: Uma Interface do Direito e da Psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Curso de Direito do Idoso**. São Paulo. Saraiva, 2014.

A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS: DIFERENTES ACEPÇÕES PARA UM MESMO INSTITUTO

BÁRBARA SIMÕES NARCISO
GABRIEL RIBEIRO BREGA
MARINA GIOVANETTI LILI LUCENA

1. INTRODUÇÃO

O princípio da função social dos contratos foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com o Código Civil de 2002, o qual o consagrou na redação do artigo 421, *in verbis:* "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

Contudo, embora tal instituto tenha assumido significativo espaço no novo Código civilista (tendo sido citado, por exemplo, também no artigo 2035), até hoje existe grande divergência sobre qual seria o seu verdadeiro sentido. Evidência disso é o fato de existirem, na doutrina brasileira, três correntes divergentes sobre o tema, dissonância esta que é acompanhada pela jurisprudência pátria.

Assim, o presente trabalho tem o intuito de elucidar qual seria o verdadeiro sentido desse instituto. Para isso, utiliza-se, como marco teórico, do estudo de Gustavo Tepedino. Segundo o autor, a função social dos contratos imporia aos contratantes o dever de respeitar, em seu negócio jurídico, os interesses socialmente relevantes, tutelados pela Constituição.

Para tanto, pretende-se, inicialmente, realizar uma revisão bibliográfica acerca do tema, abordando todas as três acepções que a função social dos contratos assume na doutrina e jurisprudência brasileiras e explicitando as razões pelas quais julgamos que uma delas é a mais correta (em consonância com os ensinamentos de Tepedino). Em seguida, procede-se

à análise de dois julgados, nos quais foi possível verificar a aplicação da vertente em questão.

O primeiro dos casos, AgInt no REsp 1208844 / MT, trata de um contrato de honorários advocatícios, tendo o tribunal permitido a não aplicação de uma de suas cláusulas. Já o outro julgado a ser analisado consiste no REsp nº 1.699.780 - SP, do STJ, que trata de uma expressão do instituto da função social dos contratos, notadamente, numa relação consumerista entre uma empresa fornecedora de serviços de transporte aéreo e consumidores.

2. AS DIVERGÊNCIAS SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Desenvolveu-se, sobretudo a partir do século XIX, uma das principais características atribuídas aos contratos: a obrigatoriedade, segundo a qual o contrato teria força de lei para as partes. Tal noção advém de outra característica de tais negócios jurídicos, também desenvolvida nesse período, qual seja, a liberdade contratual, instituto que preconiza que os contratos sejam regidos pela mais ampla liberdade. Nesse sentido, os indivíduos teriam liberdade para contratar ou não, para escolher com quem contratar e para decidir sobre o conteúdo do contrato, situação que acabava por configurar um direito potestativo, baseado na autonomia privada.

Nesse ínterim, pelo princípio da obrigatoriedade dos contratos (ou do *pacta sunt servanda),* estes existem para serem cumpridos, sem interferência de terceiros ou do Estado, obrigando as partes contratadas, dentro dos limites da lei, a cumprir o acordo. Assim, o contrato deveria ter seu estrito cumprimento como forma de preservar a vontade dos contratantes, presumidamente livres e conscientes no momento de sua celebração (RODRIGUES FERMENTÃO; ROTTA, 2008).

Vale ainda ressaltar que outro elemento historicamente existente no âmbito do Direito Privado é a *summo divisio* entre os direitos obrigacionais e os direitos reais. Enquanto o direito real pode ser entendido como o poder jurídico direto e imediato do titular sobre a coisa, o direito obrigacional é uma relação jurídica entre credor e devedor que envolve uma

prestação – ambos conceitos clássicos e que hoje sofrem diversas críticas. Nesse sentido, uma diferença tradicionalmente estabelecida entre essas duas espécies de direito é a eficácia absoluta ou *erga omnes* do primeiro, ao passo que o segundo teria uma eficácia *inter partes*, sendo regido pelo princípio da relatividade (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

Por esse princípio, compreendido hoje como um reflexo do caráter estritamente pessoal que cercava as obrigações no direito romano, os efeitos do contrato diriam respeito somente às partes contratantes, não abrangendo terceiros, seja em benefício, seja em prejuízo desses. Em outras palavras, significa dizer que somente as partes ficam obrigadas a cumprir o objeto do contrato, uma vez convencionado em ato bilateral. Segundo Ulhoa Coelho (2007, p. 462):

> Pelo princípio da relatividade, o contrato gera efeitos apenas entre as partes por ele vinculadas, não criando, em regra, direitos ou deveres para pessoas estranhas à relação [...].

Entretanto, ambas essas noções basilares – a obrigatoriedade dos contratos e a eficácia relativa dos direitos obrigacionais – sofreram modificações nos últimos tempos, sobretudo a partir do chamado processo de Constitucionalização do Direito Privado, o qual teve amplos reflexos sobre o Código Civil de 2002, eminentemente com as chamadas cláusulas gerais.

Importantíssimo para a compreensão do Direito Civil moderno, a Constitucionalização do Direito Privado consiste, resumidamente, na submissão do direito positivo aos fundamentos validados pela Constituição (LÔBO, 1999, p.100). Reconhecendo valores constitucionais, reflete a preocupação com a construção de uma ordem jurídica mais sensível aos desafios de uma sociedade contemporânea, de modo que as normas do Direito Privado devem ser interpretadas à luz do texto constitucional.

As cláusulas gerais, por sua vez, seriam termos cujos sentido e alcance não foram exaustivamente estabelecidos pela doutrina ou pela própria legislação, conferindo ao magistrado o poder de modular sua aplicação de acordo com o caso concreto, o que constitui um claro reconhecimento da insuficiência de estatutos que se pretendem sistemas fechados (SAMPAIO JR, 2008).

Dentre essas cláusulas, uma que merece importante destaque é a chamada função social dos contratos, a qual está consagrada no artigo 421 do Código Civil de 2002, iniciando o título relativo à generalidade dos contratos. O Código enuncia nesse artigo uma relação de natureza interacional com a sociedade e com o mundo jurídico ao modificar a interpretação e aplicação de todo o regime contratual privado. Ainda, dispõe sobre a função social dos contratos como condicionante à liberdade de contratação.

A função social dos contratos, nessa toada, visa à interação e à realização de valores sociais como justiça social e dignidade humana (MANCEBO, 2005, p.15). Isso justifica a existência de figuras como o dirigismo contratual, cujo objetivo é buscar equilíbrio entre os contratos firmados pelas partes e a garantia dos princípios já mencionados, fazendo prevalecer o interesse coletivo. Uma vez constatada a impossibilidade de se apoiar na ficção da igualdade plena entre os contratantes, o Estado intervém com o fim de evitar injustiças que adviriam da aplicação rígida do princípio da autonomia da vontade e da consequente liberdade de contratar (OLIVEIRA, 2014, p.86).

Por isso, com o advento do Código Civil de 2002, alterou-se a extensão da liberdade contratual. Esta passa a ser guiada pelo paradigma da sociabilidade, implicando maior ligação entre os interesses sociais e privados, uma vez que o legislador consagra a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais sem perder o valor fundamental da pessoa humana. O contrato, nesse sentido, passa a visar a garantia de igualdade efetiva entre as partes.

A formação desses negócios jurídicos passa a ter uma nova significação, porque a função social dos contratos atua influenciando regras relativas à liberdade contratual e os valores que influenciam todo o regime contratual privado (MANCEBO, 2005, p. 41). A partir dessa nova visão, emergem possibilidades interpretativas da função social do contrato como meio, causa ou fim do exercício da liberdade de contratação.

Contudo, há ainda grande divergência sobre qual seria o sentido básico desse instituto, já que tem impulso nas convicções internas dos indivíduos investidos nas funções jurisdicionais e doutrinárias. Segundo a visão de Gustavo Tepedino, há três vertentes acerca do tema.

Uma primeira vertente, seguida por doutrinadores como Humberto Theodoro Júnior, sustenta que a função social dos contratos não teria eficácia jurídica autônoma, manifestando-se somente por meio de institutos já presentes (difusamente) no ordenamento jurídico brasileiro, como a resolução por excessiva onerosidade e a lesão como causa de nulidade. Não obstante, tal noção esvaziaria o sentido dessa previsão (TEPEDINO, 2016).

Já uma segunda corrente entende a função social dos contratos como um instituto que impõe a terceiros o dever de respeitar os contratos sobre os quais têm conhecimento, modificando a noção de efeitos *inter partes* das obrigações. Entretanto, tal noção, segundo Tepedino (2016, p. 398), reduziria a função social dos contratos a um instrumento que reforça a proteção aos contratantes (algo que já é exaustivamente feito pelo Direito Civil).

Vale ressaltar, contudo, que significativa parcela da doutrina segue essa concepção, elaborando, com base nela, a ideia da "tutela externa do direito de crédito", pela qual um terceiro que contribui para o inadimplemento em um contrato poderia ser responsabilizado por isso. Nesse sentido, todos teriam o dever de respeitar a relação contratual, abstendo-se em relação a ela – o que aproximaria os direitos obrigacionais dos reais (PINHEIRO; GLITZ, 2007). Tal é, inclusive, a noção extraída, por alguns doutrinadores, do famoso "Caso do Zeca Pagodinho" (Apelação n. 9112793-79.2007.8.26.000/ SP, 2018).

No caso em questão, o famoso cantor, juntamente com a marca de cervejas Brahma, foi protagonista de um processo judicial movido pela cervejaria Nova Schin, que alegou quebra de contrato. Isso, porque o pagodeiro havia estabelecido um contrato milionário com a segunda empresa, o qual foi quebrado ao fazer propaganda para a cervejaria do grupo Ambev. Segundo voto proferido pelo juiz Alexandre Carvalho e Silva de Almeida, considerando que os bons e maus contratos repercutem socialmente, quando há a atuação de um terceiro estranho que cause prejuízos à empresa, surge o dever de indenizar. Fica claro nesse posicionamento a segunda acepção aqui discutida. No entanto, seguindo o ponto de vista de Tepedino, a aplicação desse posicionamento no caso em estudo gera uma responsabilidade extra à empresa Brahma, terceira estranha, protegendo,

consequentemente, aqueles diretamente relacionados ao contrato, a saber, a Nova Schin e o cantor.

Por fim, a terceira corrente, a ser adotada para fins da realização deste trabalho – e que é a seguida por Gustavo Tepedino –, propugna que a função social dos contratos é um instituto que impõe aos contratantes deveres extracontratuais, a saber, o respeito a questões socialmente relevantes, tuteladas constitucionalmente, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidas. Nesse sentido, seria uma noção orientada pelos princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social da livre iniciativa, da igualdade material e da solidariedade social (TEPEDINO, 2016, pp. 398-399).

Com isso, o contrato passa a existir não só para limitar o exercício de direitos, mas também para promover, ao lado dos interesses individuais, interesses que sejam socialmente relevantes, ampliando o domínio dos contratos para tutelar, entre outras coisas, a dignidade da pessoa humana (TEPEDINO, 2016, p.400). Nesse sentido, o autor complementa:

> A proteção de interesses privados justifica-se não apenas como expressão da liberdade individual, mas em virtude da função que desempenha para a promoção de posições jurídicas externas, integrantes da ordem pública contratual. Vincula-se, assim, a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais, a serem promovidos no âmbito da atividade econômica (TEPEDINO, 2016, p.401)

E mais. O legislador, ao privilegiar uma relação fluida no Código Civil, permitiu que tal instituto se estendesse aos demais contratos disciplinados por legislações específicas, como o Código de Defesa do Consumidor e outras. Diferentes ramos jurídicos privados, nesse sentido, se tornam mais próximos dos objetivos comuns a todo o ordenamento, dentre os quais se encontram a socialidade, eticidade e operabilidade (MANCEBO, 2005).

Seguindo a mesma perspectiva, é elucidativa a lição de Eduardo Sens do Santos, segundo o qual a função social dos contratos impõe aos que celebram o negócio a exigência de atentar a questões éticas e sociais, de modo que o contrato não esteja em oposição às ideias de interesse geral e de bem comum. Assim:

> [...] o contrato não pode mais ser entendido como mera relação individual. É preciso atentar para seus efeitos sociais, econômicos, ambientais e até mesmo culturais. Em outras palavras, tutelar o contrato unicamente para garantir a equidade das relações negociais privadas em nada se aproxima da ideia de função social. O contrato somente terá uma função social – uma função pela sociedade – quando também for dever dos contratantes atentar para as exigências do bem comum, para o bem geral. Acima do interesse em que o contrato seja respeitado, acima do interesse em que a declaração seja cumprida fielmente e junto da mera noção de equilíbrio entre os princípios fundamentais, há o interesse de que o contrato seja socialmente benéfico, ou, pelo menos, que não traga prejuízos à sociedade – em suma que o contrato seja socialmente justo. (SANTOS, 2004, p. 108)

Ainda, de acordo com Santos, a função social dos contratos teria o caráter de princípio – no sentido de ser um mandado de otimização –, determinando que, pelo contrato, se busque, tanto quanto possível, o bem comum. Conseguintemente, a função social se torna um ponto de partida para o exercício do direito de contratar, sob pena de se estar diante de um abuso de direito (SANTOS, 2004, p.110). Em síntese, a noção de abuso de direito diz respeito à existência de limites à atuação daqueles que, em tese, agem em conformidade com a norma legal, significando que um sujeito não pode ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito (SOUZA, 2017).

Portanto, constata-se como essa terceira acepção acerca da função social dos contratos leva a uma relativização da noção de sua inequívoca obrigatoriedade. Isso, porque o instituto permite que cláusulas de um contrato não sejam aplicadas quando se verificar que violam algum interesse socialmente relevante – que pode, diretamente, dizer respeito a uma parte envolvida no contrato ou mesmo a um terceiro alheio a ele. Nesse último caso, reflete também em uma relativização da ideia da eficácia *inter partes* desses negócios jurídicos, na medida em que leva em consideração interesses que não necessariamente dizem respeito às partes imediatamente envolvidas no pacto celebrado.

3. ANÁLISE DE CASO

Com base no arcabouço teórico supracitado, procede-se à análise de 2 julgados do Superior Tribunal de Justiça, demonstrando, um (AgInt no REsp 1208844 / MT), a aplicação da acepção aqui adotada do instituto em relação a um contrato de honorários advocatícios e, outro (REsp nº 1.699.780 - SP), sua aplicação em uma relação consumerista. Em ambos os casos, o Tribunal se baseou na função social dos contratos para relativizar a noção de *pacta sunt servanda*.

O AgInt no REsp 1208844 / MT discorre sobre um contrato de honorários advocatícios, no qual parte e advogado firmaram que o pagamento dos honorários equivaleria à metade do direito pleiteado na ação em questão, qual seja, um imóvel, tendo em vista que se tratava de uma ação voltada à recuperação de imóvel movida contra o ex-companheiro da autora. Isso significaria, em outras palavras, que o advogado teria direito à metade do imóvel objeto da ação em que atuava.

Entretanto, no decurso da ação, as partes (autora e seu ex-cônjuge) fizeram acordo para estabelecer o partilhamento do bem objeto da ação, na proporção de 50% para cada um. Assim, surgiu uma discordância entre a autora e seu advogado relativa à questão de se o defensor teria ou não direito a tudo o que foi ganho na ação (50% do imóvel), discordância essa que é o objeto do AgInt no REsp 1208844 / MT.

Diante disso, o Tribunal decidiu que não é cabível que o que foi obtido por uma parte em um processo seja inteiramente entregue a seu advogado, estabelecendo que, no caso em questão, o princípio da obrigatoriedade dos contratos poderia ser relativizado em virtude de outros institutos, como a boa-fé objetiva e a função social dos contratos. Nesse sentido:

> A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se posiciona firme no sentido de que o princípio pacta sunt servanda pode ser relativizado, visto que sua aplicação prática está condicionada a outros fatores, como, por exemplo, a função social, a onerosidade excessiva e o princípio da boa-fé objetiva, devendo ser mitigada a força obrigatória dos contratos diante de situações como a dos autos (BRASIL,2016, p.6).

Portanto, constata-se como, mesmo que implicitamente, a Corte se utilizou da vertente acerca da função social dos contratos aqui propugnada. A propósito, permitiu a não aplicação de certas cláusulas de um contrato visando à concreção de um interesse socialmente relevante.

Já o REsp nº 1.699.780 - SP trata da compra de passagens aéreas de ida e volta, de forma casada, com o posterior cancelamento automático e unilateral do trecho de volta, em razão da não utilização do bilhete de ida (chamado *no show*). A escolha de tal julgado visou, sobretudo, demonstrar como a lógica da função social dos contratos é aplicável não só ao disposto no Código de Direito Civil, mas também em legislações extravagantes, como o Código de Defesa do Consumidor.

Na visão dos ministros que julgaram o caso, a prática configura conduta abusiva da empresa de transporte, haja vista que, ainda que estabelecida em contrato feito pelas partes, visa a maximizar os lucros da empresa desarrazoadamente, até porque esta possui poderio econômico notadamente maior que os autores da ação.

Os tribunais ordinários julgaram o caso a partir de uma ótica do direito tipicamente privado, em que haveria uma suposta equivalência entre as partes. Porém, sendo uma relação de consumo, o STJ corrigiu as decisões dos tribunais inferiores e analisou o caso pela ótica do Direito do Consumidor. A partir desse pressuposto, o voto do Ministro Marco Aurélio Belizze invoca a função social dos contratos e constrói o voto baseando-se nos fins da ordem econômica e no princípio da igualdade, descritos na Constituição.

Se a relação entre as partes é consumerista, ela deve obedecer às normas do direito do consumidor. Apesar de não se tratar de nosso objeto de estudo, a Terceira Turma do STJ considerou que há lesão aos arts. 39, I e 51, IX do CDC, pela venda casada e rescisão unilateral, respectivamente.

Mas, sendo um acordo entre as partes, questionou-se se ele tem os requisitos para que o princípio do *pacta sunt servanda* seja mitigado. Na visão da corte, sim, diante da violação da função social do contrato. Sendo a defesa do consumidor um princípio da ordem econômica, descrito no art. 170, inciso V da Constituição Federal, a conduta abusiva da empresa fere o interesse social, o que permite a mitigação das cláusulas que norteiam

a relação de compra e venda entre as partes. Outrossim, sabendo-se ser essa uma relação presumidamente desigual, a função social dos contratos é aplicada no caso *sub examine* visando a imprimir igualdade material às partes, de modo a restabelecer o equilíbrio no vínculo contratual, o que justifica a inaplicabilidade da referida cláusula.

Nesse sentido, é importante destacar como a decisão prolatada pelo STJ, no REsp nº 1.699.780 - SP, admitiu e validou a vertente adotada por Tepedino acerca do sentido do instituto da função social dos contratos. Isso, porque o Exmo. Sr. Ministro Relator Marco Aurélio Belizze parte da violação de princípios e disposições constitucionais, a saber, da igualdade (art. 5º, caput, CRFB) e da defesa do consumidor (art. 170, V, CRFB), para determinar, no caso em tela, a inaplicabilidade de uma cláusula contratual, considerada abusiva, visando à proteção de interesses socialmente relevantes, precipuamente, o equilíbrio da relação consumerista.

Assim, a decisão em questão busca tutelar, diretamente, o interesse de uma das partes em relação à outra, utilizando-se de uma noção da função social dos contratos que é incompatível, já por isso, com as 2 primeiras vertentes analisadas. Entretanto, faz isso tendo como consequência a tutela de um interesse coletivo, que abrange terceiros estranhos à relação em questão, até mesmo porque contribui para que a empresa não venha a incidir novamente na conduta.

Com efeito, é de extrema relevância ressalvar que o instituto da função social do contrato, no julgado em análise, teve sua adoção pautada pela proteção ao consumidor face ao fornecedor (a uma parte em relação a outra, e não às partes em relação a terceiros estranhos, como na segunda corrente), de modo que a proteção ao terceiro, excluído da relação contratual, foi apenas uma consequência disso.

4. CONCLUSÃO

A Constitucionalização do Direito Privado submeteu o Direito aos fundamentos validados constitucionalmente. A partir disso, diversos valores constitucionais passaram a incidir no contrato, fazendo com que

este refletisse a preocupação com a construção de uma ordem jurídica mais sensível aos desafios da vida em sociedade, o que trouxe reflexos para a aplicação antes rígida da autonomia da vontade e da liberdade de contratar.

Nessa toada, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, especialmente no art. 421, surge a figura da função social dos contratos, uma cláusula geral que afasta a ideia de que o contrato só traz consequências às partes contratantes. A função social dos contratos passa a ser compreendida, portanto, como razão e limite da liberdade de contratar. Ademais, valores como sociabilidade passam a também incidir na aplicação e interpretação do Código Civil e do Direito Privado como um todo, propondo uma nova significação a partir de si mesma, a qual simboliza valores da sociedade como um todo.

Contudo, isso não impediu que houvesse divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao seu sentido. Porém, uma leitura sistemática desse instituto remete ao entendimento da terceira corrente, pela qual a função social dos contratos visa a proteger interesses socialmente relevantes, orientando-se por valores sociais como a igualdade material, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade.

O contrato, por esse viés, passa a existir limitando o exercício de direitos, mas também promovendo, ao lado dos socialmente relevantes, os interesses individuais e coletivos, como demonstrado no AgInt no REsp 1208844/MT e no REsp nº 1.699.780/ SP.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 nov. 2018.

___. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. **Código de Defesa do Consumidor**, Brasília, DF, out. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 13 nov. 2018.

___. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Código Civil**, Brasília, DF, out. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 13 nov. 2018.

___. Tribunal de Justiça de São Paulo - TJ/SP. Ação de indenização por danos materiais, morais e à imagem. **Apelação nº: 91127937920078260000 SP 9112793-79.2007.8.26.0000**. Relator: J.L. Mônaco da Silva. Apelante: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A Apelado: Companhia de Bebidas das Américas Ambev e outra. 5ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, 12 de junho de 2013.

___. RECURSO ESPECIAL: REsp 1699780 SP 2017/0238942-0. Relator: Ministro Marco Aurélio Belizze. DJ: 11/09/2018. **STJjus**, 2018. Disponivel em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1750334&num_registro=201702389420&data=20180917&formato=PDF&fbclid=IwAR0cM19r4PkyIMmuX-e2qQgeXyKS-o2X2k0_Ac9cOyMpU6ata8_0i6L0gVE>. Acesso em: 14 nov. 2018.

___. RECURSO ESPECIAL: REsp **1208844** MT 2010/0153221-4. Relator: Ministro Raul Araújo. Agravante: Geraldo Roberto Pesce. Agravado: Maria Lucimar da Silva Santana. Dj: 15 de dezembro de 2016. **STjus**, 2016. Disponivel em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001532214&dt_publicacao=07/02/2017> Acesso em 05 abr. 2019.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**: **Direito de Empresa**. 18ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: **obrigações**. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **A função social do contrato**: **os novos princípios contratuais**. 2003. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2003.

OLIVEIRA, Márcio Rodrigues. **Dirigismo contratual e o princípio da dignidade humana e função social do contrato**. Revista Legis Augustus. Rio de Janeiro, v.5, n. 2, p.81-92, jul./dez. 2015 Disponível em:<apl.unisuam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/download/560/512> Acesso em: 29 mar. 19

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/453/r141-08.pdf> Acesso em: 03 abr. 19

RODRIGUES FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes, ROTTA, Mariza. **O pacta sunt servanda – cláusula rebus sic stantibus e o equilíbrio das relações contratuais na atualidade**. Revista Jurídica Cesumar, v. 8, n. 1, p. 193-218, jan./jun. 2008, p. 197 e 198.

PINHEIRO, R. F.; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin .A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidade do caso Zeca pagodinho. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. (Org.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. II, p. 323-344.

SAMPAIO JR, R. B. . **A cláusula geral da função social dos contratos; entre um sistema aberto e um sistema impositivo**. In: Conpedi. (Org.). Anais do XVII Encontro Preparatório para o congresso nacional do Conpedi. 1ed.Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2008, v. 1, p. 4646-4666.

SANTOS, Eduardo Sens dos. **A Função Social do Contratos**. 2004.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes. **Abuso do direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/167/edicao-1/abuso-do-direito> acesso em: 29 mar. 19.

TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre a função social dos contratos**. 2016. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/tep_artigos/notas-sobre-a-funcao-social-dos-contratos/>. Acesso em: 09 nov. 2018.

RESERVAS E DECLARAÇÕES SOBRE A CAPACIDADE CIVIL: NOS DEBATES DA ELABORAÇÃO DA CDPD

CHARLES DE SOUSA TRIGUEIRO
PAULO JOVINIANO ALVARES DOS PRAZERES
ÁLVARO DUARTE
MARYELA MIREIA DE SOUSA BANDEIRA

INTRODUÇÃO

Segundo a filósofa norte-americana Martha Nussbaum, nos dias que correm existe três problemas de justiça social ainda não solucionados pelas teorias da justiça existentes, dessa forma a autora faz uma crítica a teoria de John Ralks, indagando o porquê dos migrantes, pessoas com deficiência e pertencimento à espécie não estarem incluídos na cidadania dos países. (NUSSBAUM, 2013, p. 2)

O presente artigo tem como objetivo analisar as reservas e declarações que os países fizeram no âmbito da incorporação no ordenamento jurídico interno, da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência (CDPD), as chamadas incapacidades civis absolutas por deficiência intelectual grave descritas no artigo 12 da Convenção.

Para realização da presente investigação foi necessário aplicar o método dogmático, como a hermenêutica dos textos normativos recomenda, mas também o aporte à doutrina e à transversalidade foram necessários, desde que se trata de tema interdisciplinar de elevado teor político e sociológico, tudo alinhavado por uma tradição de pensamento racionalista igualitária.

DESENVOLVIMENTO

Diversos foram os debates para aprobar o artigo 12 da CDPD (Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiencia), "as objeções levantadas por alguns Estados em relação ao texto final daquele artigo, sugeriram que alguns Estados emitissem reservas ou declarações interpretativas no momento da ratificação da CDPD" (BARIFFI, 2014, p. 414).

O Egito declarou quando da assinatura da Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiencia, "que o conceito de capacidade jurídica inserido no artigo 12, parágrafo 2, foi interpretado" nesse país "que as pessoas com deficiência têm a capacidade de adquirir direitos e incorrer em obrigações. (‘ahliyyat al-wujub), mas não a capacidade de agir (‘ahliyyat al-’ada ‘), de acordo com a lei nacional do Egito" (BARIFFI, 2014, p. 415).[1]

A Síria, "limita-se simplesmente a reiterar a interpretação adotada pelo grupo árabe durante a negociação em relação à interpretação do conceito de capacidade jurídica" (BARIFFI, 2014, p. 415).[2]

O Kuwait "após a ratificação por adesão à CDPD estabelece que o reconhecimento da capacidade jurídica do artigo 12 (2) estará sujeito às condições de aplicabilidade do direito interno do Kuwait" (BARIFFI, 2014, p. 415).[3]

1. […Egypt, Interpretative declaration made upon signature: The Arab Republic of Egypt declares that its interpretation of article 12 of the International Convention on the Protection and Promotion of the Rights of Persons with Disabilities, which deals with the recognition of persons with disabilities on an equal basis with others before the law, with regard to the concept of legal capacity dealt with in paragraph 2 of the said article, is that persons with disabilities enjoy the capacity to acquire rights and assume legal responsibility (‘ahliyyat al-wujub) but not the capacity to perform (‘ahliyyat al-’ada’), under Egyptian law…] Del 04/04/2007. UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

2. […Syrian Arab Republic, Upon signature, Understanding: (…) We signed today on the basis of the understanding contained in the letter dated 5 December 2006 from the Permanent Representative of Iraq to the United Nations addressed, in his capacity as Chairman of the Group of Arab States for that month, to the Chairman of the Committee, which contains the interpretation of the Arab Group concerning article 12 relating to the interpretation of the concept of "legal capacity"…] Del 30/03/2007. UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

3. […Reservations: (…) Article 12, paragraph 2: The enjoyment of legal capacity shall be subject to the conditions applicable under Kuwaiti law…] Del 22/08/2013. UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15

Os outros países arabes fizeram interpretações na mesma direção "são consistentes com a carta enviada por um Presidente da Comissão Especial a um grande grupo de países árabes na oitava sessão, que pediu inclusão no relatório final da reunião". Majoritariamente por "Iraque, Arábia Saudita, Argélia, Bahrein, Comores, Djibuti, Egito, Emirados Árabes Unidos, Jamahiriya Árabe Líbia, Kuwait, Líbano, Marrocos, Mauritânia, Omã, Palestina, Qatar, República Síria árabe, Somália, Sudão, Tunísia e Iêmen", na direção que os países arabes "deve ser interpretado como o reconhecimento da capacidade de direitos, mas não a capacidade de agir" (BARIFFI, 2014, p. 415).[4]

Estas interpretações geram resultados que "Em primeiro lugar, constituem e completam o exemplo da complexidade que resulta na prática de distinguir entre uma declaração interpretativa e uma reserva". Mesmo que diga-se serem de interpretação, "a verdade é que a interpretação que elas propõem supõe deixar sem efeito a mudança de paradigma proposta pelo artigo 12 e a imensa maioria dos efeitos jurídicos levantados no presente trabalho". O segundo resultado é que, "e não obstante o acima exposto, é necessário enfatizar que a posição expressa pelo Egito e pela Síria é consistente com o que foi declarado por esses Estados" na época da assinatura "Com o qual, como já indicado, se o artigo 12 deve ser considerado como uma norma convencional emergente que contraria a prática existente até agora", é justificavel que os citados países "possam legitimamente declarar unilateralmente que não desejam aderir a esta cláusula convencional".

4. [...Letter dated 5 December 2006 from the Permanent Representative of Iraq to the United Nations addressed to the Chairman. I have the honour, as the Chair of the Arab Group for the month of December 2006, and on behalf of Algeria, Bahrain, Comoros, Djibouti, Egypt, Iraq, Kuwait, Lebanon, Libyan Arab Jamahiriya, Mauritania, Morocco, Oman, Palestine, Qatar, Saudi Arabia, Somalia, Sudan, Syrian Arab Republic, Tunisia, United Arab Emirates and Yemen, to inform you that the aforementioned States are joining the consensus on the Convention based on the understanding that legal capacity mentioned in paragraph 2 of Article 12 of the Convention entitled "Equal recognition before the law" means the capacity of rights and not the capacity to act, in accordance with the national laws and legislation of these States. We kindly request that this letter be included in the report of the Ad Hoc Committee. We will be presenting it to the General Assembly when the text of the Convention is submitted prior to its adoption. (Signed) Hamad Al-Bayati Chairman of the Arab Group for the month of December 2006, Permanent Representative of Iraq to the United Nations...] A/AC.265/2006/5, 7 December 2006.

Cabe ressaltar que "nenhuma das duas declarações foi contestada pelo resto dos Estados Partes". Por último, "eve-se notar que alguns dos Estados que assinaram a carta enviada ao Presidente da Comissão Especial em 2006, não formularam reservas ou declarações interpretativas ao ratificarem a CDPD" (BARIFFI, 2014, p. 415).[5]

A interpretação do estado Australiano[6] "constitui um segundo modelo de oposição com a mudança de paradigma levantada pelo artigo 12, embora se ajuste à posição adotada por aquele Estado durante o processo de negociação" (DEVANDAS AGUILAR; C. & TRÖMEL STURMER, S., 2012, p.280-281).

A interpretação da Austrália tem discurso melhor em relação aos países do mundo árabe "mais flexível e permeável para permitir um impacto real do artigo 12 na legislação nacional, uma vez que não desconhece que o conceito de capacidade jurídica se refere à capacidade de agir". E nem deixa de lado "a obrigação de prestar apoio ao exercício da capacidade jurídica, em conformidade com o disposto no artigo 12.º, n.º 3, e considera até ser a principal opção para abordar a capacidade jurídica". Porém, destaca uma interpretação relacionada ao artigo 12 da capacidade, no contexto que esse "da origem à implementação de medidas de proteção que, em casos excepcionais, envolvem a nomeação de um representante legal ou mesmo a apresentação de uma pessoa com deficiência a tratamento involuntário no âmbito da saúde Mental". Portanto, a interpretação Australiana "é muito mais complexa de ser atacada a partir de uma análise do objeto e propósito do tratado. e poderia levar a uma

5. Assim como: Arabia Saudita, Baréin, Djibouti, Emiratos Árabes Unidos, Iraque, Líbano, Mauritania, Omán, Catar, Sudão, Tunísia e Iêmen.

6. […Declaration: "Australia recognizes that persons with disability enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life. Australia declares its understanding that the Convention allows for fully supported or substituted decision-making arrangements, which provide for decisions to be made on behalf of a person, only where such arrangements are necessary, as a last resort and subject to safeguards; Australia recognizes that every person with disability has a right to respect for his or her physical and mental integrity on an equal basis with others. Australia further declares its understanding that the Convention allows for compulsory assistance or treatment of persons, including measures taken for the treatment of mental disability, where such treatment is necessary, as a last resort and subject to safeguards…] Del 17/07/2008. UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

interpretação restritiva do artigo 12 da CDPD" (BARIFFI, 2014, p. 417).[7]

Declaração parecida com a da Australia é a do Canadá[8], essa declração "refere-se expressamente aos artigos relevantes da CDPD, e afirma mais claramente quando faz uma declaração interpretativa, e quando faz uma reserva". Essa declaração fez presumir sua temporariedade "no sentido de que o Canadá não rejeita as implicações do Artigo 12, mas sim em vez disso, prefere reservar sua aplicação até que a legislação nacional possa cumprir integralmente os requisitos do artigo 12" (BARIFFI, 2014, p. 418).

A linguagem da reserva da Noruega[9] é bem parecida com a Autraliana e Canadense "Ele poderia ser enquadrado em uma posição menos restritiva dos artigos 12 e 14, mas também aumenta ou dá origem a substituição

7. En este sentido, el CteCDPD en las observaciones finales sobre el informe inicial de Australia ha señalado: "…el Comité recomienda al Estado parte que (…) revise sus declaraciones interpretativas sobre los artículos 12, 17 y 18, con vistas a retirarlas…" CRPD/C/AUS/CO/1, 21 de octubre de 2013, párrafo 9.

8. […Canada, Declaration and reservation: "Canada recognises that persons with disabilities are presumed to have legal capacity on an equal basis with others in all aspects of their lives. Canada declares its understanding that Article 12 permits supported and substitute decision-making arrangements in appropriate circumstances and in accordance with the law. To the extent Article 12 may be interpreted as requiring the elimination of all substitute decision-making arrangements, Canada reserves the right to continue their use in appropriate circumstances and subject to appropriate and effective safeguards. With respect to Article 12 (4), Canada reserves the right not to subject all such measures to regular review by an independent authority, where such measures are already subject to review or appeal.…] Del 11/03/2010. UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

9. […Norway, Declarations: "Article 12. Norway recognises that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life. Norway also recognizes its obligations to take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity. Furthermore, Norway declares its understanding that the Convention allows for the withdrawal of legal capacity or support in exercising legal capacity, and/or compulsory guardianship, in cases where such measures are necessary, as a last resort and subject to safeguards. Articles 14 and 25. Norway recognises that all persons with disabilities enjoy the right to liberty and security of person, and a right to respect for physical and mental integrity on an equal basis with others. Furthermore, Norway declares its understanding that the Convention allows for compulsory care or treatment of persons, including measures to treat mental illnesses, when circumstances render treatment of this kind necessary as a last resort, and the treatment is subject to legal safeguards."…] Del 03/06/2013. UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

na tomada de decisões e na colocação ou tratamento involuntário de pessoas com deficiencia" (BARIFFI, 2014, p. 419).

A interpretação da Estônia[10]não deixa claro "se se refere exclusivamente à restrição da capacidade legal das pessoas com deficiência, o fato de relacionar essa restrição à capacidade de compreender e dirigir suas ações", deixa a interpretação que trata-se de uma pretenção. Desta forma, esta afirmação "teria o efeito de deixar o artigo 12 sem conteúdo ou valor legal, o que poderia ser objetivado a partir de uma análise do objeto e propósito do tratado". Contrariamente essa reserva "poderia ser enquadrada dentro do modelo mais restritivo adotado pela Síria e pelo Egito" (BARIFFI, 2014, p. 419).

A reserva da Polônia[11] possui uma afirmação que restrige a aplicação do artigo 12, "pois indica expressamente a legitimidade da incapacitação como medida legal de proteção das pessoas com deficiência e sem considerar necessário reformar a legislação interna nesse sentido". Particularmente a reserva da Polônia faz alusão ao parágrafo quarto do artigo doce alegando que isso dá margen a interpretação que "a CDPD possibilita ou dá origem à existência de incapacitação de pessoas com deficiência como uma medida consistente com o que está declarado no artigo 12" (BARIFFI, 2014, p. 420).

A linguagem da declaração de Cingapura[12]é enigmática em relação ao

10. […Estonia, Declaration: "The Republic of Estonia interprets article 12 of the Convention as it does not forbid to restrict a person's active legal capacity, when such need arises from the person's ability to understand and direct his or her actions. In restricting the rights of the persons with restricted active legal capacity the Republic of Estonia acts according to its domestic laws."…] Del 30/05/2012. UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

11. […Poland. Interpretative Declaration made upon ratification: "The Republic of Poland declares that it will interpret Article 12 of the Convention in a way allowing the application of the incapacitation, in the circumstances and in the manner set forth in the domestic law, as a measure indicated in Article 12.4, when a person suffering from a mental illness, mental disability or other mental disorder is unable to control his or her conduct."…] Del 25/09/2012. UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

12. […The Republic of Singapore's current legislative framework provides, as an appropriate and effective safeguard, oversight and supervision by competent, independent and impartial authorities or judicial bodies of measures relating to the exercise of legal capacity, upon applications made before them or which they initiate themselves in appropriate cases. The Republic of Singapore reserves the right to continue to apply its current legislative framework in lieu of the regular review referred to in Article 12, paragraph 4 of the Convention…] Del 18/07/2013, UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

propósito. Fazendo menção "às medidas relativas ao exercício da capacidade jurídica" como se fosse o parágrafo quarto do artigo doze, "o que poderia sugerir que, para o Estado Parte, sua lei interna é compatível com as disposições do Artigo 12 e, portanto, não requer qualquer revisão". Desta forma, essa declaração "abre uma grande questão que só pode ser esclarecida no momento em que o CTECDPD analisa o relatório inicial que este estado apresenta sob o artigo 35 da CDPD" (BARIFFI, 2014, p. 420).

A Venezuela[13] fez uma afirmação bem parecida com uma que foi retirada posteriormente pelo México "trata-se de uma declaração que oculta claramente a intenção do Estado de não aplicar o Artigo 12 a nível local, uma vez que se trata de uma declaração redundante ou desnecessária" (de acordo com as disposições do Artigo 4 (4)), ou "é uma maneira de reservar a aplicação do Artigo 12 (2) sob o pretexto de considerar o direito interno como mais protetor que a própria CDPD" (BARIFFI, 2014, p. 421).

No tocante ao artigo 12 da CDPD o comentário aparte vai para as declarações do Reino Unido e do México, uma vez que essa afirmações foram posteriormente retiradas depois do deposito da ratificação:

> Em primeiro lugar, o México, um dos principais promotores da CDPD, formulou uma declaração interpretativa muito controversa na época da ratificação da CDPD em 17 de dezembro de 2007 (BARIFFI, 2014, p. 423).
>
> Gerando uma grande oposição da sociedade civil mexicana, já que poderia ser interpretada de duas maneiras possíveis". Inicialmente, "que o México pretendia salvaguardar a possibilidade de aplicar a lei nacional mais benéfica, o que era desnecessário porque, além de estar implícito na natureza legal dos padrões internacionais de direitos humanos, a própria CDPD expressamente declarou no artigo. 4 (4) (DEVANDAS AGUILAR, C. & TRöMEL Sturmer, S., 2012, p. 282).

13. […The Bolivarian Republic of Venezuela reaffirms its absolute determination to guarantee the rights and protect the dignity of persons with disabilities. Accordingly, it declares that it interprets paragraph 2 of Article 12 of the Convention to mean that in the case of conflict between that paragraph and any provisions in Venezuelan legislation, the provisions that guarantee the greatest legal protection to persons with disabilities, while ensuring their well-being and integral development, without discrimination, shall apply…] Del 24/09/2013. UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

> O segundo, talvez o mais temido, era que o México quisesse se arrogar o poder de considerar que sua lei interna era, no momento da ratificação da CDPD, mais benéfica e mais protetora dos direitos das pessoas com deficiência. Esta última opção é contrariada pela própria essência do artigo 12, que busca precisamente gerar uma mudança nos modelos vigentes nas diferentes legislações estaduais dos Estados Unidos Mexicanos (BARIFFI, 2014, p. 424).
>
> Finalmente, esta declaração foi retirada em 3 de janeiro de 2012,[14] depois das pressões das organizações da sociedade civil, pois argumentavam que isso permitia ao Estado decidir em que ponto as disposições da CDPD se aplicariam e em qual o marco legal nacional. Isso foi causado pela falsa consideração de que "interdição e tutela são medidas de apoio e proteção para pessoas com alguma deficiência intelectual ou mental" (BARIFFI, 2014, p. 424).[15]

Já o Reino Unido[16] fez uma reserva interpretativa na época da ratificação da CDPD, que estabelecia. Porém, no dia 21 de dezembro de 2011, aquele

14. [...On 3 January 2012, the Government of the United Mexican States informed the Secretary-General that it had decided to withdraw the interpretative declaration made upon ratification. The text of the interpretative declaration reads as follows: (...) affirming its absolute determination to protect the rights and dignity of persons with disabilities, the United Mexican States interprets paragraph 2 of article 12 of the Convention to mean that in the case of conflict between that paragraph and national legislation, the provision that confers the greatest legal protection while safeguarding the dignity and ensuring the physical, psychological and emotional integrity of persons and protecting the integrity of their property shall apply, in strict accordance with the principle *pro homine*...] UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

15. CENCOS, Celebran el retiro de la declaración interpretativa a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, México (2011), http://cencos.org/node/28083.

16. [...On 21 December 2011, the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland informed the Secretary-General that it had decided to withdraw the reservation under article 12.4 made upon ratification. The text of the declaration reads as follows: "The United Kingdom's arrangements, whereby the Secretary of State may appoint a person to exercise rights in relation to social security claims and payments on behalf of an individual who is for the time being unable to act, are not at present subject to the safeguard of regular review, as required by Article 12.4 of the Convention and the UK reserves the right to apply those arrangements. The UK is therefore working towards a proportionate system of review."...] UN Multilateral Treaties, Chapter IV. 15.

país retirou a reserva/afirmação única do parágrafo quarto do artigo doze, no entanto, não aparenta existir nenhum intuito por parte do Reino Unido de "substituir o modelo de substituição na capacidade de agir por um sistema de suporte". (DEVANDAS AGUILAR; C. & TRöMEL Sturmer, S., 2012, p.283).

CONCLUSÃO

A alteração do direito interno dos países, por conta da Convenção da ONU dos direitos das pessoas com deficiência possui um importante fato de lutar contra aquela dívida histórica de discriminação.

Umas legislações possuem visão igualitária de dignidade, outras possuem princípios explícitos, outras com organização variável da proteção.

A realidade é que existe um importante movimento internacional para dá cidadania, igualdade, dignidade para com essas pessoas.

Portanto, todos os seres humanos são iguais em direitos, qualquer restrição da capacidade eleitoral das pessoas com deficiência intelectual agride o princípio da liberdade.

REFERÊNCIAS

BARIFFI, Francisco. *El regimen jurídico internacional de la capacidade jurídica de las personas con discapacidad*. Madri: Editorial Cinca, diciembre, 2014.

CENCOS, Celebran el retiro de la declaración interpretativa a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, México (2011), http://cencos.org/node/28083.

DEVANDAS AGUILAR; C. & TRÖMEL STURMER, S., (2012), "*Reservas efectuadas al artículo 12: su admisibilidad a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*", en BARIFFI, F. & PALACIOS A., (COORD).

NUSSBAUM. Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

A BOA-FÉ OBJETIVA COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NAS RELAÇÕES PARTICULARES

EDUARDO RESENDE RAPKIVCZ

1. INTRODUÇÃO

O Direito não pode fechar os olhos para a realidade. Pelo contrário: é na realidade social que o Direito encontra os seus parâmetros, sob pena de, procedendo de maneira contrária, tornar-se mera letra fria, sem eficácia social alguma. Havendo, na realidade social, no âmbito específico das relações intersubjetivas, comportamentos contraditórios que podem levar a incoerências lesivas, o Direito não poderá admiti-los. A dignidade da pessoa humana é inserida, neste âmbito, como instrumento de proteção da confiança.

A dignidade humana, enquanto núcleo duro do Estado Democrático de Direito brasileiro, impõe uma releitura de todos os conceitos e institutos do ordenamento jurídico, colocando a pessoa humana como elemento de principal preocupação, inclusive nas relações intersubjetivas.

Na esteira da constitucionalização do direito ordinário, com o crescente advento de microssistemas – como o Código de Defesa do Consumidor –, torna-se premente a necessidade de as relações particulares serem lidas no influxo da proteção constitucional conferida à dignidade humana.

A interpretação das relações desenvolvidas no âmbito particular passa pela ideia de que, como valor intrínseco, a dignidade humana considera cada indivíduo como um fim em si mesmo. A proteção da confiança é, pois, uma consequência inevitável, sob pena de admissão indevida de comportamentos contrários à dignidade humana.

Por conseguinte, a boa-fé objetiva é adotada como a panaceia dos comportamentos conflitantes, *i. e.*, uma importante ferramenta de definição de um padrão de comportamento constitucional – aquele em consonância com o princípio da dignidade humana. Com efeito, visa-se ao afastamento de padrões de conduta que se são contrários (ou distantes) da lealdade, da honestidade e da probidade. Observa-se, portanto, a força normativa das normas constitucionais também nas relações intersubjetivas (e não apenas naquelas em que o Estado se faz presente), tornando a confiança um dever fundamental previsto na Constituição.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E A DIGNIDADE HUMANA

O reconhecimento da força normativa da Constituição, promovida no seio do Neoconstitucionalismo, promoveu a constitucionalização do Direito, fenômeno que pode ser lido por dois aspectos (SARMENTO, 2012, p. 27): a) Constitucionalização-inclusão: a Constituição passa a abarcar uma enorme gama de assuntos que não eram previstos em constituições pretéritas. "Na Constituição de 88, este é um fenômeno generalizado, tendo em vista a inserção no texto constitucional de uma enorme variedade de assuntos — alguns deles desprovidos de maior relevância"; e b) Constitucionalização-releitura, que se consubstancia na "impregnação de todo o ordenamento pelos valores constitucionais". Os princípios constitucionais projetam-se por todo o ordenamento jurídico, evidenciando sua eficácia irradiante, "passando a nortear a interpretação da totalidade da ordem jurídica".

Sarmento (2012, p. 27), quanto à constitucionalização-releitura, conclui que

> Assim, os preceitos legais, os conceitos e institutos dos mais variados ramos do ordenamento, submetem-se a uma filtragem constitucional: passam a ser lidos a partir da ótica constitucional, o que muitas vezes impõe significativas mudanças na sua compreensão e em suas aplicações concretas.

Portanto, a unidade hermenêutica que decorre da Constituição toma por base a dignidade da pessoa humana, presente em todos os direitos fundamentais em graus de maior ou menor monta, levando-a a todos os ramos do ordenamento jurídico (art. 1º, III, da CF).

Inserida como um princípio na Constituição, a dignidade humana tem, em seu âmbito, conceitos que podem ser especificados e enumerados. Para Barroso (2012, p. 5), o conceito de dignidade humana é decomposto em três conceitos: valor intrínseco, autonomia e valor comunitário.

Enquanto valor intrínseco, a dignidade humana impõe o reconhecimento de cada indivíduo como um valor em si mesmo. Disso decorre o antiutilitarismo, vedando-se a utilização do ser humano como um meio para a realização de metas individuais ou coletivas, e o antiautoritarismo, impondo que o indivíduo precede ao Estado, e este existe para aquele. Como coloca Barroso (2012, p. 32): "Há uma consciência crescente, todavia, de que a posição especial da condição humana não autoriza arrogância e indiferença em relação à natureza em geral (...)", vendando-se o utilitarismo e o autoritarismo já analisados.

Quanto à autonomia, afirma-se a autodeterminação e o livre arbítrio de cada indivíduo, assegurando-lhe a possibilidade de percorrer, pelos próprios anseios, o ideal de bem de vida que lhe aprouver, podendo escolher, por exemplo, se terá alguma religião e qual será ela. Barroso (2012, p. 36) coloca que a "noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida". O papel do Estado, nesse ínterim, é de assegurar os meios mínimos para a autodeterminação individual.

Por fim, chega-se ao elemento social da dignidade humana, o valor comunitário. Por ele, os contornos da dignidade humana são moldados pelas relações entre os indivíduos e com o mundo. Metas coletivas e restrições são determinadas pelo Estado e pela comunidade, de modo que o ser humano, enquanto ser gregário, encontra na liberdade de outras pessoas os contornos dentro dos quais poderá exercer a própria autonomia.

Na esteira dessa concepção de dignidade humana, a Constituição Federal de 1988 representa um marco no movimento constitucionalista brasileiro. Ela materializa e efetiva a constitucionalização do direito or-

dinário, alçando a dignidade humana como um dos fundamentos republicanos (BARROSO, 2007, p. 4). Não por menos, esse quadro representa a ruptura com o Estado legislativo, em que vigorava o positivismo e o império das regras – afirmando-se o direito livre de valores –, e a adoção do Estado constitucional, neste promovendo-se aproximação entre Direito e Moral. A dignidade humana, aqui,

> de mera proclamação religiosa e filosófica, converteu-se em princípio jurídico vinculante da mais elevada estatura, mas isso não a privou da sua dimensão moral. Pelo contrário, a sua positivação é parte importante do fenômeno de abertura do Direito à leitura moral (SARMENTO, 2016, p. 58).

Nesse ínterim, o direito civil não poderia fugir à interpretação constitucional. Em decorrência da constitucionalização-releitura, a interpretação de suas disposições deve ser levada a efeito em consonância com o princípio da supremacia da Constituição. Normas constitucionais, sobretudo o princípio da dignidade humana, condicionam a validade e a interpretação das normas infraconstitucionais de direito civil (e de todo o direito infraconstitucional).

Questão importante, porém, diz respeito à natureza jurídica da dignidade humana. A resposta é buscada a partir da diferenciação entre princípios e regras, a luz da teoria de Robert Alexy. Para Alexy (2015, p. 87), princípios e regras, espécies do gênero norma, diferenciam-se não só em grau, mas sobretudo em qualidade. As regras são mandados definitivos, aplicáveis por um juízo silogístico de subsunção: ocorrendo a premissa fática contida na norma, aplica-se a regra. Tudo ou nada: ou se aplica a regra, ou não se aplica.

Os princípios, por seu turno, são mandados de otimização, tendo por objetivo ordenar a realização do ordenamento jurídico na maior medida possível, levando-se em conta as possibilidades jurídicas e fáticas. Desta forma, os princípios admitem a satisfação em graus, em maior ou menor aplicação, a depender do princípio. Tratando-se de colisão entre princípios, urge a necessidade de valer-se do juízo de ponderação.

Na Constituição, a dignidade humana é prevista expressamente como um princípio (art. 1, III, da CF). A despeito disso, para a doutrina, não lhe parece ser a natureza jurídica mais adequada. No entendimento de Lêdo (2017, p. 30), "a dignidade pode incidir tanto como princípio tanto quanto regra". A dignidade humana apresenta um núcleo de sentido "ao qual se atribui natureza de regra, aplicável biunivocamente", no entendimento de Barcellos (2008, p. 191-195, *apud* LÊDO, 2017, p. 31).

Lêdo (2017, p. 31) continua na defesa do caráter polivalente da dignidade humana:

> a integridade física e moral, a liberdade, a igualdade e a solidariedade são conteúdos com os quais a dignidade se relaciona, sendo imprescindíveis para a sua materialização. Como princípio, a dignidade instiga a defesa e a promoção de todos os valores acima aduzidos. Porém, em seu núcleo reside o mínimo existencial, traduzido em direitos relacionados à renda mínima, à saúde básica, moradia, educação fundamental e acesso à justiça. Na defesa e promoção desse núcleo, a dignidade da pessoa humana operará como regra.

Impende frisar, porém – assim como coloca Barroso (2014, p. 64) –, que no Direito, regra geral, não há espaço para absolutos. Afirma o autor:

> Embora seja razoável afirmar que a dignidade humana normalmente deve prevalecer, existem situações inevitáveis em que ela terá de ceder, ao menos parcialmente. Um exemplo evidente de uma dessas situações ocorre quando alguém é condenado à prisão após um procedimento condizente com o devido processo legal: neste caso um componente importante da dignidade dessa pessoa – representado por sua liberdade de ir e vir – é restringido. Esta hipótese ilustra, de maneira clara, que um aspecto da dignidade de uma pessoa pode ser sacrificado em benefício de algum outro valor. A dignidade humana, portanto, é um valor fundamental, mas não deve ser tomada como absoluta (BARROSO, 2014, p. 64).

Portanto, a dignidade humana não pode ser classificada intangivelmente como um princípio ou como uma regra, sem que possa transitar livremente pelas duas classificações. Embora seja valor fundamental do Estado, ela cede em casos pontuais. Em vista da sua capacidade de ser satisfeita em graus, em razão maior ou menor (não absoluta, portanto), sua natureza mais se aproxima dos princípios.

Em frente, um ponto que não suscita dúvidas é o de que a dignidade humana, como princípio fundamental, irradia-se ao âmbito privado.

3. A EFICÁCIA IRRADIANTE DA DIGNIDADE HUMANA

Sob o pálido do Estado Liberal clássico, o Direito Civil, estampado no Código Napoleônico, era impregnado com a ideia de separação absoluta entre Estado e sociedade. Dois universos distintos não poderiam de modo algum comunicar-se: o universo público e o universo privado, sob o risco de comprometimento da liberdade individual.

As relações entre os particulares estavam a par da atuação do Poder Público, porquanto a liberdade e a consequente autonomia da vontade eram valores que, em nenhum grau, o Estado poderia limitar.

No mesmo sentido, Sarmento (2000, p. 65) leciona que

> No âmbito do direito público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do direito privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade.

Desta forma, pode-se afirmar que, historicamente, a discussão relativa à aplicação dos direitos fundamentais restringia-se à relação verticalizada entre o Estado (em posição de superioridade) e o indivíduo (em um degrau abaixo). O Estado, em suas relações, deveria observar os direitos fundamentais. Inobstante, passou-se a indagar, agora, se os direitos fundamentais seriam aplicáveis às relações intersubjetivas horizontais, aquelas que

envolvem apenas particulares em pé de igualdade. É nesse âmbito em que três teorias ganham vulto.

A primeira delas é a teoria publicista, subdividida em *stare action theory e public function theory*, desenvolvidas nos Estados Unidos. Na primeira, defende-se que os direitos fundamentais apenas são exigíveis quando o particular se relaciona com o Poder Público, estando, assim, o Estado em ação. Para a segunda, para ter-se a mesma exigência, ao menos deve haver, na relação, um particular no exercício de função ou de atividade pública (SARMENTO, 2003).

À frente, a teoria indireta e mediata. Aqui, os efeitos dos direitos fundamentais apenas são alcançados, nas relações intersubjetivas, de maneira indireta, por meio dos princípios gerais do direito, como "função social" e "ordem pública".

Finalmente, a teoria da eficácia direta e imediata dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais. Estes são exigíveis nas relações particulares a despeito de intermediação legislativa (por previsão em princípio gerais do direito ou em lei). No Brasil, é a teoria dominante.

Com a teoria da eficácia direta e imediata, adotada no ordenamento jurídico brasileiro, põe-se fim a qualquer discussão que envolve a aplicação da dignidade humana às relações intersubjetivas horizontais, sobretudo porque fundada na eficácia irradiante dos direitos fundamentais. Trata-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, amplamente defendida pela doutrina, a afastar o monopólio da eficácia vertical: nesta, os direitos fundamentais apenas se aplicam às relações envolvendo Estado (acima) e indivíduo (abaixo), em uma relação díspar; naquela, as relações envolvendo sujeitos em pé de igualdade também são alcançadas pelos direitos fundamentais.

Como exemplo, o STF decidiu, no Recurso Extraordinário 161.243/1997, que uma empresa francesa de aviação deveria empregar tratamento igualitário aos funcionários franceses e aos brasileiros, incidindo, notadamente, o direito fundamental à isonomia.

Portanto, consubstanciando um direito fundamental, o princípio da dignidade humana irradia-se, direta e imediatamente, às relações intersubjetivas.

Em continuidade, diante das concepções traçadas sobre a dignidade humana, pode-se dizer que ela é o fundamento-mor da boa-fé objetiva.

4. A BOA-FÉ OBJETIVA

Na Constituição está inserido um diversificado sistema normativo que abarca o dever de proteção da confiança. Nela se inserem as grandes bases da boa-fé objetiva, com decorrência direta da proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal).

Encontra-se, na Constituição, não só o fundamento da boa-fé objetiva, mas, ainda, obrigações que intimamente se ligam ao princípio, como a de não quebrar a confiança e de não agir com deslealdade – máximas que podem ser extraídas do "*neminem laedere*". São obrigações que decorrem de normas constitucionais, especificamente do objetivo fundamental de solidariedade, ínsito no art. 3º, I, da Constituição Federal.

Para Menezes Cordeiro (2006, p. 127), a boa-fé provém do direito fundamental à igualdade: "a pessoa que confie, legitimamente, num certo estado de coisas não pode ser vista se não tivesse confiado: seria tratar o diferente de modo igual" (apud DIDIER JR., 2017, p. 122-123).

Historicamente, a origem da boa-fé remonta ao direito romano, tendo seu significado nascido da expressão *fides*, que, no mundo romano, possuía ampla denotação: ora era tida como confiança, ora era entendida, a depender da paridade na relação, como colaboração (nas relações paritárias) ou amparo (nas relações díspares). Recebia ainda outros significados: lealdade e respeito à palavra dada ou fundamento da virtude cívica. É no direito germânico, porém, que se tem origem uma fórmula geral de boa-fé (MARTINS-COSTA, 2015, p. 49).

No direito brasileiro, a boa-fé, entendida por uma acepção objetiva, designa um *standard* jurídico de comportamento, *i.e.*, um parâmetro de conduta devido (MARTINS-COSTA, 2015, p. 39). É por essa acepção objetiva de boa-fé que se estabelecem padrões de comportamento aplicáveis às relações intersubjetivas, levando-se em conta a cooperação, a lisura, a honestidade, a probidade e a confiança.

No ordenamento jurídico, a boa-fé é prevista expressamente pelo Código Civil, *in verbis*: "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Conquanto prevista no Código Civil, a boa-fé encontra suas origens arraigadas na Constituição. Cumpre-se observar que a construção do código civilista de 2002 se deu sobre pilares intimamente ligados à ideia de despatrimonialização, envolvendo os conceitos de eticidade e de socialidade. Ao contrário da codificação de 1916, quando a principal preocupação do legislador ordinário era conferir proteção ao patrimônio – valendo-se da propriedade e do contrato como seus dois pilares –, o advento do código de 2002 erigiu a proteção da pessoa ao patamar de valor máximo.

Para bem compreender esse movimento, faz-se necessário retornar a alguns anos antes da promulgação do Código Civil de 2002. Os trabalhos relativos ao anteprojeto do código civilista foram desenvolvidos sob a égide de um movimento constituinte que culminou na promulgação da Constituição Federal de 1988. Para Barroso (2007, p. 4), a atual Constituição brasileira representa o início da constitucionalização do direito infraconstitucional no país, sendo um marco no constitucionalismo brasileiro. Como efeito necessário, promoveu-se a irradiação dos direitos fundamentais – e, por decorrência indissociável, do princípio da dignidade humana – aos diversos ramos do direito, sem pôr à margem o direito civil e o Código Civil que ainda se desenvolvia.

A visão de alteridade que permeia os dispositivos do Código Civil é, portanto, decorrência da Constituição Federal de 1988, que, ao prever a dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consagrou valores que visam ao bem-estar social, em contraponto ao individualismo presentes em Constituições brasileiras pretéritas e no próprio Código Civil de 1916. Mesclaram-se ideais do liberalismo clássico – que primam pelas liberdades individuais e pela igualdade formal – com as acepções do Estado social, prevendo-se direitos e garantias fundamentais prestacionais, em busca do *Welfare State*. O disposto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal é o elemento orgânico que comprova esse movimento.

É na esteira desse entendimento que a proteção do princípio da dignidade humana se faz presente nas relações particulares sob a capa da boa-fé objetiva, de modo que, havendo relação entre sujeitos, nela incidirão, obrigatoriamente, os padrões de conduta tidos como constitucionais, revelando-se límpido o dever fundamental de proteção da confiança.

Portanto, pode-se dizer que a boa-fé, embora encontre previsão expressa no Código Civil e em outros microssistemas, é consectário lógico da Constituição. Ela decorre do sistema de proteção criado em favor do princípio da dignidade humana, de forma que sua observância é necessária, sobretudo no que diz respeito à tutela da confiança.

5. O POTENCIAL OPERATIVO DA BOA-FÉ E SUA EXPANSÃO ÀS RELAÇÕES PARTICULARES

Assentada a base normativa da boa-fé, pode-se perquirir acerca de seus potenciais operativos.

Na onda da constitucionalização-releitura dos diversos ramos do direito, a boa-fé objetiva tornou-se importante ferramenta de interpretação de todo o ordenamento jurídico e, por conseguinte, impulsionou o princípio da aplicação da dignidade humana. Na presente pesquisa, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e o Código de Processo Civil servirão de exemplo.

No direito civil como um todo, a presença da boa-fé é sempre lembrada no direito obrigacional. Nas relações intersubjetivas vigora a autonomia da vontade, de modo que os sujeitos que participam desta relação escolhem o conteúdo de suas avenças, desde que respeitadas as normas cogentes de ordem pública. Conquanto o conteúdo obrigacional seja determinado pela vontade, ele é integrado pela boa-fé. Com efeito, nas palavras de Rosenvald (2007, p. 421-422):

> Com isso, estamos afirmando que a prestação principal do negócio jurídico (dar, fazer e não fazer) é um dado decorrente da vontade. Os deveres principais da prestação constituem o núcleo dominante, a

> alma da relação obrigacional. Daí que sejam eles que definem o tipo do contrato. Todavia, outros deveres se impõem na relação obrigacional, completamente desvinculados da vontade de seus participantes. Trata-se dos deveres de conduta, também conhecidos na doutrina como deveres anexos, deveres instrumentais, deveres laterais, deveres acessórios, deveres de proteção e deveres de tutela. Os deveres de conduta são conduzidos ao negócio jurídico pela boa-fé, destinando-se a resguardar o fiel processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra. Eles incidem tanto sobre o devedor quanto sobre o credor, mediante resguardo dos direitos fundamentais de ambos, a partir de uma ordem de cooperação, proteção e informação, em via de facilitação do adimplemento, tutelando-se a dignidade do devedor e o crédito do titular ativo.

Não se olvida, portanto, da obrigatoriedade de observância da boa-fé objetiva – e da normatividade da Constituição. A relação, antes apenas intersubjetiva, tornar-se "heterônoma, legitimada pela assunção de que o contrato atende, ou deva atender, a finalidades sociais" (ROSENVALD, 2007, p. 422). Com efeito, por trás do negócio jurídico erigido pelos sujeitos, existe um grande interesse comum de respeito aos padrões mínimos exigidos pela dignidade humana, especificamente no que concerne à proteção da confiança, revelando a função social externa da relação perante a coletividade.

Embora se remeta às obrigações, é patente que a boa-fé também se aplica a outras matérias do direito civil, de modo que exegese contrária revela-se incompatível com as disposições da Constituição. A doutrina, nessa linha, aponta três funções da boa-fé objetiva (ROSENVALD, 2007, p. 422): a) parâmetro de interpretação (art. 113 do Código Civil), como até aqui se defendeu; b) função de controle (art. 187 do Código Civil), a coibir o abuso de direito, pela via omissiva ou comissiva; e c) deveres anexos de conduta, ainda que não pactuados pelas partes (art. 422 do Código Civil).

O que se percebe desse quadro é o fenômeno da publicização das relações que outrora eram consideradas extremamente privadas, como, a exemplo do exposto, as relações contratuais. Não obstante, de maneira nenhuma isso pode ser entendido como um retrocesso nas conquistas

relativas às liberdades individuais. Os indivíduos continuam livres para pactuarem, mas tal pactuação deve respeitar os limites impostos na Constituição, em perfeita consonância com o princípio da dignidade humana.

Demonstra-se, pois, a superação da obsoleta dicotomia entre direito público e direito privado. O direito civil, amplamente alocado pela doutrina no lado privado do direito, não representa um bloco homogêneo – assim como nenhum dos ramos do direito o é –, de forma que existe, dentro das normas que o compõe, disposições de naturezas diversas, ora de cunho privado (o que é a regra), ora de cunho público.

No mesmo sentido, sobre as relações de consumo também se lança um olhar voltado à observância da função social, sem que a boa-fé pudesse ser posta de lado no Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8.078/1990). Neste código, prevê-se a boa-fé como uma ferramenta de promoção de igualdade entre consumidores e fornecedores, conforme seu art. 4º, III, *in verbis*:

> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)
> III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; há previsão expressa da boa-fé:

Se, entretanto, da relação intersubjetiva de cunho obrigacional, civil ou consumerista, resultar uma crise de inadimplemento, não havendo entre as partes a autocomposição, o meio utilizado para colocar fim ao conflito é a provocação da Jurisdição, que dará ao litígio, por meio de um processo, uma resposta.

É, pois, lugar-comum que no processo civil – a ferramenta de exercício da Jurisdição – a boa-fé objetiva encontra-se em franco desenvolvimento. Isto porque o processo não é um conglomerado de regras técnicas, mas um meio ético de efetivação do serviço jurisdicional, sempre com as bases fornecidas pela Constituição.

O Código de Processo Civil (Lei. Nº 13.105/2015) consagrou a constitucionalização do processo civil, como determina expressamente o seu primeiro artigo: "Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código". A esse movimento dá-se o nome de neoprocessualismo, o estágio atual da ciência jurídica processual, em que se destaca a importância do emprego dos valores consagrados pela Constituição na construção e aplicação do processo (DIDIER JR, 2017), seja pela constitucionalização de normas processuais, seja pela interpretação das normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais.

Dentre as normas fundamentais do processo, o Código de Processo Civil de 2015 previu, em seu art. 6º, que todos aqueles que participam do processo devem comportar-se de acordo com a boa-fé.

O legislador, em uma postura zelosa e reforçadora da importância do princípio da boa-fé objetiva, como que para melhor se assegurar do que o próprio Código Civil, em seu art. 1º, já havia determinado, achou por bem inseri-lo, com redação expressa, como uma norma processual fundamental que, em conjunto com demais princípios processuais, condiciona a interpretação e a aplicação das normas processuais. Tal não se fazia necessário, tendo em vista o quadro de irradiação da força normativa da Constituição e de seus princípios (inclusive o da boa-fé, implícito) aos diversos diplomas legislativos – mas, reforça-se, demonstra a importância conferida à boa-fé processual.

A doutrina considera que, "mesmo que não houvesse texto normativo expresso na legislação infraconstitucional, o princípio da boa-fé processual poderia ser extraído de outros princípios constitucionais (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 122)". Trata-se, portanto, de um princípio constitucional implícito.

Na análise, *e. g.*, de uma regra de direito processual civil, a sua aplicação – quanto à extensão e efeitos –, condiciona-se a uma interpretação de todo o ordenamento jurídico, no intento de efetivar os valores previstos na Constituição. Esta tornou-se um filtro de interpretação.

A boa-fé nascida no âmbito substancial é a que se dirigiu rumo ao processo. Para Didier Júnior (2017, p. 119) é importante destacar a expansão da boa-fé do direito privado ao direito público: "como acontece com qualquer relação jurídica, a boa-fé recai também sobre as relações processuais".

Poderá a boa-fé objetiva concretizar-se, no processo, em quatro grandes situações (DIDIER JR, 2017, p. 125): i) a proibição de agir de má-fé: repele-se a conduta dolosa, considerando-a ilícita, como, por exemplo, o requerimento doloso da citação por edital (art. 258 do CPC); ii) a proibição de abuso de direitos processuais: o abuso do direito de defesa, *e. g*, é considerado um comportamento ilícito e hipótese expressa de litigância de má-fé (art. 80, VII, CPC); iii) a proibição *de venire contra factum proprium*: veda-se o exercício de uma situação jurídica de maneira contrária a um comportamento anterior que incutiu na parte *ex adversa* uma legítima expectativa de manutenção da coerência; e, por fim, iv) a ocorrência de *supressio* processual: consubstancia-se na perda de poderes processuais pelo não exercício por tempo tal que gera no outro sujeito uma expectativa de que não seria posteriormente exercido, prevalecendo a segurança resultante de comportamentos duradouros. Nesta pesquisa, analisar-se-á o princípio do *venire contra factum proprium*.

Desta forma, em concretização à dignidade humana, também no agir processual deve ser repelido a contradição lesiva aos interesses da contraparte. Desde a relação material, permanecendo na relação processual, as partes devem imprimir ao próprio agir a cooperação e a retidão. O valor constitucional a que se visa é o solidarismo, na incessante busca pela justiça social.

Na prestação do serviço de jurisdição, o Estado deverá valer-se de um modelo de processo cooperativo e pautado na boa-fé. Todos aqueles que participem do processo devem pautar-se pela boa-fé. Deste modo, a relação processual, embora triangularizada, também é alcançada pela dignidade humana e, portanto, pela boa-fé objetiva.

Desta forma, no direito material e no direito processual a boa-fé objetiva revela-se como importante ferrada na promoção da dignidade humana.

6. CONCLUSÃO

Com base nos conceitos e elementos expostos na pesquisa, pode-se concluir que a Constituição torna obrigatória a observância da boa-fé objetiva nas relações entre sujeitos particulares, como uma forma de proteção à confiança. Disso decorre, conseguintemente, à promoção da dignidade humana também nas relações entre particulares, de forma que os direitos fundamentais têm seus efeitos estendidos também a tais relações, impondo-se limitações circunstanciais à autonomia da vontade.

Pelo exposto, a promoção dos valores essenciais, como o desenvolvimento pessoal e a autodeterminação, torna-se obrigação também dos sujeitos particulares, havendo, portanto, um dever fundamental de respeito à confiança. Não só o Estado, mas também os sujeitos são responsáveis pela promoção dignidade humana. Há, como se pode ver durante o presente trabalho, uma publicização das relações particulares.

Cumpre esclarecer, porém, que não se pode conceber a supressão da autonomia da vontade no âmbito particular. A liberdade continua a ser a regra dentro das relações intersubjetivas, desde que cumpridas as regras mínimas cogentes impostas unilateralmente pelo Estado aos sujeitos da relação, repelindo-se o agir indiscriminado. Cumpridas tais regras mínimas de ordem pública, a autonomia da vontade encontra vasto campo para desenvolver-se.

A superação do Estado de Liberalismo clássico fez necessária a superação da liberdade como valor absoluto. O modelo social de Estado adotado com a vigência da atual Constituição impôs que normas de ordem pública fixassem os limites de atuação nas relações privadas, de forma que o bem-estar geral se sobrepõe aos interesses individuais.

A constitucionalização-releitura decorrente do Neoconstitucionalismo é considerada o fenômeno que promove a interpretação das disposições dirigidas aos particulares sob a égide da Constituição. Nascem, assim, o

direito civil contemporâneo, o direito consumerista contemporâneo e o direito processual civil contemporâneo – sistemas abertos à exegese constitucional concretizadora. Em todos esses sistemas, a boa-fé objetiva insere-se como o principal instrumento normativo propulsor da dignidade humana no âmbito particular.

Atuando Estado e particulares com o fito de promover a dignidade humana, surge o dever, também constitucional – como se viu –, de que o agir geral seja pautado nos valores decorrentes da boa-fé objetiva, reprimindo-se todas os comportamentos que possam oferecer algum risco à confiança.

REFERÊNCIAS

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

BARROSO. Luís Roberto. **Aqui, lá e em todo lugar**: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. 2012. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/dignidade_humana.pdf>. Acesso em: 15 de março de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**: O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 25 de abril de 2019.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, jan 2002.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, set 1990.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de mar. de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, mar 2015.

BRASIL. STF. **Recurso Especial: REsp 1365418 SP**. Relator: Ministro Marco Buzzi. DJe: 06/02/2013.

LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira. **O princípio da boa-fé objetiva como densificador da dignidade humana nas relações negociais**. Londrina, 2017, 153 f.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

ROSENVALD, Nelson. **Código Civil Comentado**: doutrina e jurisprudência. Coord.: Cezar Peluso, São Paulo: Manole, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil**. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia, 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

A IMAGEM FALA POR SI SÓ? DESCONSTRUINDO O MITO DA OBJETIVIDADE

MARINA GIOVANETTI LILI LUCENA

INTRODUÇÃO

Atualmente a geração de imagens e de vídeos é facilitada e cada vez mais difundida. Antes, a forma de captação da imagem era através de pinturas do indivíduo. Com a invenção da fotografia no século XIX, a imagem começou a poder ser capturada e impressa com maior facilidade. Atualmente, além das fotos, facilmente tiradas a distância e por dispositivos pequenos e acessíveis, como celulares, a imagem é facilmente capturada através de vídeos. Logo, além da imagem estática do indivíduo, sua movimentação e comportamento também podem ser facilmente obtidos. Além disso, a própria percepção da imagem varia conforme o tempo, assim como sua obtenção e divulgação.

Atualmente a utilização de imagens se tornou tão difundida que se pode dizer que a antiga relação de texto-imagem se transformou em uma relação de imagem-texto (ALMEIDA JÚNIOR, 2013, p. 164). Nesse sentido, quando a imagem se difundiu como fonte de informações, sua inserção ocorria de forma ilustrativa, a complementar o texto utilizado. Atualmente, no entanto, muitas vezes a imagem é usada de forma prioritária, quase isolada, acompanhada de pouco ou nenhum texto, como se seu significado fosse claro e absoluto, não necessitando de complementos textuais.

A imagem tem, atualmente, tratamento específico concedido pela Constituição Federal. Por muito tempo pensou-se que a imagem estaria

ligada à honra e à privacidade. Essa questão foi superada, e atualmente a imagem é considerada como bem autônomo. Tanto é assim que a violação à imagem gera indenização por perdas e danos individualmente, independente da violação à honra e à privacidade (NUNES, 2015, p. 7).

As captações de imagens são formas de intervenções na privacidade, e tornaram-se cada vez mais frequentes e comuns. No entanto, a legislação não acompanhou com a mesma rapidez e eficiência o desenvolvimento tecnológico da nossa civilização. Certo é que o Direito, como ferramenta de controle e pacificação social, é também, como as pessoas, extremamente mutável. Conforme a sociedade se modifica, o Direito também deve estar pronto para observar essas mudanças, as novas necessidades trazidas e buscar maneiras de regulá-las. Se não for assim, ocorre um descompasso entre realidade fática e jurídica, o que acaba por gerar instabilidade social e insegurança jurídica para os cidadãos.

É nesse contexto, no qual se torna cada vez mais comum a utilização de imagens em diversos contextos, que o presente trabalho se desenvolve. O objetivo principal será demonstrar que a imagem não tem um significado único, mas, ao contrário, seu entendimento depende de diversos elementos externos que devem ser levados em consideração.

Para isso, na primeira parte do trabalho será analisada a sociedade imagética e suas características. É importante perceber o modo como a imagem tornou-se tão relevante na atualidade. O fato das captações de fotos e vídeos tornarem-se comuns é o que propicia o uso das mesmas nos tribunais.

Na segunda parte, que tratará sobre as várias possibilidades de interpretação da imagem, será discutido sobre a polissemia das imagens, e a importância de uma análise mais crítica e justa das imagens para serem utilizadas como meio de prova. Para isso, serão objeto de estudo dois casos específicos, um do vídeo do famoso caso da jurisprudência americana *Scott v. Haris* e outro da imagem conhecida popularmente como *O beijo.* Nesse sentido, serão analisadas as questões da limitabilidade da prova em vídeo e da importância do esclarecimento do contexto. Tudo isso com fins de salientar a importância de uma análise crítica e ampla das imagens, principalmente quando são apresentadas como meio de prova nos tribunais, para que não haja violações de direitos.

1. A SOCIEDADE IMAGÉTICA

O mundo atual é marcadamente influenciado pelo desenvolvimento da tecnologia. É certo que nas últimas décadas a sociedade, sofrendo influência das novas tecnologias desenvolvidas, modificou-se de forma relevante. Atualmente, é difícil pensarmos em um mundo sem que haja informações divulgadas e difundidas quase simultaneamente ao seu acontecimento, por todo o mundo. Essa é a chamada sociedade da informação, na qual dados são facilmente obtidos e armazenados por um número indeterminado e cada vez maior de indivíduos.

Nesse contexto é relevante o desenvolvimento de formas de captação de imagens, sons e vídeos. Há poucas décadas eram raros os registros em vídeo, e bastante precários. As imagens também não eram tão facilmente captadas e armazenadas. Hoje, no entanto, com aparelhos pequenos como telefones celulares é possível gravar vídeos em alta resolução, armazena-los, bem como transferi-los para outros indivíduos.

Além disso, as câmeras estão por todas as partes, de forma bastante acessível (GREGORY, 2010, p. 192). Exemplo relevante são as inúmeras câmeras de vigilância pela rua, de modo que é fácil pensar que o comportamento isolado de cada um, realizado publicamente, poderá ser alvo de apreensão e posterior utilização por parte de quem as captura.

Outro aspecto relevante é o uso cada vez mais comum e crescente das imagens, com o qual a sociedade foi se acostumando. Por isso muitos denominam a sociedade como imagética, em razão de preponderância da imagem em lugar dos textos. A vinculação de texto à imagem é cada vez mais utilizada e bem vista pelo público.

Com isso percebe-se que uma imagem inicialmente obtida licitamente pode ser utilizada fora de seu contexto, tornando-se ilícita sua reutilização. Considera-se mesmo que o contexto no qual a imagem foi inicialmente obtida é tão importante que o uso de imagens descontextualizadas sempre configurará uma violação aos direitos de personalidade (ALMEIDA JÚNIOR, 2013, p. 166).

Nesse sentido, importante salientar que o ordenamento jurídico vigente busca que os direitos de personalidade sejam sempre preservados por todos, cidadãos e Estado. Suas características salientam sua relevância

social e a preocupação com sua proteção, que deve ocorrer sempre da maneira mais ampla possível. Logo, o desenvolvimento tecnológico e a globalização da informação também devem ser limitados para que ocorra efetiva proteção da pessoa, de modo que a transmissão de informações não se torne um "perigoso veículo de cisão dos direitos de personalidade, tolhendo as faculdades minimamente necessárias para o desenvolvimento do indivíduo." (NUNES JÚNIOR, 1997, p. 10).

2. A POLISSEMIA DA IMAGEM

Como já afirmado, a questão principal objeto de debate no presente estudo é a importância da análise crítica da imagem, inclusive quando ela é levada como meio de prova ao processo, por meio de fotos ou vídeos. É nesse contexto que se torna necessário o desenvolvimento de uma visão crítica da imagem. Quem a interpreta, principalmente em um processo judicial, deve ter consciência de sua multiplicidade de sentidos. O significado de uma foto não é óbvio, devendo ser sempre interpretado com cuidado, de acordo com outros elementos acessíveis. Para tornar clara a variabilidade de interpretações que uma mesma imagem ou vídeo pode sofrer, serão analisados dois casos concretos, um vídeo levado a julgamento e uma imagem popularmente conhecida como "o beijo".

O primeiro trata do caso da jurisprudência americana, *Scott v Harris*[1], analisado por Jessica Silbey no artigo "*Cross-Examining Film*". Esse é um julgado relevante da Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual o filme foi tratado como uma representação da realidade. O caso trata, resumidamente, de uma perseguição de carro realizada por um policial contra um indivíduo, suspeito de cometer um crime. A perseguição culmina em um acidente automobilístico que deixou o suspeito tetraplégico. A análise da corte visava estabelecer se o policial violou a quarta emenda[2], ao causar intencionalmente o acidente de carro.

1. Scott v Harris. Vídeo disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qrVKSgRZ-2GY>. Acesso em: 03/02/2017.

2. A quarta emenda americana busca proteger os indivíduos contra buscas e apreensões policiais, para que elas não se tornem arbitrárias. Desse modo, é uma forma de proteção contra abusos policiais, já que as ações devem se basear, no mínimo, em uma causa provável.

Esse caso não foi a primeira vez na qual a Suprema Corte utilizou a prova em vídeo para um dos seus julgamentos. A crítica feita por Silbey, com a qual se concorda, refere-se ao fato do vídeo ter sido utilizado como a única prova, sendo tido como verdade absoluta (2008, p. 18). Outras provas trazidas ao processo foram desprezadas em nome de uma suposta objetividade e completude da prova em vídeo, que demonstraria a proporcionalidade da ação policial.

O que é relevante na análise desse caso é que, além da crítica pela utilização do vídeo como se fosse uma única captura possível da verdade, o vídeo em si não é suficientemente claro. Assistindo à sua totalidade, fica ainda bastante complexo entender a questão objeto de litígio. Vários fatos importantes ficam excluídos, já que não se verifica como a perseguição começou, nem é possível visualizar como o acidente realmente aconteceu. Além disso, o próprio vídeo é nebuloso. As imagens são escuras, o áudio não é claro para explicitar quais conversas aconteceram entre as partes. A própria perspectiva da câmera é problemática, já que ela está posicionada no painel do carro policial, que realizava a perseguição. Assim, a visão apresentada em julgamento é somente a dos policiais, não sendo possível perceber o que o suspeito viu, ouviu, nem entender porque ele fugiu.

Para se demonstrar essa questão de que o vídeo é uma construção, que inclui algumas imagens e exclui outras, válidas são as duas imagens a seguir, que demonstram que toda imagem ou vídeo é um recorte de um contexto muito mais amplo.

Imagem 1

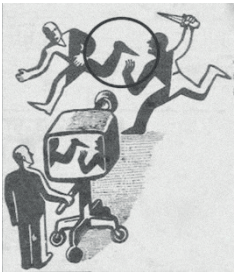


Imagem 2

Essas imagens demonstram como pode ser problemática a concepção de que a imagem "fala por si mesma". Nos dois casos fica demonstrado que a imagem, assim como o vídeo, traz ao público somente um recorte do que estava acontecendo na realidade descrita. Uma parte sempre fica excluída da representação, e essa parte pode ser relevante o suficiente para alterar o entendimento sobre o que realmente aconteceu. Essa ideia de objetividade, de que "a imagem não mente", é falsa, já que a imagem sempre deve ser interpretada (TAIT, 2007, p. 313).

Outro exemplo relevante que demonstra a ambiguidade que pode existir em uma imagem é a da famosa foto conhecida como "O beijo", a seguir:

Essa imagem é interessante porque pode demonstrar como as imagens dependem de seu destinatário para sua interpretação. Essa foto tornou-se mundialmente conhecida como uma foto romântica, por representar o beijo de dois apaixonados celebrando o final da Segunda Guerra Mundial

em 1945. Depois de um tempo, no entanto, comprovou-se que os dois retratados não eram dois apaixonados, como se pensava. Eram na verdade desconhecidos, sendo que a moça chegou a afirmar tempos depois que foi fisicamente forçada ao beijo, já que o homem desconhecido era mais forte do que ela. Como consequência, surgiu uma discussão com relação ao beijo, já que muitos acreditaram que a foto era, na verdade, um símbolo da violência contra a mulher.

O que se pretende demonstrar com essa foto é que, apesar do significado parecer claro para alguns destinatários, outros podem recebê-la de forma completamente diversa. É o que acontece nessa foto. Ela é um símbolo romântico ou um símbolo de violência? A resposta passa por questões como o contexto histórico da foto; a relação pretérita dos indivíduos; o que acontece antes e depois da foto. No caso, a questão é tão complexa que, mesmo quando esses elementos são esclarecidos, o significado da foto pode ser completamente diverso.

Nos filmes ocorre efeito semelhante. É comum que o ser humano crie relacionamentos, imagine conexões entre as cenas. Assim, o público tende a criar uma narrativa, mesmo que ela não exista em um primeiro momento (SILBEY, 2008, p. 29). Nesses casos, é equivocado dizer que a prova "fala por si mesma", por ser uma visão extremamente simplista da prova em vídeo. A autenticidade desse tipo de prova, portanto, deve ser corroborada através de evidências adicionais, como o método de gravação, como é a conservação e a manutenção de registros para aumentar o grau de confiabilidade da gravação (MURRAY, 2015, p. 16/17).

2.1 A LIMITABILIDADE DA PROVA EM VÍDEO

Para isso é importante tratar-se sobre a limitabilidade da prova, ou seja, entender que a prova, de qualquer tipo, não fala por si mesmo em uma verdade universal e absoluta. Como dito anteriormente, na sociedade imagética hoje predominante, e em razão do grande desenvolvimento tecnológico que permite gravações de áudio em vídeo com facilidade, é comum que cenas sejam gravadas, sendo possível que essas gravações sejam levadas a julgamento posteriormente, como meio de prova.

Inicialmente, deve-se considerar que a prova em vídeo tem subdivisões possíveis. É possível, por exemplo, que haja uma *evidence verité*, que é uma filmagem não mediada por ninguém, filmada em tempo real, sem edição ou narração. Portanto, esse tipo de gravação não sofre nenhum tipo de interferência (SILBEY, 2008, p. 20). É possível pensar no exemplo de câmeras de segurança que, estáticas, realizam a gravação que será analisada no julgamento. Mas, nesses casos, é a máquina que realiza a captura das imagens e sons, não um ser humano. Consequentemente, a máquina não pode responder perguntas ou realizar o *cross-examination* sobre o que foi gravado.

Outras categorias de vídeos são aqueles encenados, com roteiros, a exemplo das constituições dos especialistas em vídeo (SILBEY, 2008, p. 21). Nesses casos a edição, para o controle da interpretação que será realizada das imagens, é mais clara e evidente, de modo que essa categoria de vídeo não tem influência relevante no presente trabalho.

Em seu artigo, Silbey desconstrói três mitos sobre a prova em vídeo. O primeiro estabelece que os filmes são objetivos e imparciais. O segundo é que seu significado não é ambíguo, mas óbvio. O terceiro mito é o que estipula que o filme, quando assistido, transforma quem o assiste em testemunha.

Esses mitos já foram trabalhados no item anterior. No entanto, se torna ainda mais claro na análise do caso, já referenciado, *Scott v Harris*, no qual a decisão judicial não foi unânime. Um dos juízes divergiu, entendendo que o vídeo não comprovava de modo definitivo que a ação dos policiais não deu causa ao acidente. Para o juiz Stevens, a decisão foi criticável por desconsiderar outros meios de prova e basear-se unicamente no vídeo gravado pela câmera no carro policial. Para ele, o filme mostra apenas uma das versões possíveis do que aconteceu, e a Corte deveria considerar vários olhares possíveis para realizar a decisão (SILBEY, 2008, p. 19).

Nessa oportunidade, o juiz Scalia afirmou que era positivo que, na oportunidade, o vídeo fosse levado a julgamento, já que ele falava por si mesmo. A ideia era a de que só existia um único modo de interpretação do vídeo levado a julgamento. No entanto, a divergência desmistificou essa ideia. O juiz Stevens, mesmo assistindo ao mesmo vídeo, concluiu de forma completamente diversa que seus colegas (LASSITER ET AL, 2010, p. 157).

A divergência em si demonstra que o significado do vídeo não é único e objetivo, podendo haver diferentes entendimentos mesmo com o mesmo ponto de partida. Nesse sentido, entende-se que "*o processo de assimilação e retenção de uma imagem é de fundo emocional e subliminar, ou seja, depende das experiências sociais e culturais experimentadas de forma individual ou coletiva"* (ALMEIDA JÚNIOR, 2013, p. 162).

Por sua própria natureza, o filme representa um significado possível e exclui todos os demais. Nesse sentido é que as provas em filme requerem um *cross examination* para testar sua veracidade e precisão. Isso deve ocorrer até mesmo em razão do poderoso valor persuasivo do filme (SILBEY, 2008, p. 26), já que imagens e vídeos costumam trazer mais impacto e emoção àqueles que o visualizam, podendo alterar a decisão que haverá no julgamento judicial.

2.2 A IMPORTÂNCIA DO CONTEXTO

Essencial para a análise aqui realizada é a compreensão da importância do esclarecimento do contexto para melhores esclarecimentos sobre as provas em vídeo. Como vivemos em um mundo eminentemente imagético, o uso de imagens como meio de prova vem se tornando cada vez mais comum na atualidade. O problema se amplifica nesse contexto no qual a imagem não é mais meramente ilustrativa, mas central para a concretização da justiça (TAIT, 2007 p. 316).

É nesse contexto de utilização incessante de imagens e vídeos que se aumenta também o risco de danos ao indivíduo, causados pela utilização de imagens de modo indevido e sem a devida contextualização. Entende-se aqui que a contextualização deve abarcar o esclarecimento, por parte dos jurados que irão observar as imagens (no caso de utilização em julgamento), de que há outros elementos externos que devem ser levados em consideração. Apesar de vigorar popularmente a máxima segundo a qual "uma imagem vale mais do que mil palavras", em uma avaliação racional ela não deve ser aceita. Um julgamento, seja de natureza cível ou penal, tem consequências relevantes para quem for considerado culpado ou inocente, de modo que a decisão deve sempre se pautar na racionalidade,

lógica, e buscar concretizar os tão celebrados princípios da ampla defesa e do contraditório.

O discurso que vem seguido e associado à imagem é essencial, e pode influenciar de modo determinante a forma de compreensão dos destinatários. Assim, a contextualização deve se dar da forma mais ampla possível, esclarecendo elementos internos e externos à imagem ou vídeo. Quanto ao elemento visual em si é importante determinar, por exemplo, em qual contexto o filme ou imagem foi captado; o horário do início e do fim das gravações; qual foi a totalidade do local abarcado; a luminosidade; qualidade da foto ou vídeo; a perspectiva utilizada e o que ela exclui.

É importante ainda analisar elementos como a existência ou não de testemunhas presentes no momento de captação, entre outros fatores que sejam relevantes para a compreensão do meio de prova. Até mesmo os títulos dados às provas, bem como legendas para compreensão das imagens, podem ser desvirtuados para levar a uma compreensão enviesada de determinada representação visual.

A perspectiva da câmera, por exemplo, é tão importante que pode sozinha influenciar nas impressões dos destinatários do vídeo. Nesse sentido é o estudo conduzido por Lassiter (2010), entre outros pesquisadores, que explica a influência da perspectiva da câmera quando da gravação de interrogatórios criminais. Dependendo do modo de gravação (enfoque no suspeito; enfoque no interrogador e foco igual), quem o visualiza pode mudar completamente o entendimento sobre a culpa ou não do suspeito.

Enfim, deve-se demonstrar da maneira mais ampla possível o contexto no qual a pessoa está inserida quando da captura. A apresentação de imagem sem esclarecimentos relevantes, principalmente quando acompanhada de um discurso tendencioso por parte do advogado, defensor ou promotor é uma grave violação ao direito de defesa da suposta vítima ou acusado, dependendo do caso.

O elemento da imagem é tão amplamente utilizado atualmente que, muitas vezes, a parte textual que deve acompanhá-lo para esclarecimentos é esquecida. Sua utilização sem informações sobre seu contexto pode, como dito, causar graves danos a uma das partes do processo. Além disso, o problema é que as violações ocorridas são de natureza grave, sendo muito difícil que as violações ocorridas tenham posterior reparação satisfatória.

Nos julgamentos, a falta de análise crítica de uma representação visual pode levar um inocente a ser condenado, ou evitar que a vítima tenha sua justa reparação cível.

Essa utilização indevida, fora de contexto, é tida nos Estados Unidos como *false light.* Desse modo, imputa-se à pessoa uma imagem equivocada; ela é vista de forma diversa da que realmente é. Exemplo disso é o caso ocorrido na jurisprudência norte-americana. Um homem negro, vestido com um terno, foi fotografado caminhando pela Quinta Avenida. Posteriormente, teve sua imagem divulgada no *The New York Times Maganize* para ilustrar reportagem que tratava da classe média negra dos Estados Unidos e sua relação com os movimentos de direitos civis. Afirmava-se ainda na reportagem que era comum que os integrantes dessa classe se preocupassem com seu bem-estar e se esquecessem dos problemas vividos pela comunidade negra. O homem ajuizou ação, justamente pela exposição de modo diverso de sua personalidade (ALMEIDA JÚNIOR, 2013, p. 167/168).

Desse modo, é extremamente importante que a análise ocorrida na hora do julgamento seja criteriosa e realizada de forma racional e esclarecida, evitando injustiças. Não pode predominar nesse momento uma visão simplista dos julgadores, contaminados pela ideia de que o que a prova visual traz é bastante claro e unívoco. Logo, deve haver um empenho por parte dos representantes legais em sempre contextualizar devidamente a utilização de imagens e vídeos.

Conclui-se nesse sentido que é necessário que a imagem esteja em simetria com seu conteúdo descritivo. As informações textuais divulgadas juntamente a imagem ou vídeo podem alterar seu entendimento. O discurso é essencial para a compreensão das imagens, o que pode ser extremamente perigoso, já que o discurso utilizado é subjetivo e pode se alterar por questões de conveniência da parte. Isso porque

> uma imagem depende de atividade de interpretação para sua compreensão. Polissêmicas por natureza, imagens como pinturas, por exemplo, dependem, em regra, da instrução e bagagem cultural de cada pessoa, enquanto que as imagens fotográficas utilizadas na mídia se sujeitam aos elementos textuais para a sua adequada leitura (ALMEIDA JÚNIOR, 2013, p. 178).

A fidelidade da representação visual com a mensagem informada é essencial para um processo judicial justo e igualitário. Nesse sentido, deve-se sempre buscar informar todos os dados possíveis da captura, além do alerta aos ouvintes sobre a necessidade de visão crítica com relação àquele meio de prova. O contexto originário deve ser esclarecido da forma mais ampla possível.

Por fim, é relevante que se analise também sobre a análise da necessidade de apresentação da imagem ou vídeo no processo. O magistrado deve ponderar com atenção se aquele meio de prova realmente traz alguma informação útil, se pode servir para esclarecer uma questão que permanece em dúvida. Se as imagens forem utilizadas meramente com fins emocionais, para sensibilizar a plateia da ocorrência ou não de delito, elas não devem ser utilizadas. O meio de prova trazido ao processo deve ser o mais objetivo possível, buscando sempre revelar a verdade, definindo o objeto de litígio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo atual é marcado pelo desenvolvimento tecnológico cada vez mais avançado, o que propicia um grande alcance da sociedade para meios de captação de imagens, sons e vídeos. Essa inundação de imagens e formas visuais impacta de forma direta em nossa vida. Como consequência, por exemplo, percebemos a utilização cada vez mais frequente da utilização de vídeos como meio de prova em julgamentos de diversas naturezas.

Muitas vezes o que ocorre é a visão leiga de que as imagens ou vídeos são imparciais e que demonstram de forma clara e objetiva a ocorrência de um determinado fato. Ao longo do trabalho demonstrou-se que, tanto imagens quanto vídeos são passíveis de interpretação pelo público receptor, e que seu significado pode variar de acordo com as experiências de cada jurado, ou dependendo dos elementos textuais que foram acrescentados à narrativa como forma de "explicação" da imagem.

As análises apresentadas permitem concluir que a imagem deve ser analisada, sempre, de maneira crítica, salientando a sua parcialidade e

limitabilidade. Somente com uma exposição clara e explicativa nesse sentido se poderá afirmar que a utilização desses meios de prova cumpriu com todos os princípios e regras legais e constitucionais, sem causa prejuízo à qualquer uma das partes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JÚNIOR, Vitor de Azevedo. **A imagem fora de contexto: o uso de imagens de arquivo**. In: SCHREIBER, Anderson (coord.). Direito e Mídia. São Paulo: Atlas, 2013.

GREGORY, Sam. **Cameras Everywhere: Ubiquitous Video Documentation of Human Rights, New Forms of Video Adequacy, and Considerations of Safety, Security, Dignity and Consent**. *Journal of Human Rigths Practice*. Vol. 2, Nº 2, 2010, pp. 191-207.

LASSITER, G. et al. **Videotaping custodial interrogations: Toward a scientifically based policy**. pp. 143-160. In: *Police interrogations and false confessions: Current research, practice, and policy recommendations*. Lassiter, G. Daniel; Ware, Lezlee J.; Lindberg, Matthew J.; Ratcliff, Jennifer J. Lassiter, G. Daniel (Ed); Meissner, Christian A. (Ed), (2010). Washington, DC, American Psychological Association.

MURRAY, Michael. **The Ethics of Visual Legal Rethoric**. Mineo, 2015.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **O direito à liberdade de expressão e direito à imagem**. Disponível em: <http://imesb.br/direito/Edicoes/05.pdf> Acesso em 04/04/2015.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalista**. São Paulo: FTD, 1997.

SILBEY, Jesssica. **Cross-examining film**. **Race, Religion, Gender & Class**. Vol 8 (17), pp. 17-46, 2008.

TAIT, David. **Rethinking the role of the image in justice: visual evidence and science in the trial process**. In: Law, Probability and risk. V. 6, p. 311-318. 2007.

DIREITO CONSTITUCIONAL

O ESTADO E O DIREITO NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A AUTONOMIA DA VONTADE

PATRÍCIA DE BATTISTI ALMEIDA
FABIO RODRIGUES TEIXEIRA DE ALMEIDA

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais em sentido estrito são os direitos do homem que estão positivados constitucionalmente e direitos humanos referem-se as posições jurídicas comuns a todos os povos em todos os tempos (SARLET, 2006, p.35).

Nos direitos fundamentais o Estado é a condição para a existência destes direitos positivados na ordem jurídica. Por outro lado, os direitos humanos antecedem o Estado, são universais, inerentes ao indivíduo e independem de serem positivados (DUQUE, 2014, p.52).

A eficácia vertical dos direitos fundamentais refere-se à relação entre cidadão e Estado. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais trata da incidência destes direitos nas relações privadas.

A autonomia da vontade pode ser entendida como plena liberdade para as partes estabelecerem as relações privadas, estabelecerem todas as regras que regerão o acordo firmado sem qualquer limitação pelas normas jurídicas.

Na autonomia privada as partes possuem liberdade para entabular os seus acordos desde que sejam respeitadas as normas jurídicas vigentes. Ou seja, o Estado, por meio do ordenamento jurídico, limita a autonomia da vontade, transformando-a em autonomia privada.

No final do século XVIII e início do século XIX, a autonomia da vontade caracterizada pelo voluntarismo constituía o cerne das relações privadas

no sistema do liberalismo econômico (Absenteísmo Estatal). As partes eram livres para estabelecer o conteúdo, as regras e o procedimento que iriam reger os negócios jurídicos por elas entabulados. A eficácia dos direitos fundamentais era apenas vertical.

Após a primeira guerra, o Estado de Bem Estar Social passa a ser o foco das Constituições, notadamente a da Alemanha (Weimar – 1919). O Estado passa a intervir na economia e a regular as relações privadas. As prestações positivas do Estado são exigidas como forma de se alcançar a igualdade substancial. Por exemplo, surgiram as normas jurídicas de proteção aos trabalhadores.

As lições aprendidas com o final da segunda guerra mundial e os horrores do holocausto inspiraram a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948. Estabelece-se, assim, um núcleo mínimo de direitos humanos que se espera que se façam presentes nas Constituições dos Estados.

Nesse contexto histórico, desponta a autonomia privada, em que a liberdade das partes para celebrar negócios jurídicos é limitada pelas determinações do ordenamento jurídico. As relações privadas devem ser regidas pela boa fé e a norma jurídica deve tutelar a parte mais frágil nas negociações.

Posteriormente, desenvolvem-se as teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais: Teoria da eficácia indireta ou mediata (os direitos fundamentais incidem indiretamente nas relações entre particulares por meio de cláusulas gerais existentes no próprio direito privado e não incidem diretamente nas relações privadas) e Teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, a qual defende que esses direitos se aplicam diretamente às relações entre particulares, como por exemplo, no Brasil, dado que a Constituição Federal de 1998, em seu artigo 5º, parágrafo 1º, estabelece que as normas que definem os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata.

O Supremo Tribunal Federal, na década de 90, considerou em uma decisão, pela primeira vez, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. No RE 58.215/RS, estabeleceu que, no caso de exclusão de associado de cooperativa decorrente de conduta contrária ao previsto no Estatuto, deve-se respeitar o devido processo legal e possibilitar o exercício

da ampla defesa. No mesmo sentido, no julgamento do RE 201.819/RJ, a Corte Maior decidiu que a União Brasileira dos Compositores, associação privada, deve respeitar o devido processo legal e o direito de ampla defesa do associado excluído por não respeitar os deveres estatutários.

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.008.625/SP o relator Ministro Luiz Fux entendeu que a recusa da Associação das Farmácias de Município de Jundiaí e região (APROFARMA) quanto ao ingresso de Airton Alves Rodrigues e Cia LTDA EPP na referida associação é injustificada e que o direito de associação deve preponderar no caso. *In verbis*: *"a jurisprudência do STF é firme no sentido de reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais".*

Nos julgados se observa que a autonomia privada garantida pela Constituição Federal de 1988 às associações, ou qualquer outra instituição privada, deve se sujeitar à incidência dos princípios constitucionais que asseguram os direitos fundamentais dos associados. Isto é, a autonomia privada é limitada juridicamente, porque não pode ser exercida com desrespeito aos direitos de outrem.

Neste artigo, após traçar um breve panorama histórico do conceito de autonomia da vontade a partir de conceitos de John Rawls, serão examinados aspectos das relações entre o Estado e o direito nas relações privadas quanto a liberdade, autonomia da vontade e autonomia privada.

2. JOHN RAWLS

John Rawls, em seu livro "Teoria da Justiça", apresenta o tema das liberdades individuais e igualdade de oportunidades a partir da perspectiva Kantiana. Sua análise tem como base os conceitos de autonomia, igualdade e liberdade de Kant. Posteriormente, reviu sua teoria e incorporou à obra "Política como liberdade" um conceito político de pessoa. (RAWLS. 2000. p.356).

O conceito de imparcialidade na obra "Teoria da justiça" é construído a partir dos princípios de justiça que são formulados com base no contratualismo. Para o autor, deve haver igual oportunidade de acesso aos bens essenciais para uma vida digna a todos ao mesmo tempo que o Estado não

determine qual seria a melhor forma de vida. A não intervenção estatal permite que se preserve o pluralismo de concepções daquilo que pode ser compreendido como uma boa forma de vida.

A justiça é estudada sob a perspectiva das instituições humanas e não com base em cada ação humana individualmente tomada.

O autor, com forte influência Kantiana, assenta a sua teoria em base hipotética e não histórica, utilizando-se do fundamento racional para obtenção dos princípios da justiça, que é regida pela imparcialidade existente no momento inicial em que os homens discutem os princípios da justiça em absoluta igualdade. Esse momento é a denominada posição original em que todos os homens estariam submetidos ao "véu da ignorância", o qual teria o poder de impedir que os interesses imediatos dos indivíduos interferissem na integridade do procedimento deliberativo. Dessa maneira, seria possível a tomada de decisão prudente em que a liberdade e a igualdade seriam idealmente garantidas (RAWLS, 2000, p.14).

Nessa situação de equidade original as pessoas escolheriam os princípios da justiça e toda a estrutura fundamental da sociedade estabelecendo um contrato social sustentado em dois pilares:

1) Princípio da igualdade: cada pessoa tem o mesmo direito inalienável a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais iguais compatível com o sistema idêntico de liberdades para todos;
2) Princípio da Diferença: as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: a) elas devem estar vinculadas a cargos e funções abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; b) elas devem redundar no maior beneficio possível para os membros menos privilegiados da sociedade.

Rawls procura realizar uma composição dos valores liberdade (primeira dimensão dos direitos fundamentais), igualdade (segunda dimensão) e fraternidade (terceira dimensão). (RAWLS, 2000, p.15).

O princípio da igualdade trabalha a primeira dimensão dos direitos fundamentais: liberdade – todos têm o mesmo direito inalienável a um tratamento igual no que diz respeito à liberdade.

O princípio da diferença aborda a igualdade e a fraternidade (segunda e terceira dimensões). Primeiro o autor buscou conciliar a ideia de liberdade para todos com a ideia de igualdade. Em seu conceito de justiça, Rawls apresenta igualdade como igualdade de oportunidades. O que significa dizer que a sociedade deveria se estruturar de um modo em que ela pudesse oferecer oportunidades iguais a cada um dos cidadãos. O que não significa que seria desejável a busca pela igualdade total, ou seja, a igualdade de todos e tudo, uma vez que essa busca pela igualdade absoluta é infrutífera pelo simples fato de que as pessoas definitivamente são desiguais. (RAWLS, 2000, p.35).

Rawls trouxe a proposta de que a igualdade seja entendida como o mesmo ponto de partida para cada uma das pessoas. O que é justo é a sociedade oferecer a cada um o mesmo ponto de partida. Como exemplo pode ser mencionada a área educacional: deveria ser garantido a todos os membros da sociedade um ensino público com uma qualidade razoável. A garantia do mesmo ponto de partida não elimina a possibilidade de haver diferença entre as pessoas e suas capacidades.

Nesse novo contrato social a liberdade não ocorre em sentido material, e sim num sentido de respeito às pessoas e a valorização das possibilidades, igualdade de possibilidades.

A etapa seguinte à posição original é o equilíbrio reflexivo. Os princípios escolhidos pelos indivíduos estão ligados ao que entendem por justiça naquele momento social – quando da realização do contrato social. Cada pessoa possui sua própria convicção e as diferentes convicções são confrontadas com os princípios de justiça que constam do pacto social. Caso o pacto não reflita o pensamento de todos e persistam as dissensões, há duas possibilidades: o grupo pode mudar o que foi originalmente pactuado ou os dissidentes acomodam suas convicções às do grupo. Isso porque os princípios de justiça são criações humanas racionais, resultado de processo discursivo (construtivismo). (RAWLS, 2000, p.23).

Posteriormente, o filósofo considerou relevante acrescentar ao seu modelo o conceito de pluralismo razoável. As doutrinas abrangentes, definidas por ele como diferentes ideais sobre moral, religião e ética presentes em determinada sociedade em dada época, não devem ser adotadas como

razão pública. Deve prevalecer o consenso sobreposto, que se dá quando a concepção política responsável pelo governo das instituições básicas é aceita pelas doutrinas abrangentes razoáveis ao longo de gerações. (RAWLS, 2000, p.179).

O ponto de convergência das diferenças entre o que cada um entende por justo são as razões públicas (independem das doutrinas abrangentes). As razões públicas se materializam quando os cidadãos atuam na argumentação política no fórum público e quando votam nas eleições. As pessoas assumem um papel fundamental na defesa de seus ideais e suas visões de justiça e na fiscalização da atuação dos governantes. Trata-se aqui da pessoa política, aquela capaz de apresentar os seus ideais para formação de uma concepção política de justiça e, ao mesmo tempo, de ouvir a apresentação de ideais diferentes dos seus (argumentação pública). Desse debate resulta a construção do consenso. O consenso é forjado aos poucos e pelo diálogo e não deve ser imposto pelo Poder Público. O debate deve ser aberto e presente no processo legislativo ou judicial. (RAWLS, 2000, p.276).

Os elementos constitucionais essenciais são classificados em dois tipos: a) aqueles que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político; b) os que especificam os direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos. Os primeiros podem ser estruturados de diversas formas, como por exemplo, o governo presidencialista e o parlamentarista. O autor alerta que, depois de fixado o sistema de governo, sua alteração só deve ocorrer se for necessária para realização da justiça social ou do bem comum, e jamais para a obtenção de vantagens específicas para determinada agremiação política. Já os elementos essenciais do segundo tipo somente podem ser especificados de uma forma geral e com poucas variações não essenciais. Por essa razão, para o autor, os conceitos de liberdade de consciência, liberdade de associação, liberdade de expressão, por exemplo, são entendidos de forma similar nos regimes livres. (RAWLS, 2000, p.278).

Outro aspecto que deve ser observado diz respeito aos elementos constitucionais essenciais que abarcam os direitos e liberdades fundamentais das pessoas e os que tratam da justiça distributiva (como os princípios que se aplicam às desigualdades sociais e econômicas): eles expressam valores políticos de formas distintas. Isso porque a estrutura básica da sociedade

nasce de dois sistemas que funcionam de maneira coordenada. O primeiro deles é formado pelos direitos e garantias fundamentais, que são iguais para todos os cidadãos, e as regras que definem os procedimentos políticos considerados justos (especifica-se como se dá a aquisição do poder político e os limites do seu exercício). O segundo sistema inclui as instituições de base da justiça social e econômica. Tal diferenciação é relevante porque os elementos que especificam os direitos e liberdades fundamentais e iguais dos cidadãos são estabelecidos de forma consensual e sua implementação pode ser averiguada com relativa facilidade, enquanto os princípios que regulam as questões básicas da justiça distributiva são objeto de debates em que não é simples atingir o consenso e, além disso, sua efetivação é de difícil averiguação. (RAWLS, 2000, p.280).

Os pressupostos fundamentais da concepção política de justiça de Rawls são: concepção política ou normativa de ser humano (deve possuir senso de justiça e ser capaz de conceber o bem de todos); Estado democrático de direito (sociedade bem ordenada que incorpora uma concepção pública e política de justiça). O ideal é atingir o consenso sobreposto a respeito da concepção política de justiça.

O autor reconhece a dificuldade para que se concretize na prática a sociedade bem ordenada conforme sua concepção e já reconhecia, na década de 80, que o consenso sobreposto era difícil de ser alcançado. Atualmente, em uma sociedade globalizada, interligada pela rede mundial de computadores, caracterizada pela velocidade, existem informações com diferentes níveis de qualidade ou mesmo de confiabilidade. Infelizmente, não é rara a disseminação de informações "tóxicas" e falsas, provocando confusão e fazendo com que as pessoas tenham dificuldade para distinguir o falso do verdadeiro. A questão que fica é: como se pode chegar ao consenso sobre algo quando não se sabe mais o que é verdade?

O autor diz que primeiro é preciso alcançar o consenso constitucional e depois o consenso sobreposto. Considera o consenso constitucional como um estágio anterior ao sobreposto. Por não se basear na concepção de pessoa política e não conter uma concepção pública compartilhada, o consenso constitucional não é profundo. A principal preocupação do legislador constitucional é traçar as linhas gerais para a convivência pací-

fica da comunidade, sem descer demasiadamente a minúcias. As normas constitucionais, em sua maioria, estão redigidas sob a forma de princípios. Consegue-se a concordância sobre a liberdade e os direitos políticos fundamentais, por exemplo, direito de voto, liberdade de expressão e liberdade de associação. Entretanto, há divergências sobre quais princípios, conteúdos e limites exatos dos direitos fundamentais devem merecer a proteção constitucional. Assim, o consenso constitucional estável também não é conquistado com facilidade. (RAWLS, 2000, p.280).

Há três requisitos de um consenso constitucional estável baseado em princípios que regulam efetivamente as instituições políticas básicas: i) deve-se fixar o conteúdo de determinadas liberdades e direitos políticos fundamentais com prioridade especial, de forma retirá-los das disputas políticas; ii) para a aplicação dos princípios de justiça, é preciso que as diretrizes e normas sejam especificadas de forma simples e clara, possibilitando sua compreensão pelos cidadãos em geral, de forma que a argumentação pública seja vista pelas pessoas como correta e razoavelmente confiável; iii) após atendidos os dois primeiros requisitos, o que se verifica somente se funcionarem adequadamente por um período de tempo considerável, passam a ser encorajadas as virtudes corporativas da vida política (razoabilidade, senso de justiça, disposição de fazer concessões mútuas, conciliações) – efetiva-se a cooperação com os outros em termos políticos.

Obtida a estabilização do consenso constitucional almeja-se o consenso sobreposto. Este se apóia em uma concepção política de justiça fundada nos conceitos de pessoa e de sociedade. Os aspectos que conduzem ao consenso sobreposto são relativos a: a) profundidade – há diálogo e argumentação pública entre as doutrinas abrangentes que adotam uma posição política comum a todos; b) extensão – ultrapassa o consenso procedimental constitucional político e vai além dos direitos e garantias individuais fundamentais. Isso porque é preciso incluir na equação os direitos sociais como educação e saúde. Sem educação não é possível que o cidadão participe de fato da sociedade pela falta do conhecimento necessário para fundar a argumentação pública e apresentar seus pontos de vista; c) especificidade: o consenso sobreposto fundamenta-se na concepção política

de justiça que, por sua vez, parte da visão da sociedade como um sistema equitativo de cooperação e de pessoa política livre e igual. (RAWLS, 2000, p.212-214).

A autonomia é vista dentro da situação original em que é possível fazer escolhas via justiça procedimental pura, ou seja, opta-se sem ter que considerar nenhum princípio de direito ou de justiça estabelecido previamente. De forma que o consenso é constituído de forma autônoma com a incorporação das doutrinas abrangentes razoáveis. (RAWLS, 2000, p.77).

Observa-se que autonomia, pessoa política, consenso e estabilidade estão conectados. A estabilidade origina-se do consenso, que é construído a partir de escolhas autônomas e só pode fazer tal opção o indivíduo (pessoa moral e livre).

O consenso constitucional tem sido alcançado em sociedades democráticas, mas o consenso sobreposto continua sendo um ideal a ser atingido. Para a sua realização, é necessário que as pessoas consigam desenvolver as características do que o autor denomina "homem político" ou "homem social". Trata-se do homem que se vê como igual ao outro no espaço público, além de ser dotado de capacidade para propor ou aceitar os termos de cooperação dos outros indivíduos. E ainda assume responsabilidade política pelos fins almejados e pelos resultados efetivamente obtidos. Esse homem também é capaz de fazer os devidos ajustes quando necessário para alcançar a justiça por meio de cooperação social.

As críticas que são feitas a Rawls devem-se à inexistência, no mundo real, dessa pessoa política. Não existindo a pessoa política, não há cooperação, argumentação jurídica, consenso sobreposto, formação da razão pública. O que se observa não só no Brasil, mas também em outros países são escândalos de corrupção em que o representante eleito (que deveria se aproximar ao máximo da concepção de homem social) age fundado em interesses pessoais e não prioriza a justiça, a moral pública e o bem comum.

3. INTERFERÊNCIA DO ESTADO NAS RELAÇÕES PRIVADAS E LIMITAÇÃO À AUTONOMIA DA VONTADE

Com o fim do absolutismo, no final do século XVIII, a burguesia detentora do poder econômico construiu um sistema jurídico no qual imperavam a autonomia da vontade e a liberdade contratual.

A Revolução Francesa (1789) pode ser considerada um marco referencial da constituição do Estado Liberal. O Estado Liberal foi marcado pela ausência do direito como regulador da economia, pois adotou o modelo de regulação econômica natural (oferta e procura). A lei geral e abstrata baseada na igualdade formal e no abstencionismo econômico garantiu segurança para a efetivação das trocas mercantis.

Já no século XX, intensificaram-se os questionamentos ao modelo de Estado Liberal. Diante da incapacidade estatal de resolver os grandes problemas sociais, começou a ser proposto o modelo que veio a ser conhecido como Estado Social. Como marcos iniciais, costumam ser apontadas a Constituição do México de 1917, que previu em seu texto direitos dos trabalhadores, e a Constituição de Weimar, de 1919, que introduziu elementos do Estado de Bem-Estar social na Alemanha. (BONAVIDES, 2004, p.564).

Dentro da nova concepção, importantes instrumentos jurídicos foram alterados. O direito contratual deixa de ter como único norte a autonomia da vontade e passa a ser regido pela autonomia privada. Neste sentido o autor Francisco Amaral faz a seguinte diferenciação:

> "*Autonomia da vontade é, assim, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. A autonomia da vontade como manifestação de liberdade individual no campo do direito, e autonomia privada, como poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa mas complementarmente ao ordenamento estatal".* (AMARAL, 2003, p.347).

No Estado Liberal imperava a autonomia da vontade, que possuía o mesmo status da lei para conformação das relações jurídicas, fazia lei entre as partes. E as partes estabeleciam livremente o conteúdo, a forma e os efeitos dos contratos. Já no Estado de Bem Estar Social há objetivação do negócio jurídico e o desenvolvimento da autonomia privada, pela qual os contratantes podem auto-regular seus interesses desde que respeitem o ordenamento jurídico e o princípio da boa fé objetiva. Portanto, a liberdade individual é possível nos limites jurídicos conferidos pelo Estado. Nesse sentido, Daniel Sarmento explica:

> *"No paradigma do Estado Liberal, a Constituição não se imiscuía no campo das relações privadas. Estas eram disciplinadas pela legislação ordinária, que gravitava em torno do Código Civil, centrado na proteção da segurança jurídica, tão vital aos interesses da burguesia. Com o surgimento do Estado Social, multiplicou-se a intervenção do legislador no campo privado, assim como a edição de normas de ordem pública limitavam a autonomia da vontade dos sujeitos de direito em prol de interesses coletivos. A Constituição se projetou na ordem civil, disciplinando, a traços largos, a economia e o mercado e consagrando valores solidarísticos, além dos direitos diretamente oponíveis aos atores privados, como os trabalhistas".* (SARMENTO, 2006, p.69).

Após a segunda guerra mundial, como uma reação ao holocausto, os direitos humanos foram incorporados como direitos fundamentais pelas Constituições dos Estados. Tais direitos foram tutelados no âmbito internacional, em 1948, com a publicação da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Os direitos humanos são distintos quanto a sua eficácia conforme a dimensão a que pertencem. Os direitos individuais (primeira dimensão), ou seja, os direitos civis e políticos, apresentam definição clara e são expressos por meio de normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Ressalte-se ainda que são protegidos por garantias fundamentais bem delineadas. Os direitos de primeira dimensão variam pouco de um sistema jurídico para outro. Por outro lado, os direitos de segunda dimensão (econômicos,

sociais e culturais) possuem sua efetivação limitada por não serem bem definidos e por exigirem uma prestação positiva do Estado. A maior parte desses direitos está expressa em normas constitucionais programáticas que apenas expressam a intenção do Estado de concretizá-los.

As origens da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais apontam para o ano de 1958, quando o "Caso Luth" foi julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Erich Luth, Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, conclamou os alemães a boicotarem o filme Unsterbliche Geliebte, de Veid Harlam, diretor do filme Jud Süss, produzido no período do terceiro Reich. Veid Harlam e a distribuidora ingressaram com uma ação cominatória alegando que o boicote atentava contra a ordem pública, o que era vedado pelo Código Civil Alemão (p. 826, BGB). A instância ordinária decidiu que Luth deveria se abster de conclamar o boicote ao filme por ferir o p.826 do BGB. Contra essa decisão foi interposto recurso constitucional. A Corte Constitucional alemã julgou o recurso procedente por entender que o direito fundamental à liberdade de expressão deve prevalecer sobre a regra geral do Código Civil Alemão que protegia a ordem pública. Considerado o primeiro caso em que se decidiu pela aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. (MENDES, 2014, p.43).

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, país de forte tradição liberal, aplica a teoria do *State Action,* que considera que os direitos fundamentais são exigíveis nas relações dos particulares com os poderes públicos. Na hipótese do particular exercer uma função nitidamente pública aplica-se a teoria da *Public Function,* os direitos fundamentais se aplicam nas relações deste particular com outros particulares. John Nowak e Ronald Rotunda ensinam que:

> *"A propósito da state action, o tema tem sido objeto de instigantes estudos e julgamentos nos Estados Unidos, os quais têm reconhecido a aplicação de direitos fundamentais para os casos em que estão envolvidos direitos civis, acordos privados, ou ainda sob a alegação de que a questão decidida demanda um conceito de função pública".* (NOWAK e ROTUNDA, 1995).

A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais determina que os direitos fundamentais são aplicáveis às relações privadas de forma indireta por meio das cláusulas gerais de direito privado. A regra geral do direito privado seria a autonomia privada e os direitos fundamentais incidiriam somente em razão de cláusulas gerais no próprio Direito Privado autorizando sua incidência. São exemplos: boa fé, liberdade contratual, entre outros. Essa foi a tese adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão na decisão do caso Luth. Isso porque entendeu que os direitos fundamentais possuem eficácia irradiante sobre a interpretação do direito privado, mas não incidiriam diretamente nas relações privadas.

A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas prevaleceu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Os particulares são obrigados a cumprir os ditames dos direitos fundamentais da mesma forma que o Poder Público tem tal dever. Daniel Sarmento analisou a jurisprudência do STF e comentou:

> *"(...) é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados".* (SARMENTO, 2006, p.299).

Um exemplo de aplicação prática da eficácia horizontal foi a decisão do STF que impôs à Air France (empresa privada) igualdade de tratamento entre trabalhadores franceses e brasileiros; bem como o acórdão, também do Supremo Tribunal Federal, que impôs a obrigatoriedade do respeito à ampla defesa para a exclusão de associado em associação privada. E ainda, STF, Segunda Turma, RE 201.819/RJ:

> "(...) A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço

> de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.(...)"

O art. 5º, §1º, da Constituição Federal determina que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Logo, cabe aos poderes públicos (Judiciário, Legislativo e Executivo) desenvolver esses direitos. Isso, porém, não significa – como ressaltam José Afonso da Silva e Paulo Gustavo Gonet Branco – que todos os direitos e garantias fundamentais venham sempre expressos em normas de eficácia plena ou contida. Há normas definidoras de direitos que são claramente de eficácia limitada, como o art. 5º, XXXII, que prevê que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". (BRANCO, 2007, p.243).

Neste sentido, afirma Jane Reis Gonçalves Pereira:

> *"A tese de que os direitos fundamentais são aplicáveis em relações jurídicas dessa natureza (relações entre particulares) tem em conta, principalmente, a dimensão funcional dos direitos fundamentais. É intuitivo que, quando se vislumbra os direitos fundamentais a partir de sua finalidade – a qual é, em suma, assegurar níveis máximos de autonomia e dignidade dos indivíduos – torna-se pertinente sua aplicação em todas as situações nas quais possa ser comprometida essa esfera de autonomia, sendo irrelevante se isso ocorre em decorrência da autuação de um poder público ou privado".* (PEREIRA, 2006, p.77).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O filósofo político John Rawls abordou a autonomia privada sob a perspectiva da situação original em que é possível fazer escolhas via justiça procedimental pura, ou seja, opta-se sem ter que considerar nenhum princípio de direito ou de justiça estabelecido previamente. Dessa forma, o consenso é constituído de forma autônoma com a incorporação das doutrinas abrangentes razoáveis. Para ele somente o homem político é capaz de chegar ao consenso sobreposto, na medida em que este é capaz de desejar mais o bem comum do que realizar suas vontades particulares.

As relações entre o Estado e o direito nas relações privadas consideradas a partir da liberdade e autonomia da vontade relacionam-se ao conceito de eficácia dos direitos fundamentais. Enquanto na época do Estado Liberal só havia eficácia vertical dos direitos fundamentais, com o Estado de Bem Estar Social surgiu o conceito de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

A aplicação da teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas resulta em maior limitação à autonomia privada pela Constituição do que a aplicação da teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

O Brasil adotou o conceito de eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, fazendo com que tanto o Poder Público como os particulares sejam obrigados a cumprir os ditames dos direitos fundamentais. Assim, o STF em diversos julgados limitou a autonomia privada de particulares por fazer incidir diretamente nas relações privadas os direitos fundamentais. Como foi o caso da União Brasileira dos Compositores, associação privada, obrigada a respeitar o devido processo legal e o direito de ampla defesa do associado excluído por não respeitar os deveres estatutários (apesar de terem sido seguidas todas as determinações do Estatuto da associação para exclusão de sócio). De tal sorte que autonomia privada é limitada juridicamente, porque não pode ser exercida com desrespeito aos direitos de outrem.

5. BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução.* 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 15ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/DF. Relatora: Ministra Carmen Lúcia, DJe 29/1/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº1.008.250/SP. Relator: Ministro Luiz Fux, DJe 19/12/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 158.215/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 07/06/1996.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 161.243/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ 19/12/1997.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ: União Brasileira de Compositores UBC x Arthur Rodrigues Vilarinho. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 11 de outubro de 2005. Acórdão publicado no DJ de 27 de outubro de 2006.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRUDMANN, Stefan; MENDES, Gilmar; MARQUES, Cláudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel. *Direito privado, constituição e fronteiras.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito.* Reflexões sobre o poder, a liberdade, a injustiça e o direito. Editora Atlas, 2003.

MENDES, GILMAR Ferreira. *Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas.* In GRUDMANN, Stefan;

MENDES, Gilmar; MARQUES, Cláudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel. Direito privado, constituição e fronteiras. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NOWAK, John; ROTUNDA, Ronald. *Constitucional Law*. 5 th. Ed. St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1995.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais. Uma Contribuição ao Estudo das Restrições aos Direitos Fundamentais na Perspectiva da Teoria dos Princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. Revisão de tradução Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

DIREITOS FUNDAMENTAIS DIGITAIS: DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL À REALIDADE DIGITAL

ARIEL MOURA

1. INTRODUÇÃO

Os Direitos Fundamentais e o constitucionalismo estão inscritos na problemática do controle dos processos de poder desde a modernidade, época na qual se verifica o desmantelamento da razão prática, no sentido aristotélico, pois a exaltação do indivíduo, que clama sua liberdade perante o estado, desemboca na impossibilidade de buscar os princípios da ação nas inclinações naturais, universais, do ser humano.

O positivismo-normativista de Kelsen, com as subsequentes modificações feitas por Bobbio a partir da filosofia analítica, se apresenta como a matriz principal de observação do direito que constitui o constitucionalismo tradicional, extremamente vinculados a questões estatais. Porém, após as grandes guerras mundiais, fica claro as fragilidades de um direito politicamente neutro fundamentado na validade estatal, época na qual é estruturada a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a consequente retomada do fundamento natural.

A partir da matriz pragmático-sistêmica de observação do direito, desenvolve-se aqui um constitucionalismo que possui seus fundamentos na próprio sociedade, ressaltando uma lógica heterárquica de produção do direito que explica a lógica social atual.

Assim, adentra-se no âmbito digital para reformular a problemática dos direitos fundamentais diante da internet, meio de difusão da

informação que possui uma lógica de constituição em rede, alterando toda a realidade social da atualidade.

2. DO CONSTITUCIONALISMO TRADICIONAL A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Ensina Costa e Rocha (2018, p.5) que "O constitucionalismo, em termos tradicionais, é definido como uma técnica de controle do poder por meio de um documento escrito único (constituição) [...]". Ou, de outra forma, vê-se como uma análise da evolução histórica das constituições, colocando-se por primeiro o constitucionalismo liberal originário nas revoluções liberais americana (1776) e francesa (1789) do século XVII – com as devidas diferenças culturais e estruturais.[1]

Ressalta-se, aqui, a concepção de constituição da Declaração do Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual, em seu artigo 16, prescreve que "A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição".

Esse processo de constitucionalização, decorrente da formação dos Estados Absolutistas e a subsequente necessidade de controle do poder do soberano diante das modificações socias, da origem à noção de Estado Liberal, sendo nesta concepção de Estado que ainda se insere a teoria do direito de Kelsen. Nesse sentido, afirma Rocha (2013, p.144) que

> [...] O critério de racionalidade do sistema normativo, já que as normas não podem ser consideradas independentemente de suas interações, é dado pela hierarquia normativa (norma fundamental) na qual uma norma é válida somente se uma norma superior determina a sua integração ao sistema [...]

1. No Constitucionalismo Liberal interessante se destacar a diferença entre a Revolução Francesa e a Inglesa, e suas respectivas consequências no âmbito Constitucional. Se, de um lado, o avanço na garantia das liberdades individuais foi fruto inicial da experiência francesa, de outro lado, na experiência americana, tivemos a garantia jurisdicional, além da supremacia constitucional e o início do controle de constitucionalidade. Isto se verifica pelo próprio processo revolucionário que nos EUA estava voltado à independência e na França à criação de um novo regime.

Os Direitos Fundamentais, nesse contexto, são os chamados de primeira dimensão, lugar das liberdades públicas, sendo que as constituições recebem o nome de constituições negativas (abstenção do Estado). Por influência do liberalismo iluminista, assim, criava-se a concepção do Estado mínimo como proteção às garantias individuais.

Da crise dessa concepção de Estado, no chamado período entre guerras (1914 a 1945), surge a noção de Estado Social[2], lugar dos Direitos Fundamentais de segunda dimensão, os quais prescrevem a prestação estatal para suprir as deficiências da liberdade apenas formal originada nas revoluções liberais em busca da igualdade material, totalmente condizente com a crise social iniciada com a revolução industrial.

Seguindo a classificação de Jellinek acerca dos Direitos Fundamentais, temos a passagem da primazia do status negativo, a proteção do âmbito individual para com o Estado, para se ressaltar o status positivo, no qual o indivíduo exige que o Estado realize uma prestação. (SARLET, 2007).

Bobbio (1987), autor que adiciona os pressupostos da filosofia analítica ao normativismo de Kelsen, define, também, o constitucionalismo como técnica de limitação do poder por meio de um documento único (Constituição), a partir do qual afirma que em determinado momento histórico se pode determinar o futuro de uma nação a partir de um texto constitucional.

Veja-se que nesse autor está presente, ainda, o ideal progressista do iluminismo, como também uma teoria do direito extremamente apegada ao Estado. Teoria esta que mostra suas insuficiências na Segunda Guerra Mundial, a partir das atrocidades cometidas pelo Estado Alemão com o suporte a uma perspectiva de direito politicamente neutra.

E é nesse contexto, ao fim da 2ª G.M, que se insere a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), promulgada pelas Nações Unidas[3] em 10 de dezembro de 1948 em resposta imediata às atrocidades cometidas durante as duas grandes guerras.

---

2. Nesse contexto, verifica-se a proeminência da teoria do direito de Hans Kelsen de um lado, e a crítica a escola exegética por Savigny, de outro.

3. Organização criada em 1945, após fim da 2ª Guerra Mundial, para promover a cooperação internacional em substituição à Liga das Nações, intentando impedir conflitos semelhantes aos vivenciados pela sociedade.

Apesar de não ser o propósito deste trabalho, ressalta-se que aqui é retomada a noção dos direitos naturais – direitos próprios a condição da pessoa humana, sendo dessa forma universalmente válidos. Estes que foram extirpados da teoria jurídica dominante anteriormente, sendo resgatados para poder-se fundamentar direitos para além da simples validação Estatal.

Culleton, Bragato e Fajardo (2009) ensinam que a fundamentação dos Direitos Humanos pode seguir basicamente três linhas, quais sejam, a do direito natural (DUDH), a do direito positivo (vinculação estatal, de origem convencionalista), e a sociológica (vinculada às problemáticas sociais expressas nos movimentos sociais). Sendo esta última de maior interesse para o presente estudo, pois, diante do rompimento com a maioria das pretensões metafísicas, a unidade de sentido apenas pode ser dar em uma dimensão simbólica da qual o positivismo se mostra insuficiente.

No contexto da globalização, verifica-se a transferência de processos políticos e jurídicos dos Estados para outros tipos de organizações – e não só organizações políticas governamentais ou não, como também econômicas, entre outras. Os problemas a serem enfrentados também são outros, pois atingem âmbitos territoriais e não territoriais, como, a exemplo, a questão do vazamento de dados e a ameaça à liberdade de expressão por atores privados no âmbito digital.

Nessa nova realidade, conceitos-chave para o constitucionalismo ficam comprometidos. Como se falar em soberania estatal, em um povo territorialmente delimitado, ou, em outras palavras, como constatar a dialética entre sociedade civil e a constituição de um poder legítimo estatal quando a própria segregação entre público e privado não mais se verifica? (TEUBNER, 2016).

Passa-se, na sequência, à análise do que se entende por constitucionalismo social, a fim de adequar, posteriormente, a perspectiva dos direitos humanos da declaração universal de 1948 à essa nova realidade social, permeada pelas tecnologias digitais de informação.

3. O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL DIANTE DA MATRIZ PRAGMÁTICO-SISTÊMICA

Rocha (2013) delimita as principais matrizes da observação jurídica pelas teorias do direito a partir do enfoque dado por elas nas dimensões da linguagem, seguindo a tradicional divisão da semiótica de Carnap, para fins didáticos. Fala-se, então, em três níveis: a sintaxe, com foco na análise lógico-linguística; a semântica, que analisa o sentido das proposições diante de quem interpreta; e a pragmática, voltada ao uso das preferências discursivas.

O normativismo-analítico de Kelsen e Bobbio, assim como a hermenêutica, que em termos gerais é uma derivação dialético-crítica dessa mesma matriz, focam suas análises nos dois primeiros níveis da linguagem, e, como mostrado acima, são extremamente vinculadas a noção estatal do direito.

A matriz pragmático-sistêmica, nesse sentido, ressalta, além do nível pragmático da linguagem e o uso da língua como constituidor das próprias regras da língua, que a sociedade na qual se usa o direito é composta por sistemas autopoiéticos que são eminentemente globais, e não estatais. (ROCHA, 2013).

O termo globalização, nessa ordem, é substituído por Luhmann (2016) pela descrição da Sociedade Mundial como Funcionalmente Diferenciada, o que ressalta a circulação da comunicação por todo globo nos ciclos autopoiéticos dos sistemas sociais (Direito, Política, Economia, entre outros). Assim, ele estabelece um pressuposto para sua teoria: tudo que é sociedade é comunicação, relegando ao indivíduo o ambiente dela, sendo que é precisamente sua comunicação que compõe a sociedade – não o seu corpo, não sua *psyche*.

A observação pela teoria sistêmica, nessa perspectiva, substitui uma explicação, primeiramente, baseada em normas, regras e princípios, por uma explicada por distinções, sendo a principal a diferença entre sistema e ambiente. Ademais, são necessárias as distinções entre variação/seleção/reestabilização para descrever o processo de evolução do direito, este que regula sua própria mutabilidade; a distinção entre informação/mensagem/entendimento, em teoria da comunicação; e, ainda, a distinção entre operação e observação. (LUHMANN, 2016, p. 34).

Desta perspectiva, evidencia Teubner (2016, p.25) que o desafio está em como ver o constitucionalismo diante da "[...] inexistência de um *demos*, de homogeneidade cultural, mitos políticos fundantes, esfera pública e partidos políticos [...]"? Responde-se desde já que a solução está na reformulação epistemológica de nossa forma de observação do direito constitucional.

O poder constituinte tem a sua origem – concepção essa mantida até hoje sem muitas modificações – na Revolução Francesa com o escrito de Sieyès (2001) "Qu'est-ce que le tiers état? ou "A Constituinte Burguesa" em sua versão em português. Nesta obra o autor afirma a soberania da Nação como instrumento de legitimação do próprio Estado, sendo a constituição o acordo escrito fundante do mesmo.

A fim de responder as problemáticas da atualidade, a questão do poder constituinte não deve ser analisada pressupondo a unidade de um povo, por exemplo, pois nem mesmo dentro do próprio Estado há uma homogeneidade cultural e uma forma de manifestação comunicacional de sentido uno que constituiria um poder legítimo.

Ressalta-se, aqui, os ensinamentos de Thomas Vesting (2014), autor para quem a difusão da informação nos meios de comunicação (como o poder ou o dinheiro) pelas tecnologias da informação (como a impressão tipográfica ou o computador) é fator determinante para a observação da teoria do direito, rompendo em alguns aspectos com a teoria dos sistemas de Luhmann, principalmente por tentar entender como os meios de comunicação, o conhecimento prático e o conhecimento teórico se relacionam além de construções estruturais aleatórias.

Para esse autor, como as práticas culturais são dependentes do meio que difunde a comunicação, a constituição não pode ser pensada fora da história evolutiva desses meios. Assim, a constituição da maneira criada no contexto da idade moderna é uma criação da cultura de impressão, cuja característica principal é a tentativa de simbolizar a unidade perdida[4], antes inscrita nos dois corpos do rei (político-jurídico)[5]. Afirma ele (VESTING, 2018, p.471) que

4. Ou o fim dos principais sistemas de interação, como o direito natural, diria Luhmann (2016).

5. Para mais explicações ver: TEUBNER, Gunther. The king's many bodies: the self-deconstrution of law's hierarchy, **Law & Society Review**, v. 31, n.4, 1997.

> [...] em um nível semiótico, presume-se que as constituições impressas são geralmente acabadas e completas; novos caracteres, palavras, e sentenças devem ser adicionadas ao cânone apenas sob condições específicas, as quais são usualmente inscritas na própria constituição [...][6]

Porém, ensina ele (VESTING, 2018) que na própria Constituição de Weimar (1919), inscrita na noção de Estado Social do período entre guerras, já se verificava que as experiências associadas ao conhecimento comum já estavam sendo filtradas por inúmeras organizações. A sociedade de massas, caracterizada pelos meios de comunicação de massa, como o rádio, já demanda por Direitos Fundamentais de orientação por grupos (do trabalho, da religião, da educação, entre muitos outros), o que mostra já um pluralismo de orientações jurídicas dentro da própria noção do direito constitucional estatal.

Assim, em defesa de uma adequada observação dos Direitos Fundamentais como estabilizadores das relações entre núcleos sociais que se chocam para muito além dos âmbitos estatais, explica Vesting (2018, p.483):

> [...] quando teorias dos Direitos Fundamentais fixadas sobre o papel do Estado efetivamente precluem a possibilidade de apropriadamente **descrever a função das liberdade civis básicas**, o que é perdido é nada menos do que isso que a proteção dos direitos humanos e civis de fato significam: a abertura e mobilidade de relações de vizinhança e redes de comunicação entre indivíduos que **existem independentemente das reivindicações a uma completude epistemológica da cultura de impressão** e o processo de produção das leis e codificações do Estado".[7] [grifo nosso].

6. Tradução livre do original: "[...] at a semiotic level, printed constitutions are generally presumed to be finished and complete; new characters, words, and sentences may be added to the canon only under specific conditions, which are usually laid out in the constitution itself [...]".

7. Tradução livre do original: "[...] when theories of fundamental rights fixated on the role of the state effectively preclude the possibility of appropriately describing the function of basic civic freedoms, what is lost is nothing less than that which human and civil rights are in fact meant to safeguard: the opennes and mobility of neighborly relationship and communication networks *among* individuals that exists independently of the claims to

A questão do pluralismo, aqui no Estado brasil, pode ser verificada pelas próprias expectativas normativas desenvolvidas nas favelas, as quais compõem uma realidade própria na periferia do sistema jurídico e em detrimento do próprio Estado. Esse "quase-direito" das favelas, ensina Teubner (2005, p.81), pode ser percebido, também

> [...] nas normas informais das culturas políticas alternativas, na colcha de retalhos do direito das minorias, nas normas de grupos étnicos, culturais e religiosos, nas técnicas disciplinares da justiça privada e, ainda, nos **regulamentos internos de organizações formais e redes informais** [...]. [grifo nosso].

Assim, a problemática do constitucionalismo se dá sobre a presença de processos de fragmentação do direito e da política – subsistemas que mais sofrem com a globalização – unido à um processo de formalização de organizações hierarquicamente estruturadas dotadas de conhecimentos técnicos em contextos específicos – em detrimento do Estado. Nesse sentido, Teubner (2016, p. 87) assevera que:

> Esse fluxo termina, em toda a sociedade, inexoravelmente em uma situação de intensa concorrência por posições de poder e influência social, de controle social altamente formalizado e de autoritarismo político e social. A única dinâmica social que foi capaz de se opor, de forma efetiva, a esse fluxo evolutivo no passado e que pode oferecer resistência no futuro, é encontrada, segundo Sciulli, nas instituições de um societal constitutionalism [...]

Nesse sentido, diferentemente de Sieyès (2001), Teubner (2016, p.125) sugere que se compreenda

> [...] **o poder constituinte como um *potencial comunicativo***, portanto como um tipo de energia social, literalmente como um tipo de 'força', que, com a ajuda das normas constitucionais, atualiza-se em poder

epistemic completeness of print culrure and the law-making and codifications of the state".

> constituído, mas que **permanece sempre presente como perene fator de irritamento do poder constituído** [...] Ora, qual é o efeito da constitucionalização? Uma constituição estrutura comunicações, de maneira alguma confere ela estrutura a seres humanos [...] [grifo nosso].

Assim, observa-se o constitucionalismo como movimento estritamente social, e não só político e/ou jurídico. Falar de uma constituição no âmbito digital é falar, então, do acoplamento que origina o direito constitucional no ciberespaço, qual seja, a união estrutural entre o código jurídico e a comunicação digital, como melhor desenvolvido na sequência.

4. O CONSTITUCIONALISMO DO FRAGMENTO DIGITAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DIGITAIS

No âmbito digital pode-se observar discussões – e movimentos sociais a elas relacionadas – sobre a privacidade, liberdade e segurança de dados impulsionada pelos vazamentos dos arquivos da Agência Norte-americana de Segurança (NSA) por Edward Snowden, um ex-funcionário terceirizado da mesma. Vem à tona, a partir disso, um projeto do próprio governo americano chamado "PRISM", criado com intuito de monitoramento de dados dos particulares desde o atentado às torres gêmeas de 2011.[8]

Diante dessa realidade, para se pensar o constitucionalismo e os Direitos Fundamentais no ciberespaço, é imprescindível uma forma de observação em rede, como ressalta Vesting (2018, p.22-23):

> [...] hoje a validade e autoridade do direito é fundada em uma sempre temporária conexão de diferenças – justiça/injustiça – que não pode ser traçada nem a um símbolo, nem a um conceito [...] Direito repousa em uma racionalidade (descentralizada) difusa que maneja as relações humanas em termos de normas, assim afirmando um bem comum que 'não pode ser reduzido a algo que se autointegra completamente.

8. Recomenda-se a leitura da matéria publicada pelo *The guardian*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/interactive/2013/nov/01/snowden-nsa-files-surveillance-revelations-decoded#section/1>. Acesso em: 5 fev. 2018.

> **A rede fluida de combinações do direito, portanto, inevitavelmente revela um outro lado de si que não pode ser controlado pelo próprio Direito, a possibilidade de rupturas sempre recorrentes, quebras e incertezas no contínuo curso de seu processo de 'justificação'**. [...] [grifo nosso][9]

Esse processo descentralizado de produção normativa já é verificado por Teubner a partir do pluralismo jurídico dentro dos Estados, assim como Vesting (2018) ressalta a orientação dos Direitos Fundamentais por grupos no plano da Constituição de Weimar.

O problema da "justificação" do direito, por sua vez, como explano acima por Vesting, é desenvolvido a partir do acoplamento estrutural entre direito e política. A constituição, nesse sentido, é a estrutura estabilizadora dos irritamentos recíprocos entre esses sistemas. Ensina Luhmann (2007, p.620):

> O acoplamento estrutural entre direito e política se regula pela Constituição. Por um lado, a Constituição vincula o sistema político com o direito, com a consequência de que ações contrárias à lei comportam o fracasso político e, por outro lado, a Constituição faz possível que o sistema jurídico seja preenchido de inovações mediante uma legislação politicamente induzida, o que, por sua vez, se atribui como êxito ou fracasso da política. Desse modo, a transformação de direito em direito positivo e a democratização da política estão estritamente relacionados.

Para adequar esse conceito a realidade global, a proposta de Teubner (2016) é a desvinculação do constitucionalismo para além da forma direito/política, mais do que para além do Estado. Nesse sentido,

9. Tradução livre do original: "[...] today the validity and authority of law is founded in an ever-temporary linking of diferences – justice/injustice – that can be traced neither to a symbol nor to a concept [...] Law rests on a diffuse (center-less) rationality that manages human relationships in terms or rules, thereby asserting a common good that 'cannot be reduced to something of its own or integrated into a whole. The fluid combinatorial network of law thus inevitably reveals another side of itself that cannot be controlled by law itself, the possibility of ever-recurrinf ruptures, breaks and uncertainties in the ongoing process of law's 'justification'.

o constitucionalismo social deve ser entendido como o acoplamento do direito (constitucional) com outros sistemas e setores parciais da sociedade.

Assim, constitucionalismo digital se define como a formação dos Direitos Fundamentais digitais e o controle de processos de poder fragmentados por todo o âmbito social mediado pela internet, em detrimento do sistema político global. Isso ocorre, é claro, a partir do acoplamento do direito constitucional, de um lado, e própria autoconstituição do âmbito digital, de outro. (TEUBNER, 2016).

O fundamento dos Direitos Fundamentais, como explanado acima, são os próprios movimentos sociais originados da percepção dessas lesões de direitos, como no caso Snowden relatado acima. Nesse processo, ressaltando o papel dos meios de comunicação, ensina Vesting (2018, p. 494):

> [...] mídia de massas são constitutivas da relação circular entre a legitimidade dos direitos humanos e o ultraje público – *colère publique* de Durkheim – que resulta de sua violação. Que a importância dos direitos humanos surge da dor e sofrimento infringido como um resultado de sua violação – e assim que a sua justificação repousa – como têm sido mantido frequentemente, numa espécie de paradoxo [...] Anistia Internacional [...] e o Human Rights Watch (1978) da mesma forma depende[m] da **influência da mídia no desenvolvimento das expectativas normativas globais**, **que organizações e cortes internacionais devem também ligar se eles esperam vincular o ultraje público em ordem de assegurar e institucionalizar tais expectativas**.[10] [grifo nosso].

A discussão sobre o efeito horizontal dos Direitos Fundamentais compõe um panorama para percepção dessa nova lógica em rede, intimamente

10. Tradução livre do original: "[...] mass media are constitutive of the circular relationship between the legitimacy of human rights and the public outrage – Durkheim's *colère publique* – that results from their violation. That the importance of human rights first arises from the pain and suffering inflicted as a result of their violation – and thus that their justification rests, as has often been maintained, on a kind of paradox [...] Amnesty International [...] and Human Rights Watch (1978) likewise depends on the influence of media in the development of global normative expectations, which international organizations and courts must also plug if they hope to channel public outrage in order to secure and institutionalize such expectations".

ligada com a heterarquia das relações. A questão da lesão desses direitos no âmbito social mediado pela internet, então, está intimamente ligada com as relações de poder entre os "privados".

Nesse sentido, em relação ao intenso debate sobre se os Direitos Fundamentais teriam aplicação imediata ou mediada em relação aos privados, ensina Sarlet (2007, p.406):

> [...] [apesar da] assim designada eficácia mediata (indireta) segue dominante na doutrina e jurisprudência alemãs, inclinamo-nos hoje – pelo menos à luz do direito constitucional positivo brasileiro – em prol de uma necessária vinculação direta (imediata) *prima facie* também dos particulares aos Direitos Fundamentais, sem deixar de reconhecer, todavia, na esteira de Canotilho e outros, que o modo pelo qual se opera a aplicação dos Direitos Fundamentais às relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas [...].

Este trabalho coaduna-se com a tese da vinculação direta dos "privados" aos Direitos Fundamentais, mas de uma maneira muito menos restrita, e não apenas seguindo a fundamentação estatal de que o art. 5º, § 1º, CRFB, prescreve a aplicação imediata. E isso porque o efeito horizontal dos Direitos Fundamentais desconstrói o própria separação entre público/privado, assim como é descontruído uma separação abrupta entre poder constituído e constituinte.

A dificuldade de se resolver esses problemas no âmbito do Estado e do sistema político global salta aos olhos, ainda mais diante da problemática de Direitos Fundamentais prestacionais exigidos de Estados economicamente desestabilizados, de um lado, e a novas lógicas das relações de poder pelo globo, de outro[11]. Isso ocorre exatamente por não entendermos que a construção dos Direitos Fundamentais ocorre dentro de âmbitos sociais autônomos, necessitando de uma articulação, no mínimo, entre o "público" e o "privado".

11. Recomenda-se a leitura do artigo de Vesting intutilado "The network economy as a challenge to create new public law ", apresentado no Workshop "Globalization and Public Governance" de 17/18 de março de 2000. Nele, questiona o autor qual seria, então, o papel do direito público na realidade atual, considerando alguns dos debates desenvolvidos neste trabalho, mas com foco na questão da economia em rede.

Os Direitos Fundamentais de defesa, então, devem ser entendidos como a proteção dos indivíduos com relação a expansão, antes do Estado, do próprio fragmento social-digital para além de seus limites, consequência imediata do desenvolvimento recursivo e expansivo dos sistemas. O que, em relação ao sistema econômico, mais especificamente no subsistema financeiro, é debatido sobre a alcunha de "financeirização da vida"[12], representando o rompimento dos limites sistêmicos – na denominação de Teubner (2016), "externalidades negativas".

Sobre os Direitos Fundamentais positivos, que antes demandavam por prestações apenas estatais, ensina Teubner (2016, p.251) que "A indicação da direção político-social consiste em transformar Direitos Fundamentais de inclusão em direitos civis ativos no interior dos setores sociais específicos […]. Assim, afirma ele (TEUBNER, 2016, p.249) que

> […] Os serviços essenciais no sistema econômico, a compulsória contratação de plano de saúde e a **garantia de acesso à internet** constituem, por exemplo, casos em que os Direitos Fundamentais devem forçar o acesso a instituições sociais por meio de sua **eficácia em relação à terceiros** […]. [grifo nosso].

Ressalta-se aqui que a autofundação constitutiva desses direitos, como explanado acima, constitui um paradoxo de autovalidação, o qual demanda por uma justificação, uma desparadoxização. Isso é resolvido, então, a partir de decisões de órgãos que fazem as vezes da jurisdição estatal no plano internacional, como a ICANN.

Por isso, o processo fragmentado dos Direitos Fundamentais digitais se verifica tanto pela própria lógica descentralizada das redes quanto pelo fato deles necessitarem de decisões desparadoxizantes, em cujas organizações só se dão de forma muito específica conforme o sentido compartilhado em âmbitos específicos da rede. No caso da ICANN, desenvolve-se fortemente o direito fundamental a liberdade de expressão em relação aos nomes de domínio privados na internet, a exemplo.

12. Veja-se, a exemplo, a Revista Trimestral IHU exatamente com este título, que pode ser encontrada no sitehttp://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/544024-a-financeirizacao-da-vida-os-processos-de-subjetivacao-e-a-reconfiguracao-da-relacao-economia-e-politica

Ora, como Vesting (2014, p.11) ensina, "[...] Os meios de comunicação, suas tecnologias e a epistemologia social a eles vinculada são o material do 'acoplamento estrutural' [...]". Essa epistemologia social se da com a formação do sentido em rede pela prática social específica, a qual serve de material às próprias expectativas ligadas aos Direitos Fundamentais. Ensina ele (VESTING, 2014, p.12) que o

> [...] [o tribunal estatal como] ponto de fuga para a análise do sistema jurídico' merece uma relativização [diante da] perda de importância do procedimento de tribunais organizados nacional e internacionalmente se [...] comparado às novas autorregulações e às redes de automonitoramento independentes e horizontalmente transfronteiriças compostas por autoridades públicas (por exemplo, no direito das telecomunicações); às instituições semipúblicas, quase privadas e privadas, todas com certa autonomia, que estabelecem padrões e têm gestão de intervenção própria (como a ICANN) [...].

Assim, a tarefa central dos Direitos Fundamentais passa a ser a salvaguarda dessa pluralidade de perspectivas embutidas nas sub-constituições, assim preservando tanto a abertura quanto a mutabilidade constante desses direitos. (VESTING, 2018). Diante dessa realidade, Teubner (2016) propõe uma generalização dos Direitos Fundamentais não a partir de uma ordem de valores universalmente compartilhados, mas sim a partir do direcionamento do meio de comunicação (digital em questão).

Assim, o poder constituí(n)do(-se) é visto na interrelação da comunicação entre os chamados âmbitos espontâneo e profissional-organizado do fragmento social que se autoconstitui. O *demos*, nesse sentido, é delimitado pelo direcionamento do meio de comunicação digital, e não territorialmente, criando uma identidade coletiva mediada pela internet em diversos âmbitos autônomos no ciberespaço, ou seja, de diversas formas ligadas à diferentes práticas sociais específicas em diversos núcleos da rede. (TEUBNER, 2016).

A constituição no âmbito digital se forma quando se atinge o estágio final do acoplamento estrutural descrito, ou seja, quando se forma um

código constitucional autônomo em seu quadro. Nas palavras de Teubner (2016, p.202), uma *metacodificação híbrido-binária.*

Assim, tanto o código direito/não direito quanto o código digital/não digital são superordenados pelo código constitucional do âmbito digital – por isso o prefixo "meta". Dessa forma, à reflexividade codificada de ambos os sistemas se adiciona outra para orientação dos processos comunicacionais, qual seja, o código constitucional/não constitucional. (TEUBNER, 2016, p.204-207).

Esse metacódigo constitucional, assim, programando-se para reforçar a reflexividade, questiona se as comunicações arcam ou não com uma responsabilidade pública do sistema social, pois o constitucionalismo, sob esta perspectiva, define-se também como o processo de controle da expansão desenfreada que a autopoiese dos sistemas causa – direito constitucional serve tanto a autoconstituição do sistema como sua autolimitação. (TEUBNER, 2016).

Assim, leciona Vesting (2018, p.468) que

> [...] O resultado final seria a constitucionalização do direito internacional que, em vez de simplesmente estruturar para uma elevação simbólica e imaginária do universalismo ocidental, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos se tornando um tipo de constituição da comunidade internacional, deveria 'pensar além...pretensões de verdade, prevendo um quadro comum dentre diferenças que consiga reconhecer e trabalhar de forma recursiva através disso.[13]

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, nesse sentido, serve de parâmetro simbólico e como impulsionadora das discussões sobre os Direitos Fundamentais por todo globo, mas de forma alguma pode ser pensada como uma constituição global una.

13. Tradução livre do original: "[...] The end result would be a constitutionalization of international lwa that, rather than simply amounting to a symbolic and imaginary elevation of Western universalism, with the UN's Universal Declaration of Human Rights becoming a kind of constitution of international Community, would instead 'think beyond...absolute truth-claims, envisaging 'a common framework within diferences can be recognized and discursively worked through".

5. CONCLUSÃO

Os Direitos Fundamentais desenvolveram-se, historicamente, como um instituto jurídico de proteção da autonomia do indivíduo perante o Estado, e, posteriormente, como a garantia jurídica da prestação estatal para com a realidade social. Porém, o constitucionalismo moderno e a teoria do direito a ele vinculada, mostram-se insuficientes para lidar com as problemáticas da sociedade atual, o que já fica claro com a Declaração Universal do Direitos Humanos e a retomada de fundamentos naturais para articulação global em proteção desses direitos.

A "nova questão constitucional", como ressaltada por Teubner (2016), se caracteriza pela transferência de processos políticos e jurídicos para outras organizações, tanto públicas quanto privadas, que não os Estados. E mais, verifica-se questões eminente constitucionais dentro de regimes transnacionais e redes.

A partir da matriz pragmático-sistêmica de observação do direito, defende-se uma reformulação epistemológica que fundamente o constitucionalismo na sociedade, e não apenas como um processo jurídico-político estatal. Os direitos fundamentais sociais, nesse sentido, são desenvolvidos dentro de organizações, regimes e redes transnacionais inscritas em inúmeros âmbitos parciais da sociedade.

Considerando a importância dos meios de difusão da comunicação para criação de expectativas de direitos globais, verifica-se que os movimentos sociais consolidam essas expectativas de formas diferentes de acordo com a forma de difusão da informação. Na internet, então, fica claro uma dinâmica em rede que de um lado generaliza a significação por toda a sociedade e, de outro, especifica essa comunicação para o núcleo prático no qual um direito fundamental foi lesado.

Assim, o controle do poder e a garantia de direitos fundamentais na sociedade atual deve ser pensada de forma fragmentada para lidar com a diversidade cultural. Esses direitos, nesse sentido, são a formação de estruturas para lidar com os choques entres expectativas normativas heterogêneas, o que ocorre de forma muito mais intensa a partir da difusão da informação pelo meio de comunicação digital.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, portanto, é de suma importância simbólica para impulsionamento das discussões e irritação dos sistemas dentro da sociedade, mas de maneira alguma pode ser pensada como fundamento de um constituição global uma, pois as expectativas normativas são constituídas, e só podem ser protegidas, dentro de núcleos práticos específicos.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CULLETON, Alfredo Santiago; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

LUHMANN, Niklas. **La sociedade de la sociedad**. México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins fontes, 2016.

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo social**: constituição na globalização. Curitiba: Appris, 2018.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, n. 5, v. 2, 2013, p. 141-149. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06>. Acesso em: 07 abr. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais**: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontexturalidade**. Unimep: Piracicaba, 2005.

VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. São Paulo: Saraiva, 2015

VESTING, Thomas. **Legal theory and the media of law**. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland: Edward Elgar Publishing, 2018.

VESTING, Thomas. Autopoiese da comunicação do Direito? O desafio da teoria dos meios de comunicação. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito (RECHTD)**, v.6, n.1, jan./jun. de 2014, p.2-14. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2014.61.01>. Acesso em: 31 de Mar. de 2019.

THE MYTH OF ABSOLUT SOVEREIGNTY OF THE BRITISH PARLIAMENT: CONTEXT, CONSTRAINS AND FACTS[1]

CAROLINE STÉPHANIE FRANCIS DOS SANTOS MACIEL

1. INTRODUCTION

There has been a long-standing tradition to accept the absolute sovereignty of Parliament as the foundation of the British legal system; in the last decades, this paradigm has been widely questioned and appears to be gradually changing (BOGDANOR, 2009, p. 281).

In this context, in 2016 a referendum was held to decide if the UK should leave or remain in the EU. The leave option won and since then the British Parliament has been debating a Brexit deal. So far, the MPs voted against the Withdrawal Agreement twice. It looks like all possibilities are back on the table, even the option to have a second referendum, in order to revoke Brexit and remain in the EU.

The sovereignty argument was a powerful tool to convince British voters. The leave campaing main idea was to "take back control", suggesting that the EU decision-making process has undermined the British Parliament's sovereignty.

However, this is not entirely true. Even though the British Parliament does not have absolute sovereignty for a long time, this is not only due to the fact that the UK joined the EU, as it will be shown. In fact, this

1. Este artigo é um dos resultados parciais (com algumas atualizações e modificações) do artigo de minha autoria denominado "British Constitution and the role of Cabinet in the UK legal system", publicado originalmente na Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 35, n.1, p. 143-159, jan./jul. 2019.

misguided idea comes from a traditional understanding of Parliament's sovereignty, that can no longer be applied. By contrast, the idea of a more balanced separation of powers in the UK would reconciled with a modern notion of sovereignty.

In this sense, firstly, this essay will critically analyze different doctrines about parliamentary sovereignty. Subsequently, it will show the failure of the orthodox view to explain the modern UK constitutional framework, in order to argue that Parliamentary sovereignty cannot be interpreted anymore in this traditional approach. It will then argue that the powerful position occupied by the Executive in British constitution is one of the reasons that makes Parliament not effective politically sovereign. Lastly, it will be shown the number of variables that constrained the British Parliamentary sovereignty in the last decades, not only the EU law, in order to conclude that Brexit will not actually "take back control" in an absolute parliamentary sovereignty way of thinking.

2. PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY: THE MAIN THEORIES

The classical doctrine of Parliamentary sovereignty has been developed by Dicey (1915, p. 37-38) and known as continuing sovereignty view. It can be summarized in two main thesis: Parliament has an unlimited power to legislate (no substantive or formal limits) and that it cannot bind itself by entrenching legislation (GORDON, 2009, p. 519). This view was also defended by Wade (1955, p. 174) and he believed that the source of Parliament's authority is the acceptance by the courts of the rule that Acts of Parliament (House of Commons, Lords and monarch) are the highest form of law (GORDON, 2009, p. 527), called the rule of recognition (HART, 1994, p. 149) and classified as a political fact, which cannot be change by legislation only revolution (WADE, 1955, p. 188-189).

This theory receive many criticism over time; first, its two essential propositions are in an insuperable contradiction: Parliament have no limits on its authority and, at the same time, does not have the ability to entrench legislation, which is a limit (GORDON, 2009, p. 528). Secondly, Wade's

explanation about the parliamentary powers is exclusively historical and does not take into account the principles of democracy, which currently constitutes Parliament's authority (ELLIOT; THOMAS, 2014, p. 216); besides that, his assertive "the rule of recognition is a political fact" does not follow his conclusion that it cannot be amended by legislation. Unlike Wade argued, a revolution is not the only way to change the sovereignty of Parliament (GORDON, 2009, p. 533), as it has an inherent evolutionary character (GOLDSWORTHY, 2006, p. 269): it dynamically and slowly changes over time.

After some unqualified answers of the orthodox view, a new Parliamentary sovereignty theory was outlined and Lantham was one of the main expositors, based on Jennings' (1959, p. 153) work about "manner and form". The self-embracing view agrees with the first statement of the traditional theory: Parliament can make whatever laws it wants; however, it can also create procedural binding conditions for its successors, making harder to repeal an Act (GOLDSWORTHY, 2006, p. 261-262). These are only formal not substantive limits, like a certain majority, and they are exclusively fixed by Parliament itself (ELLIOT; THOMAS, 2014, p. 218).

The same paradox of the continuing sovereignty view is present here: if Parliament can bind itself it will no longer be sovereign in the future (GORDON, 2009, p. 528). Furthermore, it is questionable if this new view is currently embraced by the British legal system, since there are some cases indicating that they may not be[2]. Despite that, in *Jackson* case (UNITED KINGDOM, 2005), Baroness Hale declared that if it was acceptable for Parliament to make it easier to enact law (ELLIOT; THOMAS, 2014, p. 220), by removing the Lords' consent[3], "it may very well be that it can redefine itself upwards, to require a particular parliamentary majority"(UNITED KINGDOM, 2005, p. 163).

Recently, it has been advocated the existence of fundamental principles established by British unwritten constitution as constraints to the authority of Parliament. This would mean that Parliament does not have an absolute

2. One of these examples are the Vauxhall Estates Ltd v Liverpool Corporation (UNITED KINGDOM, 1932) and the Ellen Street Estates Ltd v Minister of Health (UNITED KINGDOM, 1934).

3. Allusion to the enactment of Parliament's Acts 1911 and 1949.

power to legislate and could not abolish this set of basic rights, which are substantive limits to its sovereignty.

Allan (1997, p. 449) is one of the proponents, that has also been expressed by many contemporary judges, such as Lord Hope, affirming in *Jackson* (UNITED KINGDOM, 2005, p. 104) that "parliamentary sovereignty is no longer, if it ever was, absolute. It is not uncontrolled [...] It is no longer right to say that its freedom to legislate admits of no qualification whatever" and Baroness Hale, "the courts will treat with particular suspicion (and might even reject) any attempt by Parliament to subvert the rule of law" (UNITED KINGDOM, 2005, p. 159). Lord Steyn also asseverated, about judicial review, that the courts "may have to considerer whether this is a constitutional fundamental which even a sovereignty Parliament (...) cannot abolish" (UNITED KINGDOM, 2005, p. 102).

The doctrine of parliament sovereignty has been seen for some of these scholars as a construct of common law and, consequently, it could be repealed by the courts. Goldsworthy (2005, p. 15) disagrees with this statement; although he recognize that parliamentary sovereignty depends on judicial acceptance, he believes that any changes in the rule of recognition could only be done by an official consensus between the three branches of government. Bogdanor (2009, p. 282) also acknowledge that, but with more focus on popular consensus: "A new rule of recognition could not simply be imposed by the courts. It would have to be accepted by public opinion as well".

Overall, it has been shown that the notion of parliamentary sovereignty is not so clear and obvious; there are at least three main different approaches that lead into opposite conclusions. For a long time, the orthodox view was dominant. Nonetheless, various constitutional reforms has been taking place in the UK legal system and, as it will be argue above, they cannot be fully comprehend by a classical approach.

3. THE CONSTITUTIONAL REFORMS AS CONSTRAINS TO PARLIAMENT'S POWERS

The enactment of the Parliament Acts 1911 and 1949 represented a reduction of the Lords' power by making possible to approve legislation without its consent. As a result, it made easier for the government to approve its bills. This constitutional reform symbolize an amend of the rule of recognition, making it possible to enact legislation only with the approval of the Commons and monarch, when the conditions of the Acts are met. In other words, it happened exactly what Wade said to be impossible: the rule of recognition was changed by legislation (ELLIOT; THOMAS, 2014, p. 217).

Yet Wade's explanation of this phenomenon was a different one. He argued that Act 1911 created an inferior legislature (monarch and Commons) and a delegated body cannot extend its powers, meaning that Act 1949 and all bills approved under its procedure were invalid, such as the Hunting Act 2004. However, the courts rejected this argument in *Jackson* case and declared that a parallel route was created by Act 1911, "whereby full Acts of Parliament could be enacted" (ELLIOT; THOMAS, 2014). It is clear that the orthodox view cannot be reconciled with the constitutional reforms made by Acts 1911 and 1949.

In the 1960s and 1970, the entrance of the UK into the European Union (EU) had a considerable impact in British constitution, as it required the supremacy of EU law, conflicting with the absolute sovereignty of Parliament (BOGDANOR, 2009). After the approval of the European Communities Act 1972 (ECA), EU law became automatically enforceable in the UK and hierarchal superior then any Act of Parliament (BOGDANOR, 2009). In *Factortame* case (UNITED KINGDOM, 1991, p. 603), the courts disapplied the provisions of the Merchant Shipping Act 1995 that were in conflict with EU law. Lord Bridge observed that "whatever limitation of its sovereignty Parliament accepted when it enacted the European Communities Act 1972 was entirely voluntary" (UNITED KINGDOM, 1991, p. 658-659).

The outcome is that, by enacting ECA, Parliament has limited its own sovereignty and actually bound its successors. These assertions go against

the fundamental principles of classical parliamentary sovereignty. The orthodox interpretation, based on Wade's (1996, p. 573) thoughts, was that the *Factortame* case was revolutionary: a new order was established, in which the highest form of law became the EU law and Parliament could not reverse this by itself, only if a further revolution occurred and the judges once again recognize Parliament as sovereign. Goldsworthy (2006, p. 658-659) counter-argues that is not only the recognition of the courts that sustain legislative authority but a consensus among the three branches of government. The supremacy of EU law over Parliament's sovereignty was not accepted only by the courts but for all branches and the British society in a referendum; hence, to reverse it, a new consensus would be required.

The self-embracing theory attempt to explain the supremacy of EU law as formal restriction of Parliament on its own authority rather than a substantial one. This means that Parliament can legislate against EU law, as long as it does it using express language, in order words, Parliament is still substantively sovereign (GOLDSWORTHY, 2005). Therefore, ECA created a formal requirement of express language upon Parliament, in order to repeal EU law. The issue with this view is that it does not correspond to reality, since this matter cannot be examined only in a domestic law approach; in practice, accordingly to international law system, if the UK remains a member of EU, it cannot legislate against EU law (ELLIOT; THOMAS, 2014, p. 336).

The last theory argues that EU law is a substantive limitation of the sovereignty of Parliament (ALLAN, 2001, p. 450-451). In *Jackson* (UNITED KINGDOM, 2005, p. 105), Lord Hope: "the supremacy of [EU] law restricts the absolute authority of Parliament to legislate as it wants in this area". The British constitution prevents Parliament from enacting legislation contrary to EU law. It seems that only this approach has provided a satisfactory answer to the supremacy of EU law in the UK current constitutional arrangement. Therefore, Parliament would no longer be sovereign in areas that EU legislation are applicable; it has transferred to the Union powers and recognized its supremacy (BOGDANOR, 2009).

The question that remains is that if it is possible to find substantive limitation of parliamentary powers as a matter of EU law, would it be

possible in fundamental rights matters as well? If Acts of Parliament can be disapplied when they offend EU law, the same could happen when they offend human rights or fundamental principles of common law? (ALLAN, 2001, p. 448).

The approval of the Human Rights Act 1998 (HRA) was an attempt to give effect to the European Convention of Human Rights (ECHR) inside the British legal system, in order to provide a stronger protection of human rights to be ensured by the courts.

Formally, the Act should not confront the Parliament's sovereignty, since the courts still could not invalidate legislation (only issue a declaration of incompatibility)[4]. In practice, it meant a major judicial power to interpret all legislation in accordance to the ECHR[5], which, as a result, impose limitations to Parliament's authority. The reason is that, since the courts cannot declared void legislation, they use as much as possible the interpretation tool; in some drastic cases, this even meant to interpret an Act differently from the original parliamentary intentions, in order to conciliate it with human rights. This is what happened in *Anisminic* (UNITED KINGDOM, 1969)*;* Parliament enacted Foreign Compensation Act 1950 that had a provision[6] clearly excluding judicial review of the decisions of Foreign Compensation Commission. The courts interpreted this provision on the grounds of presumed legislative intentions, arguing that it is more reasonable to think that Parliament intended to submit the commission to judicial review rather than not have any legal control (GOLDSWORTHY, 2006, p. 32-33). It is clear that the judges actually disapplied the provision by extending the mechanism of interpretation, since it was against a fundamental common law principle (ALLAN, 2001, p. 211-212). The courts option suggest that they would not accept

4. Human Rights Act 1988, s 4 (6) 'A declaration under this section ("a declaration of incompatibility") (a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and (b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made'.

5. Human Rights Act 1988, s 3 (1) 'So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights'.

6. Section 4(4) of the Act stated: "The determination by the commission of any application made to them under this Act shall not be called into question in any court of law".

an abolishment or disrespect of fundamental principles or human rights by parliamentary legislation, thus, Parliament's authority is substantively limited by them.

Besides that, a declaration of incompatibility issued by the courts should not be underestimated. Although it does not provide judicial remedy, it puts a major political pressure into Parliament to amend the legislation declared by the courts incompatible with the Convention rights. In practice, in all occasions that such declaration was made resulted into legislative amendment. As Bogdanor (2009, p. 61) comments, "if ministers and Parliament regularly give effect to declarations of incompatibility by the courts, this practice would, at some time in future, harden into a convention, thought it has not yet done so".

Furthermore, the HRA also imposed a formal restriction to Parliament's powers, as it has a provision prohibiting to be repeal impliedly. In Bogdanor (2009, p. 60) own words: "to this extend, the Human Rights Act modifies the strict doctrine of parliamentary sovereignty. There is now at least one thing that Parliament cannot do. It cannot impliedly repeal the Human Rights Act."

It is not hard to conclude that the HRA has strengthen Judiciary's power, which could only mean limitations to the Parliament's authority. Some of its power was alienated to the courts and the HRA implemented that by strengthening the judicial interpretation, the relevance given to a declaration of incompatibility and the need of express language to repeal the Act.

Devolution is one more essential aspect of the UK peculiar constitutional system. Westminster created subordinate legislatures in Scotland, Wales and Northern Ireland and transferred part of its legislative powers to them, concerning local matters. Devolution was constructed to preserve the parliamentary sovereignty, considering that Parliament can, at anytime, abolish the devolved bodies by an ordinary Act (ELLIOT; THOMAS, 2014, p. 281-282). As demonstrated by Bodganor (2009, p. 112), in practice, devolution imposed major restrictions to its sovereignty; Parliament has accepted (by agreement or convention) not to legislate on devolved matters, specially without the devolved bodies' consent. If

Westminster tried to abolish them without their consent, it could mean their abandonment of the United Kingdom.

Thus, the reality has shown that Parliament does not have unlimited power, as least over Scotland or Wales, and it is no longer sovereign on their domestic affairs. A traditional interpretation of parliamentary sovereignty does not explain, successfully, the devolution phenomena.

In this context, because of the constrains that came from EU law, a conservative wave began to spread in the UK, blaming the EU for all recent social and political issues in the UK. The message was that the UK lost control over its legal system and the British Parliament was no longer sovereign only due to the entrace in the EU. To take back control would mean to solve all these challenges. As a result of this short-sighted view, a referendum decided that the UK should leave the EU.

None the less, this would be the easiest step in a complex political process. Since then, more than two years after the voting results, the UK has not yet been able to close the deal. The Parliament and the Prime Minister endless conflict on the subject blocks a reasonable solution. So far, the MPs voted against the Prime Minister's Withdrawal Agreement twice. Now they are even discussing if a second referendum should be hold, in order to revoke Brexit and remain in the EU.

This crisis started from a misguided and traditional idea that the EU decision-making process has undermined the previous absolute British Parliament's sovereignty. But this view has not been able to explain the legislative powers in the UK for a long time and not only due to the fact that the UK joined the EU. This is only one of the factors (as showed in this section) and it is not actually a problem itself. It was a natural development of the UK legal system that resulted in a non-absolute parliamentary sovereignty, limited by constitutional reforms, human rights, devolution and also EU law.

4. CONCLUSIONS

In general words, it has been shown that the orthodox view of Parliament's authority cannot explain accurately the contemporary British constitution, in which the following reforms has been taking place. Firstly, the enactment of Acts 1911 and 1949, representing an amendment of the rule of recognition; secondly, the supremacy of EU law as a substantive limit to parliamentary sovereignty; thirdly, the enactment of HRA, implicating an alienation of power to the Judiciary, in human rights matters; lastly, a transfer of powers to devolved bodies about local questions. That is, there are a number of variables that have been constraining parliamentary authority over the years, not only the EU law.

The failure of the classical theory to explain these variables can only mean that is no longer possible to interpret Parliament's sovereignty in a traditional analysis: Parliament has no longer unlimited power in the new constitutional framework, in which it shares some areas of its powers with the European Union, the Judiciary and the devolved bodies.

Additionally, it has to be mentioned that Parliament's sovereignty can also be called a fiction in a different perspective. Because of the peculiar implementation of separation of powers into British constitution, Legislative and Executive branches are, in an aspect, combined. The government is built from the majority elected in the House of Commons and Member's of Parliament (MP's) vote according to their party loyalties (ELLIOT; THOMAS, 2014, p. 194). Hence, the government can approve any bill they introduce because they have more than half of the MP's in the House of Commons. Another outcome of this union of powers is that if a Prime Minister no longer has the trust of Parliament, he or she resigns. Therefore, the Cabinet is either too strong or so weak that is dissolved and a new one is forged.

As a result, the governing party exercise a complete dominance of the legislative process. From that it can be declared that Parliament is not politically supreme; the government that has profound power and control of Parliament. Therefore, parliamentary sovereignty is a fiction, since, in practice, is the executive that exercise an effective political sovereignty.

However, after the constitutional reforms already described above, an effective authority has been transferred to the European Union in EU law areas, to the courts, in human rights matters and to devolved bodies in their domestic questions. Parliamentary power has been limited and so governmental power has been circumscribed as well. It appears that "we are at present in a period of transition when a traditional interpretation of parliamentary sovereignty, that Parliament cannot bind itself, is falling into desuetude" (BOGDANOR, 2009, p. 282).

It seems that the British constitutional system is gradually shifting from the principle of sovereignty of Parliament towards a more balanced separation of powers. This process is not straight or simple, as the Brexit process has shown.

On one hand, there are still considerable political forces attached to the traditional view of Parliament's sovereignty. On the other hand, some political players are prepared to abandon a notion of absolute and unlimited sovereignty of Parliament. It is still unknown which will prevail. If the later establishes, a written constitution might be a valuable mechanism to clarify the limits of each branches' powers and to set out a stronger protection of fundamental principles and human rights. This could mean, in the future, the sovereignty of a codified British constitution, rather than a governmental supremacy or the myth of Parliament's sovereignty.

BIBLIOGRAPHY

ALLAN, Trevor. *Constitutional justice; a liberal theory of the rule of law.* Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. Parliamentary sovereignty: law, politics and revolution. *Law Quarterly Review*, v. 13, 1997.

BOGDANOR, Vernor. *The new British Constitution.* Oxford: Oxford University Press, 2009.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the Constitution.* 8th edition. London: Macmillan, 1915.

ELLIOT, Mark; THOMAS, Robert. *Public law.* 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2014.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *European Convention of Human Rights 1950.* Rome, 1950. Available in: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG. pdf>. Access in: June 12 2018.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. Abdicating and Limiting Parliament's Sovereignty. *The King's College Law Journal*, v. 17, n. 255, 2006.

_____. Is parliament sovereign? Recent challenges to the doctrine of parliamentary sovereignty. *New Zealand Journal of Public and International Law*, v. 3, n. 7, 2005.

_____. *The Sovereignty of Parliament.* Gloucestershire: Clarendon Press: 1999.

GORDON, Michael. The conceptual foundations of parliamentary sovereignty: Recon- sidering Jennings and Wade. *Public Law*, jul. 2009.

HART, Herbert. *The concept of law.* 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 1994.

JENNINGS, Ivor. *The law and the Constitution.* 5th edition. London: University of London Press, 1959.

UNITED KINGDOM. Court of Appeal. *Ellen Street Estates Ltd v Minister of Health* [1934] 1 KB 590. Available in: <https://www.lawteacher.net/cases/ellen-street-estates-v-minis-ter-of-health.php>. Accessed at: May 25 2018.

UNITED KINGDOM. Divisional Court. *Vauxhall Estates Ltd v Liverpool Corporation* [1932] 1 KB 733. Available in: <http://www.uniset.ca/other/cs3/1932KB733.html>. Accessed at: June 27 2018.

UNITED KINGDOM. *Freedom of Information Act 2000.* Available in: <https://www.le-gislation.gov.uk/ukpga/2000/36/contents>. Accessed at: June 04 2018.

UNITED KINGDOM. *Human Rights Act 1988.* Available in: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>. Accessed at: May 10 2018.

UNITED KINGDOM. House of Lords. *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147 (HL). Available in: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1968/6.html>. Accessed at: May 17 2018.

UNITED KINGDOM. House of Lords. *R (Jackson) v Attorney-General* [2005] 1 AC 262. Available in: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051013/jack-1.htm>. Accessed at: June 12 2018.

UNITED KINGDOM. House of Lords. *R v Secretary of State for Transport, ex p Factorta- me Ltd (n. 2)* [1991] 1 AC 603. Available in: <https://publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd991028/factor-1.htm>. Acessed at: May 18 2018.

WADE, Henry William Rawson. The basis of legal sovereignty. *The Cambridge Law Journal*, v. 13, n. 2, 1955.

_____. Sovereignty: Revolution or Evolution? *Law Quarterly Review*, v. 112, n. 568, 1996.

DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AO TRANSCONSTITUCIONALISMO: IMPACTOS E REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

CICERA AMANDA GUILHERME FERNANDES
WESLEY SILVA DOS SANTOS
MATHEUS ASSIS DOS SANTOS

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo irá abordar a questão do constitucionalismo passando desde o período clássico com as sociedades gregas, romanas e o povo hebreu percorrendo a Idade Média, Moderna até chegar à contemporânea, está última que se denominou após a Segunda Guerra Mundial de neoconstitucionalismo.

É com o neoconstitucionalismo que a constituição passa a ser vista de outra forma e a ela atribuída características e funções específicas, como a de supremacia em relação aos demais ramos do ordenamento jurídico, centralidade, entre outros.

A maioria dos Estados está vivendo outro fenômeno que vem acontecendo de forma gradativa em uns e em outros já ocorre a um determinado lapso de tempo, que é a constitucionalização do direito infraconstitucional, ou seja, direito penal, civil, administrativo, processual, trabalhista etc. A constitucionalização do direito é o processo de irradiação dos princípios e regras da constituição sobre as legislações que estão em grau de hierarquia inferior em relação à Magna Carta de uma determinada nação.

No Brasil esse processo citado acima está caminhando pouco a pouco, temos como exemplo, o novo código de processo civil de 2015 que se concebeu dentro desse movimento e trouxe consigo essa marca da constitucionalização.

Concomitante com o movimento de reconhecimento e respeito dos

preceitos constitucionais pelos outros segmentos surge o chamado transconstitucionalismo, em boa parte influenciada pela globalização, esse termo é para designar os estudos teóricos que tem como um dos objetos os problemas comuns a diversas ordens e como podem ser resolvidos a partir de uma "conversação" entre elas em diversos planos.

Ressalta-se que o termo transconstitucionalismo nada tem relação com um constitucionalismo superior aos Estados soberanos ou, ainda, um supraconstitucionalismo, mas antes com uma forma de se resolver e dialogar acerca de muitas questões que diversas ordens partilham e se chegar a uma melhor solução quando confrontados.

Findo, o aludido trabalho, se reflete e conclui como o ordenamento jurídico brasileiro recepcionou e se transformou ao longo do tempo com todos esses movimentos que se passaram no mundo ocidental no que concerne ao direito constitucional e seus impactos.

2. HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

2.1 CONSTITUCIONALISMO NO PERÍODO CLÁSSICO

Para se entender o constitucionalismo atual é necessário, pois, se fazer um percurso histórico desse fenômeno, o que vai remontar desde o período clássico, com as civilizações berço da cultura ocidental, são elas Grécia, Roma e o povo Hebreu.

Segundo Novelino citando Karl Loewenstein (1970), os gregos viveram um Estado que pode ser chamado de constitucional, pelo fato da forma de governo que foi adotada, ou seja, uma democracia-constitucional que tinha na sua forma atributos que o caracterizavam como tal. Atenas foi uma importante Cidade-Estado, é um dos grandes exemplos de uma polis constitucional, uma vez que, com a constituição de Sólon deu-se inicio a ideia de uma limitação de poderes, que inclusive essa noção de "frear" o poder dos governantes perdurou por muito tempo entre os gregos e retomados em Roma. Indubitavelmente, como preceitua (BARROSO, 2010) os atenienses legaram esse precioso precedente do ideal constitucional.

Em Roma, especialmente no período republicano que se iniciou em 529 a.C., os ideais constitucionais tiveram um salto, especialmente por terem instituído o sistema de freios e contrapesos conforme acentua Dirley Cunha Júnior(2018).igualmente como na Grécia eles também limitaram os poderes dos governantes, só que diferente dos gregos que se reuniam em assembleia e delegavam as decisões ao povo, ou seja, moldada na soberania popular, os romanos faziam de forma diferente, através de órgãos políticos.

O povo Hebreu foi bastante importante nesse processo que se denomina constitucionalismo, em razão de terem sido um dos primeiros a estabelecer limites ao poder, organização do Estado e rigidez das normas. No que tange as relações entre governantes e subordinados, a Bíblia era o norte dessa limitação, portanto se nota que a religião estava intrinsicamente ligada ao direito, acreditavam os hebreus que os chefes do clã eram representantes de deus na terra, e a eles deviam obedecer, porém eram limitados os poderes desses líderes o que se pode afirmar o caráter eminentemente constitucional na formação daquele povo.

2.2 CONSTITUCIONALISMO NO PERÍODO MEDIEVAL

Esse período foi caracterizado por fragmentação do poder onde quem o detinha era o dono da terra e as relações de poder se deram entre estes e seus vassalos, essa parte se deu principalmente na alta idade média. Já na baixa idade média e inicio do seu fim por influência de diversas variantes, uma delas a concentração do poder e o inicio do surgimento do comércio, fez surgir os Estados nacionais.

O constitucionalismo nessa fase da história marcou-se por eventos importantes que contribuíram de maneira significativa para esse movimento, como a Magna carta de 1215, conforme aponta Dirley da Cunha Júnior (2018, p.31):

> [...] com a Magna carta de 1215, que o constitucionalismo logrou obter importantes vitórias com a limitação do poder absoluto do rei, através

> do reconhecimento naquele texto escrito, que representou um pacto constitucional entre o Rei e a Nobreza e Igreja, da garantia da liberdade e da propriedade.

Esse documento foi significativo para esse percurso, uma vez que trouxe limitado em lei o poder do soberano em relação aos súditos e foi à abertura para a formação de um Estado moderno e democrático, pois o Rei se submetia as mesmas leis por ele editadas, o que se pode falar que com esse marco já apontava para o princípio da supremacia da norma e sua incidência até mesmo sobre quem estava comandado.

2.3 CONSTITUCIONALISMO NO PERÍODO MODERNO

É nesse período que vai começar a emergir as primeiras constituições rígidas, escritas, e como as outras, já supracitadas, limitadoras do poder do Estado. Após a Magna Carta de 1215 o constitucionalismo, especialmente de forma escrita desponta e com isso surgem assim importantes documentos, como (Petition of Rights, de 1628; Habeas corpus act, de 1976; Bill of Rigths de 1689), entre outros que vão ser a "estrada" que dará acesso a um longo processo.

As primeiras constituições que surgiram foram às chamadas liberais, em que limitavam o poder do Estado e garantia os direitos políticos e civis ligados a liberdade, que são assim denominados direitos de primeira geração. As constituições escritas que foram o divisor de águas entre o mundo antigo e o moderno foram a francesa de 1791 e a estadunidense de 1787, ambas escritas e rígidas traziam em seu bojo as caraterísticas de um documento enrijecido e solene que positiva direitos, limita ações e organiza uma dada sociedade.

O Movimento desse constitucionalismo moderno levou ao que, consoante diz Canotilho citado por Dirley da Cunha Júnior(2018,p.32), 'a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político'.

Outrossim, de grande influência nesse processo foi o liberalismo que emergiu no século XIX e inicio do XX ,que com essa nova ideologia tomando espaço a necessidade de constituição ganhou maior força, no plano econômico se propagava as ideias difundidas por Adam Smith e os liberalistas e para que se sustentassem era necessário que essa ideologia fosse positivada em um documento rígido e solene para assim garantir a propriedade privada e o afastamento do Estado em relação ao individuo, Já no plano político e de grande relevância foi posta em prática a ideia formulada por Montesquieu em sua obra Do Espirito das Leis, de separação do poderes para evitar abusos.

Esse período moderno do processo de constitucionalização foi uma criação que parte de um coletivo e de diversos momentos que contribuíram de forma expressiva para a formação de uma constituição nominada de moderna, que tem partida desde o fim da idade média, passando pelo surgimento dos Estados modernos, a expansão do comércio, o iluminismo, as revoluções e etc, ou seja, todos esses fatos citados vão influenciar e mudar o panorama social do mundo ocidental e fazer crescer e impulsionar a adoção por quase todas as nações de um documento rígido e escrito que tratem da organização do poder, e garantam os direitos fundamentais.

Contudo, com a Primeira Guerra Mundial, essas constituições modernas sofrem significativa mudança, o que não será o fim delas, apenas vai assinalar uma mudança na sua feição e o liberalismo puro que havia sido preconizado começa a declinar e dar espaço para uma nova era, preocupada com o social.

2.4 NEOCONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo moderno perdurou por muito tempo sem questionamento, contudo após o grande genocídio ocorrido durante a Segunda Guerra Mundial capitaneada pela ideologia nazista o panorama constitucional mudou, o que antes vivia sob o império do Estado Legislativo de Direito agora vivência o Estado Constitucional de Direito, ou seja, o fundamento que estava vinculado o primeiro era o da legalidade, onde uma norma que tenha

passado pelo devido processo legal, como foi o caso das normas nazistas, deveria ser aplicada pouco importando se era justa ou não.

O neoconstitucionalismo veio ser justamente esse novo constitucionalismo ou direito constitucional contemporâneo que emergiu depois do período já citado anteriormente, esse momento da história vai estar fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, porém não só ele, mas também o princípio da constitucionalidade será o centro dessa nova era deslocando para abaixo dele o da legalidade, pois com a sua supremacia em relação aos demais ramos do direito a constituição terá força normativa obrigatória, e inclusive, bastante valorativa.

Ainda, acerca dessa mudança de paradigma acentua Oliveira Neto e Guasque (p.80, 2014):

> Pode se afirmar que houve uma superação dos paradigmas constitucionais do Estado Liberal e do sucessivo Estado de Bem-Estar – superação que não significa rompimento, mas uma releitura dos mesmos mediante a inclusão de novos valores, nomeadamente valores e princípios ligados à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais com o fito de servir de escopo à toda atividade estatal na concretização e proteção de referidos valores.

O pós-positivismo, corrente que prega a força normativo-axiológica dos princípios, a passagem de um do Estado liberal para o Social-constitucional, e a nova interpretação das cartas magnas formaram esse neoconstitucionalismo e abriram passagem para a constitucionalização das legislações ordinárias (BARROSO, 2005).

3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

A constitucionalização do direito em linhas gerais é o fenômeno de incidência dos princípios normativos da constituição sobre as normas infraconstitucionais, são elas, por exemplo, o direito civil, direito penal, administrativo, processual entre os demais ramos, esse processo que ainda

está se afirmando nos países que adotam a constituição como o centro do seu ordenamento jurídico emergiu com o neoconstitucionalismo que traz como uma das suas premissas a supremacia dos princípios e normas constitucionais sobre as demais normas que estão abaixo dela. A constitucionalização influência não só no poder judiciário quando aplica a norma ao caso, mas também no Legislativo e Executivo, este penúltimo quando no processo legiferante de leis deve atem-se aos princípios da Lei maior do país.

3.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Uma das ramificações mais importantes do direito privado, se não a maior delas, que sofreu grande influência desse movimento foi o direito civil, principalmente após o deslocamento da constituição para o centro de todo ordenamento, o que antes era império do direito privado, este que, em virtude das revoluções burguesas ganhou destaque pela necessidade de um direito de proteção da propriedade, das relações particulares e a não intervenção estatal, ou seja, havia uma maior preocupação com o patrimônio e não com os sujeitos em si. Sobre esse processo de abertura do direito civil pontua Tartuce (2018, p.101) "[...] a uma tendência de personalização do direito privado, da valorização da pessoa e da sua dignidade".

A codificação civil, em especial, a brasileira permaneceu ainda distante da influência dos preceitos constitucionais por muito tempo, se observa isto no papel da mulher na sociedade conjugal, a situação dos filhos havidos fora do casamento, a propriedade, entre os outros institutos que se mantiveram alheios ao processo de constitucionalização, ou seja:

> A patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotado pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (artigo 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário. (LÔBO, 1999)

A partir do momento que a constituição passa a ser dotada de supremacia em relação aos códigos é que eles começam a se flexibilizar e recepcionar não só a interpretação conforme a constituição, mas em seus dispositivos abranger também os princípios bases do Estado democrático constitucional. Pode-se sintetizar esse momento histórico da relação civil-constitucional na frase proferida pelo eminente jurista Paulo Bonavides na cerimonia de entrega da medalha Teixeira de Freitas, "Ontem os códigos, hoje as constituições. A revanche da Grécia sobre Roma."

Verifica-se, pois, uma ressistematização do código civil, por exemplo, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações particulares, ou seja, as normas constitucionais devem ter aplicação de forma imediata. Essa eficácia encontra um dos seus respaldos no artigo 5º da constituição federal de 1988 (TARTUCE, 2018, p.101).

3.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo e o constitucional estão bem próximos, pois além de terem objetivos comuns, pode-se dizer até que tiveram a mesma origem. Fala-se em constitucionalização do direito administrativo pelo fato da constituição de 1988 ter trazido um rol de artigos e princípios norteadores da administração pública, como impessoalidade, moralidade entre outros, e disciplinado a questão dos servidores de forma louvável que nos dizeres de Barroso (2005) criou um verdadeiro estatuto do servidor.

A constituição atual em vigor trouxe entre as mudanças no que concerne a administração a dissociação da função de governo e criou determinados princípios próprios da administração pública como já supracitado acima, além de alterar significativamente alguns institutos, como o da discricionariedade.

Pontua Ferrari (2010) "[...] quando se trata da constitucionalização do direito administrativo o que se encontra, [...] é a incidência direta dos princípios constitucionais, no campo da atividade administrativa e em seu entorno."

Ressalte-se, que esse ramo do ordenamento jurídico já vinha sendo tratada desde a constituição de 1934, e Lei Suprema de 1988 apenas deu

maior ênfase em relação a este, pois aproximou ainda mais as relações constitucionais-administrativas.

3.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

O direito penal, ramo ligado ao direito público, tem com a constituição, sobretudo a de 1988 uma extensa relação, visto que ela trouxe consigo um expressivo número de artigos que tratam de matéria criminal, seja criminalizando determinadas condutas e ações, seja proibindo que se criminalizem outras, como exemplo desta última, a comutação de pena de caráter perpetuo ou de morte.

É no título II, capítulo I, da CF/88, especificamente no artigo 5º que se encontram diversos dispositivos penais, o que revela o processo formal de constitucionalização do direito penal, uma vez que esse ramo do direito se data de 1940, fruto de um período ditatorial, o que mostra a necessidade de irradiação dos princípios democráticos da Lei Maior do Estado brasileiro sobre o código penal, e principalmente, o da dignidade da pessoa humana e o devido processo legal.

Aduz Karmierczak (2009, p.111) "Hoje é inegável a constitucionalização do direito penal, não sendo mais admitida qualquer subsunção do fato à norma sem uma ponderação de valores constitucionais os quais estão, explícita ou implicitamente, elencados na Constituição Federal de 1988."

É valido, ainda, pontuar que é reservado ao Estado o poder exclusivo de punir, ou seja, é ele o detentor do *jus puniendi* e a constituição é o documento que delimita esse poder através dos princípios.

3.4 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL

Foi com o processo do neoconstitucionalismo, ora já citado no aludido trabalho, que o direito processual ganhou nova roupagem nos Estados democráticos de direito, no Brasil em especial ele está caminhando para adequação dos novos paradigmas constitucionais, cite-se, como exemplo,

o novo código de processo civil que foi concebido de acordo com os parâmetros da CF/88.

Preceitua Marinoni e Arenhart (2008, p.55) que "O processo é um instrumento para o exercício da jurisdição, podendo ser definido como o procedimento que, observando os mandamentos constitucionais, permite que o juiz exerça sua função jurisdicional."

O neoprocessualismo, assim chamado por boa parte da doutrina, é o momento atual em que o direito processual se atenta as diretrizes que traz a constituição, e principalmente aos que concernem a direitos e garantias fundamentais, ressalta-se que alguns artigos de matéria processual são direitos fundamentais, é nesta que o processo encontra suas bases, por exemplo, como a legislação infraconstitucional vai editar as normas processuais para que o juiz concretize as normas e princípios elencados na constituição, o devido processo legal, celeridade entre outros dispositivos.

É com constitucionalização do direito processual que se dará ensejo ao ativismo judicial, o processo não será apenas mera aplicação da norma ao caso concreto, nesse estágio as partes litigantes atuarão de forma mais ativa juntamente com o juiz caracterizando uma coparticipação, além de fazer uma releitura de alguns princípios à luz da CF/88, como exemplo, o do contraditório.

No tocante a legislação brasileira contemporânea cabe destacar em ponto especifico o Novo Código de Processo Civil, que trouxe consigo as marcas desse novo constitucionalismo e novo processualismo.

3.4.1 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em vigor desde março de 2016, o novo código processual civil, o primeiro a ser editado em um regime democrático, vem trazendo consigo a marca do período contemporâneo do direito brasileiro, pois reiterou a supremacia da constituição em relação aos outros ramos e a sua centralidade no ordenamento jurídico, observa-se isto logo no artigo 1º da nova codificação: "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da

República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código."

O novo código além ter mudanças significativas, veio com o intuito de ser uma legislação moderna adequada aos anseios de uma sociedade que está em constante mudança e preocupada com a efetivação dos direitos fundamentais nos Estados democráticos, como se verifica na passagem:

> [...] surge o Novo Código de Processo Civil, seguindo a tendência latino-americana, sob a premissa de um processo civil moderno, efetivamente democrático, com abandono concreto do ritualismo acentuado, que dirigia o processo civil "antigo" em direção oposta ao ideal democrático amadurecido nas primeiras décadas de uma nova era, inaugurada em 1988. (MALTA, 2015)

O código de processo civil de 2015 marca então essa transição lenta e gradual que passa o Estado brasileiro com a constitucionalização do direito e a importância que tem a observância dos princípios ora elencados na Magna Carta de 1988 para a promoção de uma plena cidadania nos moldes sociais democráticos, e, sobretudo, a efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

4. TRANSCONSTITUCIONALISMO

Passado esse percurso do constitucionalismo e a constitucionalização dos direitos, chega-se ao chamado transconstitucionalismo, esse que teve grande contribuição teórica do eminente Marcelo Neves, em obra resultante de uma tese de doutorado. O citado jurista trouxe com sua teoria uma grande inovação para os estudos do direito constitucional contemporâneo, uma vez que propôs com sua ideia uma possível solução de problemas comuns a vários Estados modernos por meio de uma "conversação" entre as ordens jurídicas, o que em linhas gerais caracteriza o transconstitucionalismo.

Essa teoria supõe que exista uma delimitação semântica do que é Constituição que dentro dessa conceituação exista uma noção de constitucionalismo e constitucionalização, contudo vem se desenvolvendo a

concepção de que a Constituição é uma metáfora do discurso e retorica política (NEVES, 2009).

Amparada na teoria dos sistemas de Luhman, o transconstitucionalismo entende que deve ser afastada a possibilidade de um único ponto de vista, que exista um único sistema no centro, como por exemplo, a politica, o direito, mas antes que eles concorrem com outros e que deve haver um entrelaçamento entre eles, isto é, criando pontes para que não venham a se autodestruir, conforme se observa:

> A sociedade moderna multicêntrica, formada de uma pluralidade de esferas de comunicação com pretensão de autonomia e conflitantes entre si, estaria condenada à própria autodestruição, caso não desenvolvesse mecanismos que possibilitassem vínculos de aprendizado e influência recíproca entre as diversas esferas sociais (NEVES, 2009, p.34-35).

Consoante Maia (2014) Marcelo Neves parte de conceitos como acoplamento estrutural e de uma razão transversal para definir uma racionalidade transversal que seria um instrumento para aprendizados recíprocos de sistemas distintos, como exemplo, o sistema político e jurídico e uma constituição transversal seria essa ponte entre os dois e ambos poderiam assim trocar influências mútuas.

Definindo o que seja essa corrente Marcelo Neves (2009, p. XXV) assim aduz:

> O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio*. Rejeita tanto o estatalismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo como espaço de solução privilegiado dos problemas constitucionais. Aponta, antes, para a necessidade de construção de "pontes de transição", da promoção de "conversações constitucionais", do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais. O modelo transconstitucional rompe com o dilema "monismo/pluralismo". A pluralidade de ordens

> jurídicas implica, na perspectiva do transconstitucionalismo, a relação complementar entre identidade e alteridade.

Acerca da temática existem diversos níveis de ordens jurídicas e o que vai caracterizar o transconstitucionalismo entre elas é, portanto, ser um constitucionalismo relativizado a soluções de problemas constitucionais que são comuns a diversas ordens.

É importante pontuar os tipos de ordens diversos em que é possível a existência do chamado transconstitucionalismo, que são entre o direito internacional e direito estatal, direito supranacional e estatal, entre ordens jurídicas estatais, estatais e ordens locais extraestatais e, supranacional e internacional, cada uma delas com suas peculiaridades poderão estabelecer um certo dialogo para melhor resolução dos problemas que são postos em comum a ambas.

Saliente-se que tal teoria ainda está tentando ser firmar no contexto mundial, em virtude de grandes problemas como a posição hierárquica de uma nação em relação a outra, a abertura dos Estados nacionais para uma conversa com as outras ordens, entre demais problemas que se põe, contudo no mundo ocidental a União europeia é um celebre exemplo da prática de um "transconstitucionalismo", mesmo que ainda não seja de forma que se é proposta teoricamente.

No Brasil esse modelo está aos poucos tomando forma, em alguns julgados, em especial os do Supremo Tribunal Federal já invocam exemplos e respaldos em tratados recepcionados pelo ordenamento e decisões de outros países em relação àquela mesma questão posta em discussão.

Os direitos fundamentais e direitos humanos, nos Estados constitucionais, em face da globalização são um dos maiores problemas que se coloca entre os diversos planos e que não se resolvem apenas, e só, dentro do plano estatal, conforme Neves (2009, p.297) " O Estado deixou de ser um *locus* privilegiado de solução de problemas constitucionais." o que corrobora a necessidade de uma "conversação" entre as ordens para a melhor solução de casos e não uma decisão única e hierárquica.

Segundo TORELLY (2016, p.92):

> Ao falar em transconstitucionalização dos direitos fundamentais se estará, portanto, discutindo a interação entre regimes e ordens jurídicas [...]a um só tempo considerando a especial relevância que os problemas constitucionais têm no sistema jurídico, mas sem considerar uma prevalência a priori do direito constitucional doméstico sobre o direito internacional dos direitos humanos

A teoria do transconstitucionalismo figura assim como um "estágio" do processo do constitucionalismo contemporâneo, em que, depois de consolidadas as Cartas Magnas dos Estados Democráticos e estas de certa influência na constelação ocidental, passaram a partilhar de interesses e problemas corriqueiros e que não se resolvem apenas utilizando o ordenamento interno e por estarem cada vez mais incluídas no mundo globalizado precisam se voltar para a análise e influência de decisões de outras ordens e possivelmente através de uma troca reciproca solucionarem os casos da melhor maneira, sem que com isso influa na soberania e organização de cada uma.

5. CONCLUSÃO

Conclusa a explanação, pode-se fazer uma análise de como esses movimentos que remontam desde o período clássico influenciaram e refletiram no direito brasileiro ao longo de toda história do constitucionalismo brasileiro.

O movimento do constitucionalismo brasileiro, ou seja, de nascimento de uma constituição que ordenasse o Estado remonta de 1824, com a primeira constituição e que já se concebeu com as características modernas arguidas na Revolução Americana e Francesa. Desde então, veio apenas evoluindo com os processos internos da nação e com a influência exterior das revoluções que marcaram o século XIX e XX.

Infere-se que o direito brasileiro ainda caminha para um modelo ideal de um Estado democrático de direito, com normas infraconstitucionais que observem piamente os ditames da constituição, com a renovação de códigos que foram apenas recepcionados pela CF/88 e precisam ser

remodelados e alguns até seja necessário serem revogados para que o ordenamento possa por completo refletir o Estado que preconizou o constituinte de 1988.

Com a possiblidade de experiência do transconstitucionalismo, o direito pátrio poderá progredir cada vez mais para integração com o restante dos outros países e solucionar melhor seus problemas, principalmente, de direitos fundamentais.

Os pequenos passos, como se observou no decorrer do trabalho, o direito vigente caminha com os processos revolucionários, ao tempo que, também é impactado com aqueles que já estão a "frente".

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2 ed. Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618> Acesso em: 14 Mai. 2018. Doi: http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618.

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

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, n.40, p. 271-290, Jun. 2010. ISSN 1516-3210. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/532/513> Acesso em 14 mai. 2018.

GUASQUE, Bárbara; OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Constitucionalismo e democracia**. Paraná: Unipar, 2014. Referência p. 80. ISBN 978-85-8498-002-4.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 12 ed. rev. Atual. e ampl. Bahia: Juspodivm, 2018.

JUSPODIVM. **Vade Mecum**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Bahia: Juspodivm, 2018. 2432 p. ISBN 978-85-442-1920-1.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Por um sistema penal não excludente: uma releitura constitucional do Direito Penal**. 155 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho, Paraná, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito civil**. Disponível em: <http://www.idclb.com.br/revistas/17/revista17%20(11).pdf> Acesso em 14 Mai. 2018.

MAIA, Tercius Gondim. **Os Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Responsabilidade Internacional do Estado Brasileiro por violações aos direitos humanos causadas por decisões do Supremo Tribunal Federal: uma abordagem transconstitucional**. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**, 7º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MALTA, Vitor Santiago. **Novo CPC e processo constitucional democrático**. Jusbrasil. Disponível em: <https://vitorsmalta.jusbrasil.com.br/artigos/311042503/novo-cpc-e-processo-constitucional-democratico> Acesso em 14 mai. 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. rev. atual. e ampl. Bahia: Juspodivm, 2016.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Lei de introdução e parte geral**. 14 ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TORELLY, Marcelo Dalmas. **Governança Transversal dos Direitos Fundamentais: Experiências Latino-Americanas**. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

ÁGUA, UM DIREITO FUNDAMENTAL?

CINTHIA DA SILVA BARROS
JOÃO PAULO SOARES E SILVA

1. INTRODUÇÃO

[...] a vida exige acesso à água limpa; negar o direito à água é o mesmo que negar o direito à vida (Maude Barlow, 2009, p. 14). O artigo visa apresentar água como um direito fundamental para toda e qualquer pessoa, pois é necessário que a água seja segura e acessível. Com vista nisso, a água é um elemento que desperta fascínio, que pode ser vista sob diversos ângulos, que implicam dificuldades para as investigações que objetivam a avaliação das ações direcionadas à ampliação do acesso humano a ela (GOMES; HELLER, 2016). Neste campo, o direito de águas é um conjunto de princípios e normas jurídicas que disciplinam o domínio, a conservação, o uso, o aproveitamento e a preservação das águas, bem como a defesa contra suas danosas consequências (POMPEU, 2006).

A Lei nº 9.433/97 alude sobre a Política Nacional de Recursos Hídricos, basea-se em alguns fundamentos, como o art. 1°, I, que dispõe: "I - a água é um bem de domínio público; [...]; III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais" (BRASIL, 1997). Esta legislação ensejou à criação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamentando o inciso XIX do artigo 21 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1997).

Será abordada inicialmente uma discussão sobre a matriz constitucional brasileira no que se refere ao meio ambiente, considerando que a água

é um bem de uso comum do povo, além de ser essencial à sadia qualidade de vida, o que impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-la e preservá-la para gerações atuais e futuras (BRASIL, 1988).

Neste prisma, o reconhecimento da água como um o direito fundamental é essencial para a garantia de uma vida digna. Abordar-se-á na pesquisa as questões referentes à água em um contexto de direito fundamental, tendo em vista a necessidade de analisar a sua aplicabilidade e a sua eficácia no contexto de Estado Democrático de Direito.

O texto de caráter teórico-prático pretende levantar hipóteses e caminhos sobre o direito de águas no plano internacional e nacional, destacando os desafios para sua efetividade, dissertando sobre o reconhecimento da água como um direito fundamental e como um direito humano, apresentando os desafios no Brasil para efetivação da água como um direito fundamental. A metodologia aplicada é a bibliográfica com consulta a artigos científicos, legislações, e demais materiais sobre a temática.

2. O RECONHECIMENTO DA ÁGUA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Ao se analisar o direito à água em um contexto de direito fundamental ao homem, é preciso compreender que existe a necessidade de definir prioridades e limites para o manejo do recurso hídricos, bem como, proteger os direitos básicos de determinados grupos minoritários de atuação próprio do Estado (DA LUZ; TURATTI; MAZZARINO, 2016).

Os direitos fundamentais são direitos essenciais para toda e qualquer pessoa, conforme disciplina o artigo 5º da Carta Magna de 1998, pois tais direitos devido à supremacia constitucional detêm aplicação imediata, são cláusulas pétreas, possui hierarquia constitucional, além de ser basilar a dignidade da pessoa humana (DA LUZ; TURATTI; MAZZARINO, 2016). Leciona Sarlet (2003, p. 84):

> [...] que existem direitos fundamentais universais e consensuais, dentre os quais o direito à água e o respeito a dignidade humana. Assim,

> reconhecer a água como direito fundamental consiste em atribuir ao Estado o dever de garantir um mínimo essencial à sadia qualidade de vida, das presentes e futuras gerações.

A Constituição Federal de 1988 inaugura um novo paradigma para a temática ambiental e para a responsabilidade do Estado, na busca de promover ações que visem assegurar a efetiva tutela do meio ambiente, trazendo uma maior atuação por parte do poder público em matéria de gestão ambiental e hidrográfica (BRASIL, 2018).

A proteção ao meio ambiente assegurada no artigo 225 da Constituição da República de 1988, eleva o meio ambiente à condição de um direito fundamental. A constitucionalização da proteção ambiental apresenta-se como um contraponto à crise ambiental, visto que se as regras ambientais protetivas fossem efetivamente observadas, as condições de vida no planeta seriam outras (BRASIL, 2018).

A Carta Magna de 1988 atribuiu à proteção ambiental um status de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, da mesma maneira que consagrou a proteção ambiental como uma das finalidades e tarefas fundamentais do Estado Socioambiental de Direito brasileiro (SARLET E FENSTERSEIFER, 2010).

Esta visão apresenta que o Estado deve respeitar os direitos fundamentais, em função do princípio constitucional da proibição do retrocesso, pois se o meio ambiente é um direito fundamental, constata-se que a água por está inserida no meio ambiente possui este caráter (DA LUZ; TURATTI; MAZZARINO, 2016). Em corroboração como exposto, Machado (2013, p. 150) alude que:

> [...] o meio ambiente compreende incontestavelmente um direito fundamental da pessoa humana, como meio de preservar a vida e a dignidade da pessoa humana, posto que a destruição do meio ambiente reflete diretamente na vida dos seres humanos, influenciando-a de maneira frontal.

No Brasil, o Código de Águas foi instituído pelo Decreto nº 24.643/1934, disciplinando os usos das águas, dominialidade, competências, bem como, aproveitamentos hídricos. Existiam águas particulares e águas públicas (BRASIL, 1934). Com a promulgação da Carta Magna de 1988, a água passou a ser de domínio público, não sendo recepcionadas as normas infraconstitucionais que estabeleciam a previsão de águas particulares (BRASIL, 1988).

A Carta da República de 1988 estabelece a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos e o bem social como um dos seus objetivos fundamentais, em que pese o Art. 1º, III e art. 3º, IV, assim tem-se que a água é um bem essencial para todo o desenvolvimento das atividades do ser humano, é preciso que o Estado tenha a capacidade de garantir o acesso em qualidade e quantidade para os cidadãos (BRASIL, 1988).

Partindo da matriz constitucional, a Lei nº 9.433/97, trata da Política Nacional de Recursos Hídricos, é baseado em alguns fundamentos, como o art. 1°, I, que dispõe: "I - a água é um bem de domínio público; [...]; III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais" (BRASIL, 1997).

Referida legislação deu ensejo à criação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, ao regulamentar o inciso XIX do artigo 21 da Constituição Federal de 1988, compete à União: [...] XIX - instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso (BRASIL, 1988), já no que tange o artigo 20 e 26 da Carta Magna de 1988 ficam estabelecidas regras de dominialidade.

Apesar de a água ser reconhecida como um bem público, boa parte da doutrinaria se defende a água ser um bem difuso, desta forma, Fiorillo (2003, p. 405) sustenta que a água é "bem de natureza jurídica difusa", já Caubet (2008, p. 143), acrescenta que "a lei incorre em erro ao estabelecer que a água é um bem de domínio público".

Dessa maneira, a Carta Magna de 1988 apresenta que as águas são classificadas em federais, estaduais e também distritais, sendo que o Código de Águas assegura o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de água, para as primeiras necessidades da vida, não obstante, se houver caminho que a torne acessível (BARBOSA; BARBOSA, 2012).

Apesar da Constituição Federal de 1988 abordar a questão dos recursos hídricos, não houve uma preocupação em incluir as águas no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), sendo que há uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC 4/2018) em tramitação de autoria do ex- Senador Jorge Viana (PT-AC) que era o presidente da Comissão Mista Permanente sobre Mudanças Climáticas (CMMC), que tem por objetivo incluir a água como um Direito Fundamental, contudo há vários entraves ideológicos políticos que vêm retardando a aprovação e inserção da PEC na Constituição (FRANCO, 2018). Franco *apud* Viana (2018, s/p) pontua que:

> Apesar de ser elemento indispensável à garantia do direito à vida, o acesso à água potável não é ainda reconhecido intrinsecamente como um direito fundamental. Ao contrário, a água é considerada, muitas vezes, apenas como recurso e como bem econômico, o que exclui parcelas vulneráveis da sociedade da possibilidade de ter acesso ao precioso líquido em quantidade e qualidade que permitam uma vida digna.

Destaca-se por oportuno que no caso Brasileiro, só a União e os Estados podem legislar sobre as águas, sendo que a União usufrui da permissão de criar e legislar sobre o direito de águas e os Estados-Membros tem o poder de legislar acerca da administração, ou seja, da gestão das águas sob o seu domínio (POMPEU, 2006).

Já os Municípios são regidos por lei orgânica própria, que devem obedecer aos princípios estabelecidos na Constituição de 1988, e no do respectivo Estado, assim, as municipalidades legislam acerca dos assuntos de interesse local que devem cuidar dos assuntos ligados a drenagem urbana, rural e dentre outros (POMPEU, 2008).

3. ÁGUA COMO DIREITO HUMANO

Os direitos humanos e o meio ambiente estão ligados, sem os direitos humanos, a proteção ambiental não alcança a sua eficácia, pois sem a inclusão do meio ambiente neste rol, os direitos humanos estariam correndo

perigo de perder sua função que é a proteção à vida humana, seu bem-estar e sua integridade (DA LUZ; TURATTI; MAZZARINO, 2016).

Em um contexto internacional, a Declaração Universal de Direitos Humanos e nos Pactos de Direitos Humanos de 1966 ainda não existia menção à água doce, mesmo havendo algumas afirmações que o direito humano à água poderia ser acrescido nestes documentos (PINTO; TORCHIA; MARTIN, 2008).

Ainda assim, o direito humano à água estaria de forma implícita no Pacto de 1966, por ser um elemento integrante de outros direitos já reconhecidos, tendo em vista que sem a água muitos dos direitos reconhecidos em instrumentos internacionais não teriam sentido, pois o direito à água estaria vinculado ao direito à vida, à saúde, à moradia, à alimentação, bem como as condições de trabalho adequadas (PINTO; TORCHIA; MARTIN, 2008).

No plano internacional, o discurso sobre o desenvolvimento sustentável ganha relevância a partir da década de 70. Nesta esfera, várias foram às conferências desenvolvidas para a resolução da problemática relacionada à água, em sua quantidade, qualidade, bem como o seu acesso (BURCKHART, 2015).

Em 1972 aconteceu a primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, a Conferência de Estocolmo, que foi uma tentativa de organizar as relações existentes entre o homem e o meio ambiente em âmbito internacional, sendo a primeira vez que a política passou a envolver-se com a temática relacionada ao meio ambiente (BURCKHART, 2015).

O resultado desta Conferência foi à adoção da Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano, declaração esta que enuncia diversos princípios para a proteção do meio ambiente, como o da responsabilidade do Estado, da sociedade para sua proteção e da conservação dos recursos naturais em relação às futuras gerações, além da garantia do desenvolvimento compatível com a proteção do meio ambiente, para que haja um diálogo entre os atores políticos e econômicos e não somente a sua total separação (BURCKHART, 2015).

As conferências internacionais abordaram pontos específicos acerca das águas, bem como dos recursos hídricos e, neste rol, têm-se a Conferência das Nações Unidas sobre Água em *Mar del Plata* no ano de 1977,

bem como, a Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente de Dublin em 1992 (BURCKHART, 2015). Desde então, várias foram as Conferências realizadas para tratar da temática, como a das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento no Rio em 1992, além da Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável em Joanesburgo e a Rio+10 em 2002 (BURCKHART, 2015).

Na Conferência do Rio 92, realizada em junho de 1992, foram adotadas algumas medidas como a Declaração das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Neste ínterim, há a consagração de alguns princípios: o desenvolvimento sustentável, o direito das futuras gerações, o princípio de precaução, os princípios de participação e informação, além da cooperação internacional. Nesta Conferência houve a criação da Agenda 21, que é uma agenda de trabalho que tem por finalidade enfrentar os problemas ambientais no século XXI (SILVA, 2008).

O capítulo 18 da Agenda 21 trata especificadamente da proteção dos recursos hídricos, sendo relevante apontar as seguintes áreas e programas a serem desenvolvidas pela agenda como: o desenvolvimento e manejo integrado dos recursos hídricos; a avaliação dos recursos hídricos; a proteção dos recursos hídricos; a qualidade da água e dos ecossistemas aquáticos; o abastecimento de água potável e saneamento; a água e o desenvolvimento urbano sustentável; a água para a produção de alimentos e desenvolvimento rural sustentáveis, e por fim, sobre os impactos da mudança do clima sobre os recursos hídricos (SILVA, 2008).

No ano de 2002, o Comitê das Nações Unidas para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais envidou esforços para inserir o direito à água como direito humano, conforme o comentário geral nº 15 que afirma: "O direito humano à água prevê que todos tenham água suficiente, segura, aceitável, fisicamente acessível e a preços razoáveis para usos pessoais e domésticos" (AITH; ROTHBARTH, 2015). Este enunciado incentivou os Estados e as organizações internacionais a fornecer assistência e cooperação na forma de capacitação, assim como recursos financeiros e a transferência de tecnologia, notadamente, para os países em desenvolvimento, com a finalidade de intensificar os esforços para que haja um fornecimento igualitário de água potável, limpa e disponível para todos (AITH; ROTHBARTH, 2015).

Com vista nisso, até o mês de julho do ano de 2010 não havia no plano do Direito Internacional um mecanismo específico que tratasse da água doce declarando o "acesso à água" como um direito humano, pois uma parte da doutrina declarava a existência do direito humano a um padrão de vida adequado, à saúde e à alimentação, contudo, o direito humano à água era um fundamento implícito (BRZEZINSKI, 2012).

Não obstante, neste mesmo ano a água como direito humano foi colocada em votação na 64ª reunião da Assembleia Geral da Organização Mundial das Nações Unidas (ONU, 2010), sendo que a resolução A/ RES/64/292 apontou que: "a água limpa e segura e o saneamento (como) um direito humano essencial para gozar plenamente a vida e todos os outros direitos humanos" (AITH; ROTHBARTH, 2015).

Já no âmbito do Fórum Mundial de Águas, que ocorre periodicamente, a cada três anos, desde 1997, com o escopo de discutir temas relacionados à gestão de recursos hídricos, reúnem-se representantes governamentais das organizações internacionais, de ONGs, de instituições financeiras, indústrias, cientistas, especialistas em assuntos hídricos, empresários e acadêmicos (BRASIL, 2018).

O 8º Fórum aconteceu em Brasília entre os dias 18 a 23 de março de 2018, sendo a primeira vez no Hemisfério Sul, sediada na capital do Brasil. A comissão dirigida por Torkil Jønch Clausen definiu o tema central do encontro: "Compartilhando água", que abre margem para diversas propostas, debates, avaliações sobre o assunto. Dentre os objetivos do fórum está estimular o intercâmbio de experiências entre os países para a adoção das melhores práticas políticas de gestão integrada de recursos hídricos (BRASIL, 2018). Em corroboração com o exposto, Pulido (2015, p.72) expõe que:

> [...] o dever de cumprir ou fazer efetivo o direito à água implica a adoção de políticas e medidas tendentes à satisfação desse direito. Em concreto, esse dever implica os deveres específicos de facilitar, promover e proporcionar. Facilitar supõe "iniciar atividades com o fim de fortalecer o acesso ao direito [à água] ou seu desfrute." Promover consiste em levar a cabo "ações tendentes a difundir, educar, ou capacitar à população" no que concerne ao exercício do direito à água. Por último,

> proporcionar quer dizer assegurar que o titular do direito à água tenha acesso a esse bem, em especial, quando, em princípio, por circunstâncias alheias a seu controle, não pode desfrutar do mesmo.

A violação sistemática a esse direito fundamental implica na proteção insuficiente desse bem jurídico e aduz a necessidade da adoção de políticas públicas políticas efetivas (CAMPOS, 2012). Nesta senda, o reconhecimento da proteção da água como um direito humano pode ser uma questão de existência humana para os próximos anos, que deve ser tratada com finalidade central ao se desenvolver ou elaborar as políticas públicas e as leis sejam de caráter material e processual, que se destinem tutelá-los, pois o acesso universal à água não deve ser observada como fundamental para a dignidade da pessoa humana e a sua privacidade, mas como um dos principais mecanismos para a proteção da qualidade dos recursos hídricos (FILHO; MARINHO, 2017).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitos são os desafios no Brasil para efetivação da água como um direito fundamental, pois depois de 20 anos da Lei Federal n.º 9.433/1997 (Lei das Águas) no Brasil, há inúmeras as dificuldades acerca da gestão democrática das águas, e também para a adoção de instrumentos de gestão que buscam materializá-la.

Embora exista uma normativa constitucional e legal apontando para o exercício da implementação de um sistema de gestão de águas que seja descentralizado e participativo, por meio dos comitês de bacia, e que promova a efetiva gestão com a implementação de seus instrumentos, constata-se uma verdadeira lacuna na materialização desses imperativos normativos.

Apesar de existir políticas públicas perenes, que reconhecem e instituem as legislações protetivas, para que possa garantir a qualidade da água ofertada, e uma fiscalização eficiente das normas existentes. É preciso que sejam estabelecidas de modo sistemático, sem depender das vontades pessoais, das preferências governamentais, com a finalidade de garantir a

dignidade individual e a justiça social.

Dessa maneira para que seja garantido este direto humano fundamental, não é suficiente que haja uma legislação que assegure isto em nível constitucional, nem que sejam implementadas políticas públicas referentes a estas, mas é necessário que haja uma mudança de racionalidade, que os Estados não permitam que os interesses econômicos se justaponha aos interesses sociais.

Frise-se que o cidadão possui um papel importante nesta construção, que haja uma preocupação com a causa da água, podendo assim percebê-la como um direito humano fundamental que é essencial para a sua qualidade de vida, visando assim que seja proposta ações, fiscalizações, além da participação destes nos processos decisórios da questão hídrica do Brasil, para que esse direito seja efetivado com uma visão sustentável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AITH, F. M. A.; ROTHBARTH, R. O estatuto jurídico das águas no Brasil. Estudos Avançados. **Revista Scielo**, São Paulo, v. 29, p. 163-177, 2015.

BARBOSA, E. M.; BARBOSA, Maria de Fátima Nóbrega. Direito de Águas Arranjo jurídico-institucional, política e gestão. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 49, p. 147-157, 2012.

BARLOW, Maude. Água pacto azul: a crise global da água e a batalha pelo controle da água potável no mundo. São Paulo: M. Books, 2009.

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

BRASIL. **Fórum Mundial de Águas**. Disponível em: <http://www3.ana.gov.br/portal/ANA/programas-e-projetos/forum-mundial-da-agua-1>. Acesso em 10 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.433**, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março

de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm>. Acesso em 10 de abril de 2019.

BRZEZINSKI, M. L. N. L. O Direito à Água no Direito Internacional e no Direito Brasileiro. **Confluências**, Niterói, vol. 14, p. 60-82, 2012.

BURCKHART, T. R. O direito humano à água e Justiça ambiental: Uma análise normativa do plano internacional e a Situação brasileira. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí**. nº. 44, p. 168-186, 2015.

CAMPOS, J. N. B. A evolução das políticas públicas no Nordeste. In: A Questão da Água no Nordeste. Centro de Gestão e Estudos Estratégicos. Agência Nacional de Águas. Brasília, DF: CGEE, pág. 263-287, 2012.

CAUBET, C. G. **A Água, a Lei e a Política...E o meio ambiente?** Curitiba, Editora Juruá, 2008.

DA LUZ, Josiane Paula; TURATTI, Luciana; MAZZARINO, Jane Marcia. Água - direito humano fundamental. **Revista Estudo & Debate, Lajeado**, v. 23, n. 2, 2016.

FIGUEIREDO, G. J. P. et al. **Código florestal**: 45 anos: estudos e reflexões. Curitiba: Letra da Lei, 2010.

FIORILLO, C. A. P. Águas no novo Código Civil: Lei 10.406/02. In: BENJAMIN, A. H.(Org.). **Congresso Internacional de Direito Ambiental**. Direito, água e vida. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003. V. 1.

FIORILLO, C. A. P. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRANCO, S. apud VIANA, J. Acesso à água potável poderá se tornar direito fundamental na Constituição. **Agência Senado**. (Senado Notícias). Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/02/28/acesso-a-agua-potavel-podera-se-tornar-direito-fundamental-na-constituicao>.Acesso em 10 de abril de 2019.

GOMES, U. A. F.; HELLER, L. Acesso à água proporcionado pelo Programa de Formação e Mobilização Social para Convivência com o Semiárido: Um Milhão de Cisternas Rurais: combate à seca ou ruptura da vulnerabilidade? Engenharia Sanitária e Ambiental, **Revista Scielo**,

Minas Gerais,v. 21, pág. 613-633, 2016.

MACHADO, P. A. L. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARINHO, V. L. F.; MORETTI, E. C. Os caminhos das águas: As políticas públicas ambientais e criação dos Comitês de Bacias Hidrográficas. **Geosul**, Florianópolis, v. 28, p 123-142, 2013.

PINTO, M. E.; TORCHIA, N.; MARTIN, L. **El derecho humano al agua**: particularidades de sureconocimiento, evolución y ejercicio. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008.

POMPEU, C. T. **Direito de Águas no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Direito de Águas no Brasil**. In: I Congresso Brasileiro de Direito de Águas no Brasil, I, Fortaleza, 2008. Disponívelem: <http://www.cnrh.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=1159&tmpl=component&format=raw&Itemid=>. Acesso em10 de fevereiro de 2018.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. In: **SARLET, Ingo Wolfgang**. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, J. G. **A água, "o novo petróleo", não tem substituto** (Devemos atuar para usar esse recurso de forma sensata). Suplemento Fórum Mundial da Água. Publicado Pela FAO (Nações Unidas), Março de 2018. Acesso em 18 de abril de 2019.

IS THE HDI (HUMAN DEVELOPMENT INDEX) A MEASURE OF CONSTITUTIONALITY?

EDUARDO MONTEIRO BURKLE
MIRELLE NEME BUZALAF

INTRODUCTION

Is it possible to measure the degree of human development of countries? The Human Development Index is the response of the United Nations (UN) in an attempt to classify developed, developing and underdeveloped countries.

Besides measuring the progress of countries in health, education, and income, would the HDI be able to identify a State›s commitment to its Constitution?

In this sense, through bibliographic review, the objective of this research is to correlate the constitutionalization of rights with the conception that a constitutional organization goes beyond the texts of a constitution, it is a political/legal project of power.

Thus, the existence of a constitutional culture would be captured by the HDI, in addition to the mere parity between fundamental rights and the parameters used in calculating the index, these numbers would show the impetus with which a nation succeeds in bringing them about.

HUMAN DEVELOPMENT INDEX (HDI): HISTORY AND MODEL

Since 1990, the Development Reports (RDH) are published by the UNDP (United Nations Development Program), containing the statistics of each country, with the objective of measuring the well-being of its population. Designed by economists Amartya Sen and Mahbub ul Haq, the index is composed of data from life expectancy at birth, education, and GDP (PPP) per capita (as an indicator standard of living) collected at the national level, aims to evaluate factors other than economic development.

The index ranges from zero (no human development) to one (total human development). Countries with HDI up to 0.499 have low human development, countries with between 0.500 and 0.799 are considered to be of medium human development and countries with HDI above 0.800 have high human development.

It is necessary, however, to treat under what concept of development the calculation of the HDI works. Certainly, it was necessary to prioritize certain segments to the detriment of others, allowing the calculation to obtain a clear methodology whose use could be disseminated.

For these reasons, the Reports focus on the four capacities: long and healthy life, knowledge, access to the resources needed for a decent standard of living and participation in community life (VEIGA, 2010, p. 86)

During the second half of the twentieth century, social development theorists such as Norbert Elias (1999, p. 159) debated how to clearly define practical problems regarding a shared vision of development. Thus, even though there are a myriad of theories about human development and several – often complementary – paths towards achieving this end, it is true that the periodicity and reliability of the data brought by UNDP in both the Human Development Reports (HDRs) and in other publications of the organ, allow a concrete and constant reading and interpretation of the development process of nations throughout history.

According to the UNDP, based on the measurement of health, education and income pillars, there are equal weights, not one that is more important than others, the HDI serves to compare countries (and political projects) and public policies.

Obviously, this HDR / HDI system is not immune to criticism:

> When confronting the proposals of the HDRs with what is detected in the sociological investigations about some countries of Latin America, it is clear that the factors blocking human development are much deeper than those indicated in the documents that seem to suppose that formulate an agenda of solutions to the many problems of income poverty and the inadequacy of skills and abilities, would be an extraordinary step of a long way. There is no doubt that it would indeed be. However, the documents operate as problem simplifiers20 in the face of the difficulties of going beyond prescriptions for some of the ills that are much larger than formulators of the HDRs can politically bring to the surface. (REZENDE, 2016, p. 501) (author's translation)

The periodicity of the measurement allows the analysis of the advances/setbacks of the countries over time (and the mandates), serving as an important material for the media. The ranking of positions in the ranking of countries can serve to increase the popularity of a government, for example.

One of the great merits of the HDI is the adoption of a development concept that goes beyond the prospecting only of data on the economic performance of each country. That is, the calculus seeks to convey a broader notion of development, even addressing economic growth, but also concerned with the destinies of that wealth produced as social advancement.

> It is now almost universally accepted that a country's success or an individual's well-being cannot be evaluated by money alone. Income is, of course, crucial: without resources, any progress is difficult. Yet we must also gauge whether people can lead long and healthy lives, whether they have the opportunity to be educated and whether they are free to use their knowledge and talents to shape their own destinies (UNDP: RDH, 2010, p. 4)

This even allows a country where income is relatively low, but that effort is made to ensure broad public health care and satisfactory health and education services, for example, to be well evaluated, since there is a good quality of life for the population. This is because the rewards of human development also include their influence on people's productive abilities and thus on economic growth on a broadly shared basis. (SEN, 2010, p. 191)

Human development means, above all, the possibility of generating social opportunities understood not only as equal opportunities but also as equal capacities. (REZENDE, 2014, p. 8)

RELATING THE HDI WITH THE DIRECTIVE CONSTITUTION OF CANOTILHO: THE ROLE OF POLITICS AND LAW

Considering the elements that compose the HDI calculation and the address of Fundamental Rights and the principles in the Federal Constitution, it is possible to establish a relationship between both – HDI and Constitution – even considering the programmatic nature of our Magna Carta.

This argumentation is very exemplified by the concept of a directive constitution present in Canotilho as the constitution has the function of proposing a national program and a plan for the realization of society. The fundamental law has the function of guaranteeing the legal principles or rules of the established society while problematizing the tendency of fundamental laws to (1) transform themselves into legal statutes of the state and of society; (2) assume the norm (guarantee) and task (direction) of the political-social process. (CANOTILHO, 1994, p. 169-170)

The proposed Constitution of the Portuguese Constitutionalist José Joaquim Gomes Canotilho operates a reconstruction of the Constitution Theory by means of a Theory Material of the Constitution (or social theory).

By stating the intention of the Constitution to confirm the political and intentionally put a current driving force in Constitucional law, it seeks to rationalize politics, incorporating a materially legitimating dimension,

and through this process establishing a constitutional basis for politics. (BERCOVICI, 2004, p. 11)

> For the Theory of the Directive Constitution, the Constitution is not only the existing program but also a program for the future. By providing lines of action for politics, without replacing it, highlights the interdependence between State and society: the Directive Constitution is a State and social constitution. In essence, the concept of the Directive Constitution for Canotilho is linked to the defense of the change of reality by the right. The meaning and purpose of the Directive Constitution are to give legal force and substrate for social change. The Managing Constitution is a program of action to change the company. (BERCOVICI, 2004, p. 11-12) (author's translation)

Much is discussed if the survival of this term is discussed, even by the author himself, however, when placed in the Brazilian context it is true that it fits the untapped potential of constitutionalism, as it is an incomplete nation still in search of a national strategy of development and has not yet succeeded in rebuilding and renewing a developmental state. (BRESSER-PEREIRA, 2016, p. 413)

In this sense Streck:

> It is in this context, therefore, that I understand the law: as a driver of qualitative and quantitative social transformations, a characteristic that exits from the normative resurgent of the Democratic State of Right. There is a set of social advances, a fruit of pressures of social movements, that has received the legal seal, from the jurisprudence of the courts and of legislation emanating from the Legislative Power. (STRECK, 2014, p. 105) (Author's Translation)

The role of the Law is to create an environment of stability and security (legal) for the flowering of the right (s) is clear, as well as to enable mechanisms/procedures that support participatory democracy.

In this sense, the judiciary must also work towards the implementation

of the Constitution, the juridical/political pact to which it is linked.

However, it is certain that the functioning of democracy and politics is not only due to the Rule of Law, that is, it is not the law that allows the existence of politics, but the law that legitimizes it, and for this reason, they are allied in the defense/democracy and fundamental rights.

In this sense, the use of Law as a panacea ends up masking the lack of contact between the power emanated by the people and realpolitik. Often an ideology is adopted in which the judiciary is seen as a shortcut to the will of the people since it would be able to receive its will, or else, that the will of the judiciary (or a judge) would be analogous to that of the people.

This incapacity of the legislative can be analyzed by the current crisis of representativeness of politics, that is, despite the fact that there are periodic elections and freedom of party organization, forms of participation in politics are ineffective, in expression and quantity, to actually represent the people, which – ultimately – does not convert their will (s) into effective power.

The growth and qualitative change of the tasks of the State requires an improved legitimation for its effectiveness. Also, the more law is taken as a means of political regulation and social structuring, the greater is the weight of the legitimacy of its democratic genesis. (HABERMAS, 1997, p. 171)

The possibilities of using the Law as a development factor should be discussed not only in terms of their internal crises (such as judicial activism) but also in their relation to the replacement of the political clash with the courts. By the consideration that politics is founded – and made possible – by law when the opposite is true. Even because legal (allegedly technical) discourse is often used in a contradictory/exceptional way by its operators.

Such a relationship, often paradoxical, must also be seen from the standpoint of Constitutionalism. The limits imposed by the Constitution make it impossible, in theory, to attack democracy or fundamental guarantees. There is, therefore, a link between legal conditions and political conditions in the legitimate exercise of power. (FERRAJOLI, 2015, p. 47)

The effectiveness of the Constitution is not related to the phenomena of interpretative limits of the law, such as activism and judicialization

of politics (which surrender to solipsism) but to a change in power organizations with their due social impulses that, break with the traditional vertical political organization.

Even because the struggle for the realization of constitutional impositions is set in the way of a continuous struggle that takes place both juridically and politically. The implementation of constitutional impositions on the legal level is an ongoing process, while at the political level it is a «democratic struggle every day renewed. (CANOTILHO, 2001, p. 408)

MEASURING CONSTITUTIONS

It is already clear to us that the constitution can represent a political and juridical pact whose fulfillment can be related to the indices that compose the calculation, that is to say, there is parity between the factors that influence the formation of the HDI of a country and the fundamental rights and the principles most commonly found in the constitutional text.

The tripod health, education and income are literally presented in the Constitution. In this sense, it is obvious that the force with which these rights are enforced in the reality of a country will have consequences in the calculation of its HDI.

But the measure of constitutionality that we are discussing here is intended to go a little further. After all, when it comes to the effectiveness of the text – and the proposal – constitutional, there must be a common goal in society/judiciary so that the Constitution not only exists but is fulfilled.

Roberto Gargarella treats of this:

> Nevertheless, by "constitutional organization" means more than just the constitutional debates and the constitutional text. Constitutional documents represent a fundamental but not exclusive part of the enterprise of organizing the "basic structure" of society. This structure includes the most important institutions of society – those in charge

> of distributing the fundamental rights and duties and dividing the advantages that derive from social cooperation. The constitution plays a particularly important role in the organization of this basic structure: it expresses philosophical assumptions and the political aspirations of this enterprise. It also tells us about the costs that society is prepared to pay in order to ensure these goals. (GARGARELLA, 2010, p. 2)

The will to constitute an essential element to grant the Constitution its normative force, considering its role of imposing tasks and being aided by a commitment mainly by the responsible for the constitutional order. (HESSE, 2009, p. 132)

This need for commitment, capable of generating a culture of respect for the constitutional project, is capable of being measured by the HDI, after all, although most of the constitutions bring in their text elements that seek to protect/provide health, education, and income, in a few cases this counterpart in reality.

Thus, the Norwegian case, a constant presence at the top of the HDI list, has the earliest written constitution in Europe. It is true that the long text of 1814 maturated and emanated by society and was treated as a national project, so the success of this «constitutional organization» can be perceived by the HDI.

In Norway, there was a successful policy of reducing social inequalities and a good relationship between economic and social rights. In addition, the intention of the constitution has been put into practice, and this, we must remember, is a political project. (CAMARGO, 2016)

Brazil is another interesting case for this approach, since the current Constitution is born only two years before the beginning of the calculation of the HDI, so throughout the life of the 1988 Constitution it is possible to establish that the constitutionalization of the social projects with the goal of human development presented efforts captured by the HDI.

No wonder, from 1990 to 2013 the Brazilian HDI grew 24% (UNDP: RDH, 2013). The current scenario, however, is worrying, but it does not fail to demonstrate how the HDI can represent the current economic/institutional crisis experienced by the country. In 79th place (UNDP: RDH,

2016) Brazil, for the first time since 2010, was ranked in the ranking of human development, much of it due to the country's economic situation and the aggressive performance of market interests over politics and law.

In a way, it rejects the policy and if it has like subaltern to the economy. This movement can explain the current crisis of legitimacy and representativeness of the judiciary and executive branch, which publishes frankly antisocial laws. (VALIM, 2017, p. 27)

The neoliberal discourse is very much based on a pretense technicity in which the pseudo-scientific facet of the Law is adequate, or the capacity of «management» in the political field, demonstrating the capacity of the technocratic conscience that justifies the partial interest of domination of a certain class and represses the emancipation needs of another class. (HABERMAS, 2014, 117)

> The task of critical analysis is to discern the hidden political process that sustains all these 'non' or 'pre'-political relationships. In human society, the political is the encompassing structuring principle, so that every neutralization of some partial content as 'nonpolitical' is a political gesture par excellence. (ZIZEK, 2005, p. 125)

Political action, legal decisions, and new legislation should not ignore the economic effects and their performance without, however, submitting to their whims, yielding their sovereignty.

There is a need for great legitimacy of the elective bodies, as well as great respect by the judiciary for the Constitution (its political / juridical pact) so that there is a public and political government of the economy making possible the management of economic and social life and a space for the flourishing of the pluralities of the man and the satisfaction of their needs.

With reference to Latin America, it can be observed that in the last decades their countries have adopted relatively robust Constitutions on social issues and the advancement of the interests of minorities. The practice of this Constitutionalism allowed changes, although it tended to block actions aimed at putting in motion the initiatives of popular empowerment.

As Roberto Gargarella says:

> By acting this way, legal reformists maintained closed the "doors of the engine room" of the Constitution: the core of the democratic machinery was not changed, the engine of the Constitution did not become the main object of their attention, as if their mission concludes with their work on the rights section; as if the main controls could only be touched by the closer allies of those in power. (GARGARELLA, 2013, p. 185-186)

In this sense, it is observed that there is a need not only for the matching between the fundamental rights present in the constitution with those measured by the HDI but for a real development project that goes beyond the realization of these rights, under a popular conscience of a constitutional culture.

That is to say, there is a clear limitation of the effectiveness of social rights without effective political participation, to a certain extent channeled by the Law, which is capable of establishing the promises of the Constitution as a political objective to be achieved.

In this way, the promotion of social reforms, through the constitutional way, is not effective without access to the " Engine Room" of a Constitution. There is a need for a "cross-reforms" that allows for changes in power organizations to then achieve substantive changes in fundamental rights. (GARGARELLA, 2013, p. 186)

FINAL CONSIDERATIONS

The HDI is a powerful instrument capable of measuring the development of a country as its history unfolds, demonstrating how it advances in different forms of government and economic and cultural contexts.

Therefore, considering this important periodicity and reliability of the index, it has been correlated in what way it can measure not only the existence of fundamental rights in the domestic systems, coupled with the

idea of the development of the HDI, but if they undertake a constitutional organization that has the realization of such rights as a common objective.

It is necessary to keep in mind an amplified vision in the Constitution and to give due importance to this political and juridical pact, so, at least in the Brazilian context, considering the programmatic norms of the 1988 Constitution, it is advisable to adopt the directive constitution.

This notion relies upon the importance of a legal plan that anticipates the desires of a developing society and that must be in tune with a political action that uses this constitutional presupposition as a lever in the pursuit human development.

Given this problematic, such research is justified from the analysis of the correlation of the constitutionalization of rights with the conception that a constitutional organization goes beyond the texts of a Constitution; it is a political/legal project of power.

Thus, the existence of a constitutional culture would be captured by the HDI, in addition to the mere parity between fundamental rights and the parameters used in calculating the index, these figures would show the impetus with which a nation manages to affect them.

There is a relationship between the Constitution, Economy, and Development, and examining the question of the effectiveness between these border areas, as well as considering the existence of an organized political will and a robust Constitution allows this constitutional culture to flourish, allowing a constant development as a "way of life" of a nation.

Thus, the HDI can measure how crystallized this plan is in each state, how economic, political, and social forces are engaged in the pursuit of the effectiveness of its primary document, the constitution.

It implies the index, in a certain perspective, can be used to observe not only how fundamental rights are present in a nation, especially those related to education, health, and income, but also how alive is in the political and legal reality are compromised in the Constitution effectiveness.

REFERENCES

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. Lua Nova: revista de cultura e política, São Paulo, n. 61, 2004.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A Construção Política do Brasil: sociedade, economia e estado desde a independência. 3ª ed. Editora 34: São Paulo, 2016.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. Reino da Noruega: a economia e os direitos fundamentais na constituição escrita européia mais antiga. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 69, pp. 635 - 656, jul./dez., 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

———— . Constituição dirigente e vinculação do legislador. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ELIAS, Norbert. Introdução à sociologia. Lisboa: Edições 70, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. A Democracia através dos Direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GARGARELLA, Roberto. The Legal Fundations of Inequality: constitucionalism in the américas, 1776-1860. New York: Cambridge University Press, 2010.

————. Latin American Constitutionalism 1810-2010: the engine room of the constitution. New York: Oxford University Press, 2013.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, vol. 1 e 2. 1997.

———— . Técnica e Ciência como "Ideologia". São Paulo: Editora Unesp, 2014

HESSE, Konrad. Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). RELATÓRIO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO (RDH-PNUD). Relatório de Desenvolvimento Humano: a verdadei-

ra riqueza das nações. Caminhos para o desenvolvimento humano 2010. Disponível em: <http://www.pnud.org/en/reports/global/hdr2010/download/pt.> Acessado em: 30 Out. 2017.

———— . Relatório de Desenvolvimento Humano: a ascensão do sul. Progresso humano num mundo diversificado 2013. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/relatorios-de-desenvolvimento-humano/rdhs-globais.html>. Acessado em: 30 Out. 2017.

———— . Relatório de Desenvolvimento Humano: a ascensão do sul. Desenvolvimento humano para todos 2016. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/relatorios-de-desenvolvimento-humano/rdhs-globais.html>. Acessado em: 30 Out. 2017.

REZENDE, Maria José de. O desenvolvimento humano em contextos específicos: as propostas dos Relatórios de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e os desafios postos pelos estudos sobre a América Latina. Revista Sociedade e Estado – Volume 31 Número 2 Maio/Agosto 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VALIM, Rafael. Estado de Exceção: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017

VEIGA, José Eli da. Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2010

ZIZEK, Slavoj. Against Humans Rights. New Left Review, London, v. 34, p. 115-131, Jul/Aug, 2005.

EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DA CAPACIDADE POLÍTICA ATIVA SOB A ÓTICA DO SISTEMA ELEITORAL INTERNACIONAL

GABRIEL VIEIRA TERENZI

1. INTRODUÇÃO

Entende-se por direitos políticos o ramo jurídico formado pelo conjunto de direitos que garantem, restringem e regulamentam ao cidadão a soberania popular, manifestada pela participação no processo político.

Nos parece acurada a definição de serem estes direitos:

> "o conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular, conforme preleciona o caput do art. 14 da Constituição Federal. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no status *activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania" (MORAES, 2017, p. 187).

Ainda pode-se determinar que os direitos que compõem tal ramo "expressam os direitos da nacionalidade e os de participação política, que se sintetizam no direito de votar e ser votado" (BARROSO, 2010, p. 209). Finalmente, cite-se o Mestre: "Expoentes da primeira geração de direitos, em que sobressai a liberdade, figuram os direitos políticos nas principais declarações de direitos humanos, sendo consagrados já nas primeiras delas" (GOMES, 2017, p. 33).

Conquanto o gozo dos direitos políticos é unitário – ou se goza destes, ou não – o seu exercício se materializa em diferentes capacidades.

Denomina-se capacidade eleitoral passiva aquela relativa à possibilidade de ser votado em um determinado sufrágio. Por sua vez, a capacidade eleitoral ativa é exercida por aquele que vota.

Por conseguinte, podem-se estabelecer diferentes critérios para que se exerçam os direitos políticos em diferentes capacidades. Assim, muito embora um cidadão possa, em tese, satisfazer critérios que o tornem um eleitor, não necessariamente este terá adimplidas condições de elegibilidade, e vice e versa.

Em nosso atual ordenamento jurídico, tais limitações, denominadas direitos políticos negativos, são estabelecidas pela própria Constituição Federal, ou por intermédio de Lei Complementar. Ademais, sendo os direitos políticos direitos humanos de primeira geração, tomam parte em um procedimento de evolução histórica. Tal é denotado pela análise do Eminente Ministro Luís Roberto Barroso:

> Na primeira geração encontram-se os direitos individuais, que traçam a esfera de proteção das pessoas contra o poder do Estado, e os direitos políticos, que expressam os direitos da nacionalidade e os de participação política, que se sintetizam no direito de votar e ser votado (BARROSO, 2010, p. 209).

Assim, atualmente balizam-se seus critérios de regulação pela sistemática internacional protetiva aos direitos fundamentais. Todavia, os valores contemporâneos que hoje podem ser tidos como unânimes e indispensáveis, nem sempre assim foram considerados. Ao se analisar a evolução constitucional do ramo, pode-se perceber a trajetória que os direitos políticos traçaram em nossa história jurídica, bem como se verificar a influência que cada período jurídico pautou ao tema, a partir de que critérios foram utilizados para garantir ou restringir o exercício da capacidade eleitoral ativa – do voto.

2. DESENVOLVIMENTO

A seguir, tratar-se-á das disposições relativas ao exercício da capacidade eleitoral ativa em cada Constituição nacional, em especial dos critérios utilizados por cada instrumento para conferir a condição de eleitor, bem como a relação entre tais critérios e a Declaração Universal e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

2.1 CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL, DE 25 DE MARÇO DE 1824

Obviamente, por se tratar de uma Constituição outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, as disposições eleitorais da carta se referem majoritariamente ao Poder Legislativo, visto ser o Executivo concentrado na figura imperial.

O próprio texto constitucional determina que "o Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado" (artigo 102) e que "haverá em cada Provincia um Presidente, nomeado pelo Imperador, que o poderá remover, quando entender, que assim convem ao bom serviço do Estado" (artigo 165).

Tais disposições traduzem-se em modelo típico da idade moderna, uma vez que, embora não possua o príncipe poderes absolutos, há ainda grande concentração de atribuições em sua figura, bem como uma possibilidade indubitavelmente maior deste interferir nos demais poderes.

Em relação ao exercício da capacidade eleitoral ativa, determina a Carta:

> Art. 90. As nomeações dos Deputados, e Senadores para a Assembléa Geral, e dos Membros dos Conselhos Geraes das Provincias, serão feitas por Eleições indirectas, elegendo a massa dos Cidadãos activos em Assembléas Parochiaes os Eleitores de Provincia, e estes os Representantes da Nação, e Provincia.

Traduz-se, portanto, a democracia do período, em uma representação indireta. O grosso eleitoral era composto pelos cidadãos que elegiam, por

meio das assembleias paroquiais os Eleitores de Província, os quais, por sua vez, elegiam os deputados e senadores que iriam compor a Assembleia Geral, composta pela Câmara e pelo Senado.

A fim de poder exercer o voto na Assembleia Paroquial, era necessário que o eleitor fosse homem, maior de vinte e cinco anos (com exceção dos homens casados, dos clérigos, oficiais militares a partir da idade de vinte e um anos e bacharéis formados, que podiam votar mesmo se ainda não atingido tal critério etário) – artigo 92, I.

Também estavam excluídos da capacidade eleitoral ativa os filhos menores dependentes economicamente dos pais, com exceção daqueles funcionários públicos; religiosos enclausurados; e o cidadão que não pudesse comprovar uma renda mínima anual de cem mil réis proveniente de emprego, comércio, indústria ou propriedade de terras – artigo 92, II, IV e V.

Finalmente excluía-se ainda da possibilidade de exercer o voto neste primeiro patamar eleitoral os: "criados de servir, em cuja classe não entram os Guardalivros, e primeiros caixeiros das casas de commercio, os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas ruraes, e fabricas" (artigo 92, III).

Traduz-se, portanto, que não poderiam os empregados domésticos, com exceção dos encarregados de escrituração; os criados da Corte e os responsáveis pela administração dos engenhos e de fábricas, exercer o voto.

Os Eleitores de Província, responsáveis pelo exercício indireto do voto, por sua vez, além dos prévios requisitos, necessitavam possuir renda superior a duzentos mil réis, não ser escravo liberto nem condenado ou mesmo investigado em processo judicial, segundo a inteligência do artigo 93 e seguintes da Carta de 1824.

Ao se analisar os parâmetros que autorizavam a concessão do direito político ao sufrágio, pode-se verificar que, diferentemente do que ocorre em nosso ordenamento jurídico atual, o voto era indireto, particularizado (não universal, uma vez que excluídas as mulheres), e restringido por critérios econômicos e profissionais. De outro modo, o critério etário contemporâneo também era utilizado à época, embora mitigado.

Por óbvio, as condições estabelecidas, em análise comparativa com os critérios atuais autorizadores de regulação política encontram-se totalmente incompatíveis.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 21, item 3, determina:

> A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos: e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto.

Para além da incompatibilidade em relação ao fato de ser o voto, à época, indireto e particularizado, o conceito de honestidade da eleição previsto pela Declaração não se vê atendido já que, em razão de tais rígidos critérios, uma parcela absurdamente minoritária da população exercia a participação política. Não se pode cogitar um sufrágio *honesto* no sentido de fidedigno tradutor da vontade popular, se tal vontade refletir a parcela minoritária da população.

Já a Convenção Americana, quanto ao tema, reza em seu artigo 23:

> 1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:
> a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;
> b. de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e
> c. de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.
> 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.

Para além das incompatibilidades já mencionadas com a Declaração, manifesta a inconvencionalidade entre a regulação do exercício da capacidade eleitoral pelos critérios econômicos, profissionais, e pela mera condição de investigado em processo judicial.

2.2 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, DE 24 DE FEVEREIRO DE 1891

A Constituição, cujo contexto é o de pós-proclamação da república, com a tradução de interesses oligárquicos, estabelecia em seu artigo 70, como eleitores, "os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei". Por oportuno, o artigo 69 da Carta conceitua aqueles tidos como cidadãos.

Assim, embora tenha permanecido o critério etário como condicionante ao voto, o que, alias, subsiste em nosso ordenamento atual, a idade diminui de vinte e cinco para vinte e um anos. Surge também o conceito do alistamento eleitoral, como procedimento jurídico-administrativo que garante a condição de eleitor.

A maior evolução em relação à Carta Imperial sem dúvida alguma é a constituição do voto direto. Em relação ao Poder legislativo, reza o artigo 28: "A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo eleitos pelos Estados e pelo Distrito Federal, mediante o sufrágio direto, garantida a representação da minoria". Os Senadores, segundo o artigo 30, são eleitos do mesmo modo que os Deputados Federais.

Já em relação ao Poder Executivo, o voto direto, embora instituído, é mitigado pela regra de que, se nenhum dos votados houver alcançado maioria absoluta, o Congresso elegerá, por maioria dos votos, um, dentre os que tiverem alcançado as duas votações mais elevadas na eleição direta. (artigo 47, § 2º).

No que concerne às vedações à capacidade eleitoral ativa, tem-se que não podem exercer o voto:

> 1º) os mendigos;
> 2º) os analfabetos;
> 3º) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior;
> 4º) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual.

Conquanto tenha-se dirimido a brutalidade do critério econômico como condicionante ao voto, uma vez que não mais definido um valor rentista a ser aferido para que se pudesse ser eleitor, continua tal condição vigente, sob a ótica de que o mendigo não podia exercer o voto. Obviamente, tal parâmetro não encontra guarida em nossa atual sistemática, denotando caráter elitista da época.

Por sua vez, a vedação ao sufrágio estendida ao analfabeto pode, em tese, ser compatibilizada com a disposição da CADH pela qual a instrução pode regular exercício dos direitos políticos. Por óbvio, na visão do presente autor, tal interpretação da Convenção já se encontra descompassada, afinal, pelo princípio da *odiosa restringenda favorabilia amplianda* deve o direito fundamental (como os políticos) sofrer a menor restrição possível, Tal é a situação atual, em que a instrução somente se vê necessária como condição de elegibilidade e não de alistabilidade.

Em relação à vedação ao voto dos militares (com exceção dos aspirantes ao oficialato), tal se perpetua atualmente, tendo previsão constitucional. Não se sabe a razão pela qual optou o constituinte em limitar a tal classe os direitos políticos. Segundo José Rubens Rezek "duas linhas de raciocínio puderam ser identificadas, ora atribuindo a causa da proibição à neutralidade que deve imperar nos quartéis, ora ao caráter de exclusividade do serviço militar" (REZEK, 2009).

Finalmente, quanto à vedação aos religiosos, mantida na passagem da primeira para a segunda de nossas Constituições pátrias, o novo constituinte optou por, ao menos, apresentar uma justificativa quanto à sua incidência, atrelada à autenticidade do pleito, ou seja, ao livre exercício da intenção eleitoral.

2.3 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, DE 16 DE JULHO DE 1934

Estabelece a referida Lei Maior, em seu artigo 108, os eleitores como "os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei".

Grande avanço se dá com a constituição do voto universal, incluindo o sexo feminino. Ademais, há que se pontuar a diminuição do critério etário já existente.

Já o parágrafo único do mesmo artigo traz as causas impeditivas ao voto, reprodução quase que integral da Constituição interior:

> a) os que não saibam ler e escrever;
> b) as praças-de-pré, salvo os sargentos, do Exército e da Armada e das forças auxiliares do Exército, bem como os alunos das escolas militares de ensino superior e os aspirantes a oficial;
> c) os mendigos;
> d) os que estiverem, temporária ou definitivamente, privados dos direitos políticos.

Tais impedimentos já foram abordados por ocasião do item anterior, foram mantidos os critérios de instrução (que como visto, pode ser considerado compatível com a sistemática internacionaç, porém descompassado), condição de militar (aparentemente, não compatível), e condição econômico-militar (completamente incompatível).

Interessante o apontamento de que, embora as Constituições anteriores já houvessem previsto a possibilidade da suspensão de direitos políticos, a Carta em tela optou por atrelar a situação daqueles que se veem privados do ramo jurídico à impossibilidade do exercício da capacidade eleitoral ativa.

Traz-se, também, a flexibilização quanto à obrigatoriedade do voto, por meio do artigo 109, o qual determina: "O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar".

2.4 CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937

A quarta Constituição definiam como eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de dezoito anos, que se alistarem na forma da lei, segundo o artigo 117. Posteriormente, a Lei Constitucional nº 9, datada de 1945, acrescentou à norma a expressão "e estiverem no gozo dos direitos políticos".

Não houveram, como se percebe, alterações significativas quanto aos critérios de alistabilidade. Por sua vez, o parágrafo único de tal artigo traduzia a vedação ao alistamento, sendo esta estendida aos:

> a) os analfabetos;
> b) os militares em serviço ativo;
> c) os mendigos;
> d) os que estiverem privados, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos.

A mesma Lei que altera o caput, acaba por manter apenas a determinação de que "os militares em serviço ativo, salvo os oficiais, não podem ser eleitores"; mantidos, como visto, os critérios anteriores a fim do exercício da capacidade eleitoral ativa.

2.5 CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, DE 18 DE SETEMBRO DE 1946

O artigo 131 da mencionada Lei Maior reproduz integralmente o entendimento de que são eleitores os brasileiros maiores de dezoito anos que se alistarem na forma da lei.

O seguinte dispositivo constitucional, todavia, inova as causas impeditivas ao voto, uma vez que, além de prever a vedação aos analfabetos e aos privados de direitos políticos, reza não poderem ser eleitores os que não saibam exprimir-se na língua nacional.

Interessante o paralelo com a atual situação jurídico-eleitoral, na qual a Constituição de 1988 determina, no bojo de seu artigo 15, a suspensão dos direitos políticos do absolutamente incapaz. Com a nova sistemática advinda do Estatuto da Pessoa com Deficiência, tem-se o absolutamente incapaz apenas o menor de 16 anos.

Assim, aquele que, por consequência de deficiência, se vê incapaz de exprimir sua própria vontade, apesar de ser tido atualmente como (apenas) relativamente incapaz, não pode, na prática, exercer a capacidade eleitoral, visto não ser possível, nem mesmo com o auxílio de terceiro, externar seu voto. Porém, pelo regramento constitucional, este continuaria exercendo tal ramo jurídico. Tal situação é manifesta incongruência de nosso atual sistema eleitoral.

Por sua vez, a disposição da Constituição de 1946 veda o voto àquele que não capaz de se exprimir na língua nacional, o que pode ser tido como, atualmente, completamente inconvencional aos tratados internacionais, já que diversas as possibilidades de inclusão daqueles relativamente incapazes.

Tal Carta reproduz o entendimento mitigado em relação à eleição direta do poder executivo, prevista pela Constituição de 1891, nos termos:

> Art. 81. O Presidente da República será eleito, em todo o País, cento e vinte dias antes do têrmo do período presidencial, por maioria absoluta de votos, excluídos, para a apuração desta, os em branco e os nulos.
> § 1º Não se verificando a maioria absoluta, o Congresso Nacional, dentro de quinze dias após haver recebido a respectiva comunicação do Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, reunir-se-á em sessão pública para se manifestar sôbre o candidato mais votado, que será considerado eleito se, em escrutínio secreto, obtiver metade mais um dos votos dos seus membros.
> § 2º Se não ocorrer a maioria absoluta referida no parágrafo anterior renovar-se-á até 30 (trinta) dias depois, a eleição em todo o País, à qual concorrerão os dois candidatos mais votados, cujos registros estarão automàticamente revalidados.

Pontue-se, ademais, que a princípio o caput do artigo 81 não previa a necessidade da maioria absoluta para a eleição do Presidente, a qual somente se institui por meio da Emenda Constitucional nº 9, datada de 1964. Tal situação, *a priori*, não possui incompatibilidade com a sistemática internacional no que diz respeito aos direitos políticos. Todavia, com a evolução histórica do ramo, entende-se, como um melhor modo de atender ao princípio da autenticidade do voto, a eleição pela maioria absoluta, que contribui a uma mais fidedigna tradução da vontade popular.

2.6 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, DE 24 DE JANEIRO DE 1967

A Constituição do período de Ditadura Civil-Militar mantém, na redação do artigo 142, como eleitores os maiores de dezoito anos, alistados na forma da lei. Também resguarda analiticamente a previsão da alistabilidade dos militares desde que "oficiais, aspirantes-a-oficiais, guardas-marinha, subtenentes, ou suboficlais, sargentos ou alunos das escolas militares de ensino superior para formação de oficiais".

Por sua vez, o § 3º do artigo em tela reproduz integralmente as vedações ao exercício da capacidade eleitoral ativa dispensada aos analfabetos; aqueles que não sabem se exprimir em língua nacional e aos privados de direitos políticos.

Retrocede-se, como esperado em um Estado de Exceção, em relação a já mencionada tradução da vontade popular, no que diz respeito ao voto indireto. Determina o artigo 76 da Carta ser o Presidente eleito pelo sufrágio de um Colégio Eleitoral, composto pelos membros do Congresso Nacional e de Delegados indicados pelas Assembleias Legislativas dos Estados, em sessão, pública e mediante votação nominal.

2.7 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, DE 5 DE OUTUBRO DE 1988

A Constituição Cidadã, quanto ao tema, inova desde a exteriorização expressa no texto de outras formas de exercício dos direitos políticos ativos, quais sejam o plebiscito; referendo e a iniciativa popular, previstos pelo artigo 14.

Para o § 1º do dispositivo, o alistamento eleitoral e o voto são:

> I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;
> II - facultativos para:
> a) os analfabetos;
> b) os maiores de setenta anos;
> c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Desse modo, os critérios dispensados à caracterização de eleitores em nossa atual sistemática são bastante mais favoráveis aos direitos fundamentais, em conformidade maior com os instrumentos internacionais. Em relação ao critério etário, o mesmo passa por redução, a fim de que se inclua a concessão da capacidade eleitoral aos maiores de dezesseis anos.

Já no que diz respeito aos impedimentos à aquisição de tal capacidade, determina a Carta, em seu § 2º, que não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

Assim, mantém-se a vedação ao voto dos militares não ocupantes de funções de comando, ou seja, aqueles sujeitos à hierarquia de comando, como já anteriormente adiantado. Por outro lado, a vedação ao alistamento do estrangeiro é compatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Inovação extremamente sadia, para não dizer atrasada, vem com o silêncio eloquente concedente de capacidade eleitoral aos analfabetos e aqueles incapazes de exprimir-se em língua nacional. Ou seja, em atendimento ainda mais benéfico aos mandamentos da Convenção Americana autorizadores de regulação dos direitos políticos proveniente de instrução e capacidade civil (o que, como se viu, deve atender à limitação menos abrangente, já que relacionada a direito fundamental).

Outra diligência atinente a matéria é a proteção cuidadosa estendida ao tema quando da previsão no artigo 60, § 4º, da Constituição, o qual trata de cláusulas pétreas, ou seja, não passíveis de deliberação por emenda tendente a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico. Como já visto, tais mandamento encontram-se alinhados com as disposições internacionais do ramo.

3. CONCLUSÕES

Pode-se perceber, ao passear pela história jurídico-constitucional pátria, a relevância conferida ao ramo dos direitos políticos, bem como a evolução dos critérios utilizados pelo Constituinte como condicionantes ao alistamento e ao exercício do voto. Pode-se também verificar a transposição dos valores momentâneos de cada era político-social aos respectivos textos de nossas Leis Maiores.

A restrição ao exercício eleitoral ativo, quase total no início de nossa trajetória constituinte, abrange hoje uma parcela efetivamente minoritária da população a qual é negado o direito político ao sufrágio. A paulatina concessão da universalidade do voto, bem como a erradicação de causas impeditivas totalmente descabidas fundadas em critérios incompatíveis com os Direitos Humanos traduzem uma inegável evolução do tratamento e importância dispensada ao exercício da soberania popular.

Quanto ao Sistema Eleitoral Internacional, pela própria natureza de construto do ramo dos Direitos Humanos, o qual, segundo Bobbio, é fruto do processo de evolução histórica, o mesmo sem dúvida influencia, com o decorrer do tempo as disposições pátrias.

Os princípios internacionais atinentes ao exercício da capacidade eleitoral ativa encontram-se muito mais adimplidos segundo nossa atual sistemática do que se encontravam quando da vigência das Cartas anteriores. Tal evolução inclusive remonta a incidência de um poder constituinte supranacional, influenciando a materialização de normas constitucionais compatíveis com os tratados internacionais, inclusive no que dizem, estes, respeito aos direitos políticos.

Todavia, não se deve afastar os olhos também dos momentos de retrocesso, como abordado no texto. A vedação ao retrocesso, a compatibilidade das disposições normativas internas com a avançada sistemática internacional e a manutenção da maior abrangência possível quanto ao exercício do voto como um instrumento de sufrágio autêntico são constantes garantidoras do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus. Rio de Janeiro, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

REZEK, José Rubens. A proibição de alistamento eleitoral dos conscritos e o princípio da plenitude do gozo dos direitos políticos. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2484, 20 abr. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14720>. Acesso em: 5 fev. 2019.

LAICIDADE E RELIGIÃO: DESENCONTROS NA DISCUSSÃO DA ADPF 442

GIULIA MADEIRA

INTRODUÇÃO

Em meados de agosto de 2018 ocorreu, no Supremo Tribunal Federal, uma audiência pública para que a sociedade civil organizada pudesse expor argumentos contrários e favoráveis à Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pelo ANIS - Instituto de Bioética. A ADPF propõe o não acolhimento, por parte da Constituição Federal de 1988, dos artigos do Código Penal que criminalizam a interrupção voluntária da gravidez.

A audiência pública realizada traz à tona não só a discussão acerca dos problemas gerados pela criminalização da interrupção voluntária da gravidez mas também a necessidade de compreender e aprimorar a noção de laicidade construída ao longo da história no Brasil. Essa discussão é suscitada porque durante a audiência pública foram notórias a presença de instituições declaradamente religiosas, como a Conferência Nacional do Bispos do Brasil, e a argumentação por parte de diversos expositores com cunho estritamente religioso.

É feita uma breve contribuição sobre como a laicidade se dá na prática na sociedade brasileira, em que pese tenha ela sido sinalizada no final do século XIX em um decreto assinado por Marechal Deodoro da Fonseca e, desde então, nunca tenha sido deixada de lado nas tantas Constituições que vieram a seguir. Ressalta-se, também, a atualidade e urgência na

discussão do abortamento, não só no Brasil, mas no resto do mundo (como mostra o caso da Argentina e da Irlanda). O presente trabalho pretende, pois, analisar alguns argumentos religiosos expostos na audiência pública nos marcos da laicidade, à luz daquilo que preconiza a Constituição Federal de 1988.

1. LAICIDADE: UMA BREVE DIGRESSÃO

É possível dizer que o marco da laicidade no Brasil foi o Decreto de número 119-A, publicado em 7 de janeiro de 1890. O decreto assinado por Marechal Deodoro da Fonseca, o chefe do governo provisório à época, quando o Brasil ainda se chamava República dos Estados Unidos do Brazil, é iniciado da seguinte forma: "Prohibe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em materia religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências." As Constituições que vieram depois da publicação desse decreto seguiram sua tradição, mantendo a concepção de um Estado laico que assegura a liberdade de diversos cultos religiosos, sem diferenciar os cidadãos pela escolha de seus credos.

A laicidade anda lado a lado com a democracia representativa (BLANCARTE, 2008), isso porque pode ser dito sobre a laicidade que com ela o poder político não é mais ratificado, não tem mais sua justificativa naquilo que é sagrado, nas instituições ou congregações religiosas. Em países que passaram ou passam pelo processo de laicização, a soberania é transferida para o povo, mesmo que em alguns desses lugares mantenha-se o regime monárquico, porque tais monarquias, com a laicização, deixam de ser absolutistas e passam a ser constitucionais.

Em que pese fale-se do princípio da laicidade em um decreto expedido em 1890, não se pode nem dizer que vive-se, desde então, em um Estado brasileiro plenamente laico, e nem em um Estado ou em uma sociedade secularizados. Segundo o autor citado acima, não existe nenhum sistema político que seja total e completamente laico, visto que, assim como a democracia, é preciso entender a laicidade não como uma forma fixa ou definitiva, mas como um processo (BLANCARTE, 2008, p. 20).

Além disso, para se compreender o conceito de laicidade é necessário fazer um paralelo com a secularização, já que, em muitos lugares do mundo esse dois personagens caminham lado a lado, ou assim deveriam. Mas éq preciso diferenciar a secularização da laicidade, visto que são complementares, mas não são conceitos iguais. A secularização se dá no campo social, como por exemplo na cultura ou na moral de um povo, ao passo que "a laicidade é a expressão político-institucional do processo de secularização" (HUACO, 2008, p. 47), presente nas instituições estatais e no ordenamento jurídico.

Apesar da tentativa do estabelecimento do Estado laico em terras brasileiras a partir do decreto assinado por Marechal Deodoro em 1890, não se pode dizer que houve êxito na empreitada tendo em vista a influência da Igreja Católica na vida dos cidadãos e, por conseguinte, nas instituições brasileiras. "Em virtude de nosso próprio mundo da vida, da cotidianidade de nosso ser, marcados indelevelmente pela influência da Igreja Católica na formação de nosso Estado, tem-se que a primeira república não se tornou um Estado laico da noite para o dia" (SILVA, 2017, p. 77). Isso demonstra o paradoxo vivido pela sociedade brasileira (tanto do momento inicial após a promulgação do decreto, quanto das Constituições que se seguiram), por exemplo, com o uso de crucifixos em prédios públicos, menções à Deus nas Constituições e o próprio ensino confessional nas escolas. Para Silva, a Constituição Cidadã, promulgada em 1988, não modificou a estrutura social vigente até então, mantendo, assim, a situação paradoxal anterior. Para citar um exemplo: ao mesmo tempo que ela institui a liberdade de consciência e de crença (artigo 5º, inciso VI, CRFB/1988) ela institui também a imunidade tributária dos impostos sobre os templos religiosos, seus bens, seu patrimônio e a sua renda (artigo 150, inciso VI, alínea b, CRFB/1988).

Pode-se dizer que há certo descompasso entre a "letra da lei", ou seja, aquilo que esteve e ainda está, em tese, salvaguardado na Constituição da República Federativa do Brasil e a maneira de socialização da sociedade, ou seja, entre laicidade e secularização. A questão é que, ainda hoje, as religiões ocupam um espaço bastante significativo nas vida dos cidadãos. As instituições jurídicas, por exemplo, são compostas por cidadãos, e esses

são forjados em uma cultura, possuem suas próprias visões de mundo e sua religião (ou sua não religião). É necessário então caminhar na direção de uma justa medida. Isso porque, como foi dito acima, o Estado não precisa mais legitimar-se em uma ordem religiosa. Para integrar as esferas secular e religiosa, "a Constituição determina parâmetros de conduta para os indivíduo", a Constituição, "estabelece razões para o agir do Estado e dos indivíduos" (SILVA, 2017, p. 79).

Fato é que a laicidade do Estado é uma via de mão dupla: ela salvaguarda o espaço religioso, a crença dos indivíduos, de intervenções estatais e, ainda assim, ela protege o Estado de influências inconvenientes por parte da religião, "impedindo todo o tipo de confusão entre o poder secular e democrático" (SARMENTO, 2007, p.3). É preciso, portanto, que nos atentemos à importância dessas duas direções da laicidade, salvaguardando o Estado da interferência religiosa e os espaços religiosos de uma interferência desmedida do Estado.

2. A AUDIÊNCIA PÚBLICA ACERCA DA ADPF 442

Foi proposta, em março de 2017, ao Supremo Tribunal Federal, uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (de número 442). O arguente de tal ação é o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) com o apoio da organização não-governamental Anis – Instituto de Bioética. Na petição inicial alega-se que os artigos 124 e 126 do Código Penal brasileiro, de 1940, violam preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, como a proibição de tortura ou tratamento desumano e degradante, à saúde e ao planejamento familiar, bem como a cidadania e a liberdade. O objetivo da Ação é que o Supremo Tribunal Federal declare a não recepção parcial desses artigos:

> **Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**
> **Art. 124.** Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:1 Pena – detenção, de um a três anos.
> **Aborto provocado por terceiro**

> **Art. 126.** Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

O arguente da ADPF traz à tona a discussão acerca da criminalização do aborto pelo nosso ordenamento jurídico, um assunto importante e complexo que está em voga em diversos locais do mundo, como por exemplo na Argentina[1] e na Irlanda[2]. O tema da descriminalização do aborto tem virado alvo de diversas discussões por parte dos movimentos feministas no Brasil. Levanta-se uma bandeira de luta para que a interrupção voluntária da gravidez passe a ser tratada como um problema de saúde pública.

No Brasil só há permissão legal para a interrupção voluntária da gravidez em caso de estupro, de risco de vida da mulher grávida (aborto necessário, provocado por médico quando não há meios de salvar a vida da gestante) e de anencefalia fetal. Os dois primeiros estão positivados no artigo 128 do Código Penal brasileiro e o terceiro foi resultado de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pelo STF em abril de 2012, em que a a possibilidade da interrupção da gravidez nessa circunstância teve 8 votos favoráveis e 2 contrários.

Tamanha é a controvérsia que permeia a temática que o Supremo Tribunal Federal convocou uma Audiência Pública para a discussão do tema, colocando a sociedade civil (de ambas as posições em relação à descriminalização do aborto) para discutir. A audiência foi convocada pela

1. Mais de um milhão de pessoas, majoritariamente mulheres de diversas idades, tomaram as ruas da Cidade Autônoma de Buenos Aires para pressionarem primeiro (em junho de 2018) deputados a votar o projeto de lei que descriminalizaria a interrupção voluntária da gravidez até a 14ª semana de gravidez. E depois (em agosto de 2018) para pressionarem os senadores argentinos. A vitória foi obtida na Câmara de Deputados mas não entre os senadores, mantendo a legislação de 1921 acerca da interrupção da gravidez.

2. Em maio de 2018 foi feito na Irlanda um referendo para a aprovação de uma emenda à Constituição que permitira a interrupção voluntária da gravidez até a 12ª semana de gestação e até os 6 meses por indicação médica em casos extremos. Tal referendo revogaria a Oitava Emenda à Constituição que resguardava o direito à vida dos nascituros. O voto pelo sim venceu e a Irlanda tem, desde então, uma nova legislação sobre o aborto.

ministra do STF Rosa Weber, relatora do caso, em 2 de abril de 2018 e contou com mais de 180 pedidos de habilitação de pessoas físicas, organizações não-governamentais e institutos específicos como expositores.

2.1 OS HABILITADOS

É possível ter acesso à listagem de instituições/entidades habilitadas para participarem da audiência pública. Chama especial atenção que haja em tal listagem instituições como o Conselho Nacional dos Bispos (CNBB, os expositores foram simultaneamente um Dom e um Padre), a Convenção Batista Brasileira, a Convenção Geral das Assembleias de Deus entre outras entidades de caráter pura e declaradamente religioso.

Sabe-se que o Brasil é um país com grande número de cristãos. De acordo com dados do Instituto de Geografia e Estatística (IBGE) num censo feito no ano de 2010, 22,2% da população se declara evangélica e 64,6% se declara católica. Entretanto, o Estado brasileiro firma-se e propõe-se a ser um país laico, que não escolhe um credo religioso a ser seguido por seus cidadãos e não obrigada os mesmos a serem religiosos.

Tendo o conceito de laicidade como base do ordenamento jurídico brasileiro, não há razoabilidade em haver instituições religiosas discutindo no âmbito do Supremo Tribunal Federal uma questão tão delicada como a interrupção voluntária da gravidez. Não porque pessoas religiosas devam se abster de opinar acerca de assunto polêmicos e controversos, mas sim porque a audiência pública serve para orientar um tribunal a promover uma decisão democraticamente ratificada por diversos segmentos sociais. Se há a concepção de um Estado calcado na laicidade, há de se admitir que há muitas mulheres não cristãs ou não religiosas no Brasil, sendo assim como institutos declaradamente católicos ou evangélicos poderão apresentar contribuições para a recepção dos artigos 124 e 126 do Código Penal pela nossa Constituição se estão essas pautadas em argumentações puramente religiosas e não jurídicas ou científicas? Mais à frente serão discutidos os argumentos utilizados ao longo da Audiência Pública.

2.2 O USO DO INSTITUTO "AMICUS CURIAE" NA ADPF 442

O instituto conhecido como "amigos da corte" é composto por entidades e instituições que tenham algum nível de representatividade social. É importante que os "amicus" manifestem-se acerca de questões que comportam controvérsias constitucionais (TEIXEIRA, 2016).

O instituto *amicus curiae* é utilizado no processo da ADPF 442. Tal instituto é amplamente utilizado em diversas jurisdições, inclusive no Brasil. Tendo em vista a crescente tensão entre o Poder Judiciário e o Legislativo, é uma ferramenta que traz para as discussões acerca de temas controversos e polêmicos a sociedade civil organizada. Segundo Teixeira:

> Nesse contexto, evidente, pois, a relevância do amicus curiae ("amigo da corte") e da audiência pública como formas de abertura da jurisdição constitucional concentrada à sociedade e efetivação do Estado Democrático de Direito. Tratam-se de institutos especialmente importantes, pois possibilitam a participação da sociedade civil no controle concentrado de constitucionalidade desenvolvido pelo STF, pluralizando a controvérsia constitucional e legitimando, ainda mais, as decisões da Suprema Corte.

Vale ressaltar que houve um recorde do número de pedidos de entidades interessadas em apresentar posições sobre o tema. São, até agora, 36 entidades que requereram o pedido. Segundo uma reportagem feita por Ana Pompeu ao site Conjur, das 36 entidades, 26 são favoráveis ao pedido feito na ação proposta pelo PSOL, as outras 10 são contrárias.

No despacho convocatório feito pela ministra do Supremo Tribunal Federal, Rosa Weber, foram admitidos, até o momento, apenas três pedidos de entidades como ingressantes na ação na condição de *amicus curiae*. São eles: Partido Social Cristão (PSC), União dos Juristas Católicos de São Paulo (UJUCASP) e Instituto de Defesa da Vida e da Família (IDVF). Há, no mesmo despacho, um trecho que afirma que "os pedidos de ingresso na qualidade de *amicus curiae* serão apreciados em momento posterior".

Levando-se em conta a importância do instituto em questão e da matéria em voga, espera-se que haja a admissão de outros autores sociais, para que as discussões que precedem o julgamento da ADPF sejam feitas da maneira mais plural possível. E é ao menos curioso que até o momento apenas instituições/autoridades declaradamente cristãs tenham sido aceitas na condição de "amigos da corte", quando a temática é uma das mais polêmicas no país no atual momento.

Com a efervescência de movimentos feministas que se organizam em diversos institutos e organizações não governamentais, como por exemplo a International Women's Health Coalition (IWHC), que requereu pedido para participar na ação como *amicus curiae*, é mais do que necessário que autores sociais desse tipo estejam presentes em uma ação que pauta a questão da interrupção voluntária da gravidez, legitimando assim, todas as etapas de discussão da ADPF no Supremo Tribunal Federal.

3. DAS ARGUMENTAÇÕES: PONTOS DE DISCORDÂNCIA

No início da Audiência Pública, a ministra Rosa Weber, relatora do processo, abriu os trabalhos dizendo que "os expositores foram selecionados com base na sua representatividade, especialização técnica e expertise". Tal fala nos leva a questionar se tais pré requisitos eram cumulativos ou alternativos, visto que muitas entidade ali presentes não apresentavam, por exemplo, especialização técnica, como é o caso da Convenção Nacional das Assembleias de Deus ou da Federação das Associações Muçulmanas do Brasil. Em que pese essas organizações tenham, de fato, representatividade na sociedade (se levarmos em conta o número de cidadãos brasileiros declaradamente religiosos no Brasil, como exposto acima), não é verdadeiro que elas possuam especialização técnica acerca do tema. Muitas organizações expuseram argumentos (contrários e favoráveis à ADPF) de caráter jurídico ou médico científico, além de dados obtidos a partir de pesquisas, como foi o caso do Ministério da Saúde, demonstrando dessa forma uma seriedade na discussão, que não pode ser pautada exclusivamente por argumentos de cunho religioso.

"Nós estamos aqui porque fazemos parte da maioria da população dos brasileiros que são movidos sim pela fé em Deus" foi essa a principal fala de caráter religioso utilizada por Dom Ricardo Hoerpes, expositor que representava a Conferência Nacional de Bispos do Brasil. É possível extrair dessa fala a representatividade citada pela ministra Rosa Weber quando da abertura dos trabalhos. Mas a grande questão é que não se deveria reivindicar posicionamentos ou decisões baseados na fé individual dos cidadãos, ainda que sejam estes a "maioria da população dos brasileiros", isso porque nem todos os cidadãos partilham da mesma fé religiosa. As leis, decisões do Supremo Tribunal Federal e, em suma, a Constituição brasileira, têm critério generalizante e atingem a todas as pessoas, independente da fé que professam ou se não professam fé alguma.

Pode-se dizer que houve uma pluralidade de argumentos utilizados pelas entidades a favor e contrárias à ADPF 442. Entretanto, um argumento foi amplamente exposto numa tentativa de dar por encerrada a discussão sobre a questão do abortamento no país, foi este o de que o princípio que fundamenta o direito à vida deve ser protegido acima de qualquer outro. Dom Ricardo Hoerpes, em nome da CNBB, fez a seguinte colocação: "o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, por isso, mais do que qualquer outro deve ser protegido".

No que concerne à antecipação terapêutica do parto há a discussão de que seria esse um caso de choque entre o princípio/direito à liberdade da mulher grávida e o princípio/direito à vida do feto. De acordo com Barroso, a colisão entre princípios fundamentais é fruto da diversidade dos valores e dos interesses abarcados pela Constituição Brasileira (2010). Entretanto, para o autor não pode haver hierarquização entre princípios dessa natureza, devem ser estes relativizados no estudo do caso concreto. Em suas palavras: "a recorrência de colisões dessa natureza apenas revela que os valores tutelados pela Constituição não são absolutos e devem coexistir" (BARROSO, 2010, p.374). Dessa feita é importante ter em mente que as discussões acerca da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez não se findam na importância do direito à vida, visto que este não é hermético, deve ser protegido e resguardado, bem como o direito à liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, entre tantos outros,

sem haver, abstratamente, uma hierarquia entre todos.

O professor Douglas Roberto de Almeida, expositor da Convenção Geral das Assembleias de Deus, disse que a prática do abortamento, a qual ele denomina "assassinato", corresponde a um "atentado à lei da ética e da moral cristã, pois viola o sexto mandamento do decálogo bíblico que diz 'não cometerás assassinato'". Novamente, a título de representar um grande contingente de cidadãos brasileiros que professam a fé cristã, há uma tentativa de reivindicar de um órgão público brasileiro, uma decisão, nesse caso de não acolhimento da ADPF 442 pelo STF, a partir de uma posição exclusivamente religiosa, aqui um mandamento bíblico.

De acordo com o princípio da laicidade há a necessidade da não ingerência do Estado no âmbito religioso e também da seara religiosa no Estado. É, "um princípio que opera em duas direções" (SARMENTO, 2007, p. 3). Levando à sério tal princípio não parece razoável a argumentação pautada em um mandamento bíblico, posto que o ordenamento jurídico não ratifica e legitima as suas leis e normas em um documento que rege, internamente, as religiões judaico-cristãs, e sim na soberania popular.

CONCLUSÃO

A partir do que foi exposto acima é possível compreender que as religiões, majoritariamente as judaico-cristãs, ocupam, ainda, um lugar de grande importância e influência na sociedade brasileira. Não é objetivo do presente trabalho criar uma narrativa que paute a exclusão absoluta da religiosidade do âmbito público. Mas é importante perceber o quanto as decisões judiciais, a legislação brasileira e os debates em si, estão contaminados com uma visão de mundo particular e personalíssima de cada cidadã e cidadão brasileiros.

A participação de entidades e instituições religiosas na Audiência Pública sobre a qual o trabalho trata não seria problemática se os argumentos utilizados em larga escala por estas não fossem de cunho exclusivamente religioso. Foi reivindicado, por exemplo, por parte de uma das entidades que o Supremo Tribunal Federal observasse mandamentos bíblicos, o que

foge, absolutamente, daquilo que é basilar para a existência da Constituição brasileira e das próprias instituições do país, que é a soberania popular.

A antecipação terapêutica do parto é globalmente um assunto polêmico e delicado que precisa ser tratado como tal. Não à toa é um exemplo ideal para perceber o quanto as discussões no âmbito público permanecem embrenhadas de discursos religiosos que acabam, muitas vezes, negligenciando a seriedade da discussão, não analisando dados de óbitos ou de adoecimentos entre as mulheres brasileiras. Diversas vezes ao longo da Audiência Pública, expositores que representavam entidades religiosas negaram os dados e as pesquisas sobre abortamento apresentados anteriormente, dizendo que estes eram tendenciosos e feitos por pessoas que são favoráveis à descriminalização da interrupção voluntária da gravidez, o que ao ver de alguns deles, desqualificaria a coleta de dados. Apesar disso, não apresentaram nenhum outro dado recolhido por outro instituto de pesquisa, tratando a questão sem comprovação empírica, não analisando os efeitos práticos da criminalização do aborto.

Evidentemente não parece razoável discutir temáticas polêmicas, como é o caso do abortamento, sem a participação de entidades religiosas, visto que essas possuem, de fato, grande representatividade em uma sociedade com profundas raízes no catolicismo. A grande questão é que, como foi exposto acima, a legislação brasileira possui critério generalizante, ou seja, vale para todas as cidadãs e cidadãos brasileiros. Portanto, também não parece razoável, reivindicar que uma decisão jurídica seja tomada baseada em uma crença religiosa ou num livro de mandamentos religiosos a título de que muitos brasileiros compartilham daquela mesma fé, visto que tal decisão valerá para brasileiros que compartilham ou não desta. E, novamente, o Estado brasileiro não se funda na ratificação religiosa e sim na vontade do povo.

Tendo em vista a problemática do compartilhamento dos espaços públicos de debates, é possível ter uma perspectiva do que é a laicidade em território brasileiro. Desde o decreto publicado em 1891 é que se pode falar de laicidade em *terra brasilis*. Como já dito acima, esse conceito aproxima-se muito mais de um processo (cultural e social) do que uma forma instaurada e fixa. Portanto, é preciso construir ao longo da história

a laicidade brasileira, sua consolidação e as suas raízes. Para tanto é necessário colocar em voga a discussão desse conceito, que também é um princípio constitucional, embora poucas vezes seja lembrado assim. Não é possível e nem viável excluir a religiosidade da visão de mundo dos cidadãos brasileiros – lembrando que esses estão aí, compõe espaços de poder, espaços de discussão, espaços públicos – mas também não é possível impor considerações religiosas para o restante dos membros da coletividade, que precisam ter sua individualidade e suas crenças pessoais salvaguardadas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, Saraiva, 2010

BLANCARTE, Roberto. O porquê de um Estado laico. *In*: Roberto Arriada Lorea; Ari Pedro Oro. Em defesa das Liberdades Laicas, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008

CENTENERA, Mar. Senado da Argentina diz 'não' à legalização do aborto e país fica com lei de 1921. El País, 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/08/09/inte rnacional/1533774575_136008.html>. Acessado em: 13 set. 2018.

Censo 2010: número de católicos cai e aumenta o de evangélicos, espíritas e sem religião. IBGE, 2012. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/14244-asi-censo-2010-numero-de-catolicos-cai-e-aumenta-o-de-evangelicos-espiritas-e-sem-religiao>. Acesso em: 15 out. 2018.

Código penal, Brasília : Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017

Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/le gin/fed/decret/1824-1899/decreto-119-a-7-janeiro-1890-497484-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acessado em: 5 set. 2018.

Despacho convocatório para Audiência Pública. Supremo Tribunal Federal, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/DespachoConvocatoriointerrupcaoGravidez.pdf>. Acesso em: 5 set. 2018.

DONDA, Victoria. Ninguém na Argentina poderá silenciar o clamor de milhões de jovens, mães e avós. El País, 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/0 8/09/internacional/1533828608_917067.html>. Acessado em: 13 set. 2018.

GUIMÓN, Pablo. A Irlanda enfrenta o seu último tabu: o aborto. El País, 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/23/internacional/1527101735_801848.html>. Acessado em: 13 set. 2018.

Habilitados para participar da Audiência Pública. Supremo Tribunal Federal, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF442habilitados.pdf>. Acesso em: 13 set. 2018.

HUACO, Marco. A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito. *In*: Roberto Arriada Lorea; Ari Pedro Oro. Em defesa das Liberdades Laicas, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008

Petição inicial para ADPF 442. Conjur, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>. Acessado em: 5 set. 2018.

POMPEU, Ana. ADPF que discute criminalização do aborto bate recorde de *amici curiae* no Supremo. Conjur, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-20/adpf-discute-aborto-bate-recorde-amici-curiae-supremo>. Acesso em: 5 set. 2018.

Primeiros resultados oficiais dão vitória ao 'sim' no referendo sobre o aborto na Irlanda. El País, 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/05/26/internacional/1527328272_231784.html>. Acessado em 13 set. 2018.

SARMENTO, Daniel. O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. Revista Eletrônica PRPE, maio de 2007

SILVA, Diogo Bacha e. Laicidade e estado democrático de direito: sobre a relação entre direito, religião e o agir prático. Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ, n. 31, junho de 2017.

TEIXEIRA, Isabella Contijo. Amici curiae e audiências públicas: democratização da jurisdição constitucional e efetivação do Estado Democrático de Direito. Migalhas, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI248239,21048-Amici+curiae+e+audiencias+publicas+democratizacao+da+jurisdicao>. Acesso em: 5 set. 2018.

Votos dos ministros do STF na ADPF 54. Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>. Acesso em 13 set. 2018.

A INELEGIBILIDADE DE DILMA ROUSSEFF E A COMPETÊNCIA PARA RECONHECÊ-LA

HENRIQUE BREDA FOLTZ CAVALCANTI

1. INTRODUÇÃO

Há dois anos atrás, em 2016, o Brasil assistiu ao acontecimento político mais importante da década. A presidente Dilma Rousseff (PT), reeleita em 2014 para um segundo mandato à frente da nação, foi deposta por um processo de impeachment, acusada de irregularidades na condução do orçamento fiscal da União. Esse instituto é previsto na Constituição brasileira e já havia sido usado para derrubar o presidente Fernando Collor em 1992.

A Constituição Federal, em seu art. 52, parágrafo único determina que o agente público condenado em processo dessa natureza deve ser punido não apenas com a perda do cargo, mas também com a suspensão de seus direitos políticos por oito anos, durante os quais ficará impedido de votar e de ser votado, bem como de ocupar quaisquer cargos públicos. Contudo, não foi o que aconteceu no caso de Dilma. Apesar de condenada e apeada do cargo, a ex-presidente manteve seus direitos políticos por decisão do Senado Federal, que optou por "fatiar" a votação do *impeachment* e aplicar-lhe somente a pena de deposição.

Estupefato com o ocorrido, o então senador oposicionista Magno Malta (PR) recorreu ao Supremo Tribunal Federal (STF) para que fosse declarada a suspensão dos direitos políticos da ex-presidente, como decorrência natural de sua condenação no *impeachment*. O pedido de liminar foi negado pela relatora Rosa Weber (ALVES, 2016, p. 1), mas o processo já se

encontra liberado para inclusão na pauta do pleno, juntamente com outras ações que visam ao mesmo objetivo (PUPO e MOURA, 2018, p. 1).

Dilma, então, se candidatou em 2018 ao Senado pelo seu estado natal de Minas Gerais. A candidatura veio a ser impugnada por várias ações na Justiça, mas o TRE-MG deferiu o registro de Dilma pelo placar de 4x3 votos. O veredito foi mantido à unanimidade pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) em outubro daquele ano, já às vésperas da eleição (MARTINS e PERON, 2018, p. 1).

O voto vencedor do relator Ricardo Matos de Oliveira, seguido pela maioria de seus pares do TRE-MG, fundamentou-se na argumentação de que, em que pese fosse possível a discussão judicial sobre a inelegibilidade de Dilma, tal discussão caberia não à Justiça Eleitoral e sim ao STF, por envolver um ato praticado pelo Senado Federal (OLIVEIRA, 2018, p. 1). Na contramão desse entendimento, o juiz Antônio Augusto Fonte Boa sustentou em seu voto divergente que, em havendo o Senado extrapolado suas competências e descumprido a Constituição, devem as Cortes eleitorais estar abertas a desfazer o erro caso provocadas para tanto, mormente por ainda não ter sido o caso apreciado nos Tribunais superiores.

Dessa forma, duas perguntas hão de ser respondidas: I – Dilma está de fato inelegível por conta de sua condenação no *impeachment*? II – De quem seria, afinal, a competência para julgar o caso? Da Justiça comum, através do STF, ou da Justiça Eleitoral?

A primeira questão aparentemente não suscita polêmicas. Pela redação clara do art. 52, parágrafo único da CF, a ex-presidente estaria automaticamente inelegível por consequência de sua condenação no processo de *impeachment*, no qual ambas as penas, quais sejam, a perda do cargo e a suspensão dos direitos políticos, devem ser aplicadas conjuntamente.

No entanto, em uma época na qual se confere cada vez mais peso à força dos precedentes judiciais no direito brasileiro, faz-se necessário voltar no tempo e revisitar uma discussão travada em 1992, quando o ex-presidente Fernando Collor, igualmente cassado pelo Senado num processo de *impeachment*, recorria à Justiça para obter a manutenção de seus direitos políticos, suscitando um debate sobre a aplicação conjunta ou não das penas previstas na Constituição. É o que se passa a examinar agora.

2. O CASO FERNANDO COLLOR

Fernando Collor de Mello (PRN) foi eleito Presidente da República em 1989. Após causar um grande colapso econômico com o confisco das poupanças da população e se indispor com setores do Congresso Nacional, foi acusado de envolvimento em um grande esquema de corrupção e derrubado em 1992 por um processo de *impeachment* que contou com amplo engajamento e apoio popular, tendo sido aprovado por folgada maioria na Câmara dos Deputados.

Percebendo que sua condenação no Senado era inevitável, Collor arriscou uma manobra que, assim como o *impeachment*, era política e jurídica: renunciou ao mandato na véspera do julgamento final, na esperança de que isso pudesse aplacar os ânimos dos senadores e convencê-los a dar-se por satisfeitos em relação ao processo, extinguindo-o antes que houvesse a condenação final e a consequente inabilitação política do réu. Se a estratégia funcionasse, Collor de qualquer forma perderia o cargo pela renúncia, mas conservaria seus direitos políticos, podendo manter-se na vida pública e continuar ocupando cargos eletivos. Estava disposto a entregar os anéis para salvar os dedos.

A ideia, contudo, não deu certo; os senadores consideraram que a renúncia não tinha esgotado o objeto do *impeachment* e levaram o processo até o fim, cassando os direitos políticos de Collor e deixando-o impedido de ocupar qualquer cargo ou função pública pelos oito anos seguintes.

Irresignado, o ex-presidente recorreu ao STF (Pleno, MS 21689/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 16/12/1993, DJ 07/04/1995) sustentando a tese da acessoriedade da pena de inabilitação prevista no processo de *impeachment*. Significava dizer que a cassação dos direitos políticos seria uma pena secundária e acessória em relação à pena principal, qual seja, a perda do mandato. Dessa forma, acompanhando-se a máxima segundo a qual o acessório segue a sorte do principal (*acessorium sequitur pelagus*), poderia concluir-se que a renúncia de Collor antes do julgamento teria exaurido o objeto da pena de inabilitação e do processo como um todo.

Explicando em detalhes: o fato de Collor ter renunciado ao mandato antes do julgamento final denota que, quando os senadores se reuniram

para julgá-lo, já não era mais possível aplicar-lhe a pena de cassação do mandato, uma vez que o mandato já não lhe pertencia. O objeto daquela sanção teria se perdido. E nada poderia ser feito contra a referida renúncia, porque trata-se de um ato unilateral, um direito potestativo do agente público (STJ, T2, RE 831 ES 1989/0010240-0, rel. Min. Américo Luz, j. 23/11/1994, DJ 06/02/1995) cujo exercício não é restrito por lei alguma (art. 5º, II da CF).

Nesse sentido, caso fosse acolhida a tese da acessoriedade, o Senado Federal não possuiria jurisdição para dar seguimento ao processo após a renúncia. Isso porque, à luz do art. 52 da CF, se admitido que as penas não podem ser aplicadas em separado, mas sim apenas de forma conjunta, então a impossibilidade de aplicar uma delas teria como consequência lógica a inaplicabilidade da outra, implicando na extinção do processo. Assim, o ex-presidente pediu ao STF a restituição de seus direitos políticos, alegando que o Senado os teria cassado de forma irregular.

A questão dividiu opiniões no Pretório Excelso. Três ministros se declararam suspeitos ou impedidos de julgar a causa: Sidney Sanches, por haver presidido o processo no Senado; Francisco Rezek, por ter sido ministro das Relações Exteriores de Collor; e Marco Aurélio Mello, por ser primo do ex-presidente (CANTISANO, 2015, p. 2). Assim, a decisão ficou a cargo dos oito ministros restantes.

A ideia de que a renúncia do Presidente extinguiria o processo não era desconhecida da doutrina nacional e tinha como principal expoente na Corte o ministro Paulo Brossard, autor da obra *O Impeachment*, na qual afirma não ser cabível a continuidade do processo contra o réu que, por qualquer motivo, tenha perdido a condição de agente político (BROSSARD, 1965, p. 133-134).

Inobstante isso, Brossard votou pelo indeferimento do MS. Foi então interpelado pelo colega ministro Moreira Alves, o qual apontou a suposta incoerência do seu voto, já que em seu livro havia defendido a impossibilidade do julgamento após a renúncia presidencial, ao que Brossard respondeu-lhe: "Livro é livro; e voto é voto".

Em seguida, para se justificar, esclareceu que, apesar de ter de fato acolhido essa tese em sua obra, ele também havia escrito que o Judici-

ário, em se tratando de *impeachment*, jamais poderia intervir em decisões do Senado, por mais equivocadas que fossem, uma vez que a Câmara Alta atua como instância máxima no julgamento, e o faz sob os auspícios da Constituição. Assim, ainda que reconhecida uma irregularidade por parte do Senado ao cassar os direitos políticos de Collor, não poderia o STF desfazê-la.

Antes de denegar o MS, inclusive, Brossard já havia votado pelo **não-conhecimento** da ação: "Esta é a quarta vez que o STF é chamado a intervir em área que a Constituição lhe não conferiu, mas ao Senado reservou, e só ao Senado, numa quebra do monopólio do Poder Judiciário". Vencido nesse ponto e obrigado a dar um voto a respeito, indeferiu o *writ* em seu mérito e concordou com o relator Carlos Velloso, que mantivera a condenação (BROSSARD *apud* GUROVITZ, 2016, p. 2-4).

O resultado da votação no STF foi um empate de 4x4. Conforme previsão no Regimento Interno à época, para desempatar o caso foram convocados três ministros do STJ, os quais votaram todos pelo indeferimento, totalizando assim um placar de 7x4 em desfavor de Collor.

O voto de Brossard foi vitorioso na conclusão, mas não na fundamentação. A maioria dos ministros entendeu, acertadamente, que as decisões do Senado poderiam sim ser revistas pelo STF em caso de clara afronta às leis ou à Constituição, o que contudo não se vislumbrava naquele caso. O indeferimento se deu a partir da constatação de que não há penas principais ou acessórias no processo de *impeachment*. Em seu voto, o ministro William Patterson do STJ traz como exemplo a hipótese de que a condenação viesse a ocorrer poucos dias antes do término do mandato do réu. Nesse caso, é evidente que a pena de suspensão dos direitos políticos adquire peso maior do que a perda do cargo, fazendo cair por terra a tese da acessoriedade.

Assim, tem-se que a inabilitação política não decorre da perda do cargo, e nem o contrário; em verdade, ambas as penas são independentes e decorrem do **juízo de condenação**. Uma vez proferida a condenação, a perda de objeto de uma das penas, seja ela anterior ou posterior ao julgamento, não se mostra prejudicial à outra.

Frise-se ainda que, malgrado não ter sido possível aplicar a Collor a

pena de deposição do cargo, conseguiu-se por meio do *impeachment* o resultado prático equivalente ao almejado, ainda que em termos jurídicos a saída do ex-presidente tenha sido "voluntária". O fim máximo a ser perseguido no *impeachment* é, afinal de contas, afastar o mandatário irresponsável para que não cause mais danos à nação. Nesse sentido, em termos práticos, pouco importa se a mudança na chefia do Executivo se dá pela renúncia ou pela condenação.

A renúncia ao cargo só tranca o andamento do processo caso se dê antes da sua instauração. Como explica Michel Temer (2008, p. 169), entender o contrário abriria as portas para que qualquer governante, ao perceber a inevitabilidade da condenação, lançasse mão da renúncia para esquivar-se da inabilitação política, ficando livre para voltar a ocupar os cargos e funções públicas dos quais o processo visava mantê-lo afastado.

Situação análoga ocorreu em 2010, quando o então deputado federal Natan Donadon (PMDB), antecipando-se à condenação no processo penal ao qual respondia no STF (Pleno, AP 396/RO, rel. Min. Cármen Lucia, j. 28/10/2010, DJe 28/04/2011), renunciou ao mandato na véspera do julgamento. O processo seria então deslocado para a primeira instância, tendo o réu perdido a condição de agente público detentor de prerrogativa de foro. Mas os ministros do STF enxergaram nisso uma fraude processual de Donadon para tumultuar o feito e driblar a condenação, e determinaram que, apesar da renúncia, o caso permaneceria na Suprema Corte. O ex-deputado foi então condenado a 13 anos de prisão.

Dessa forma, Fernando Collor teve de se conformar com a suspensão dos seus direitos políticos, permanecendo fora de qualquer função pública nos oito anos que se seguiram à sua condenação. Atualmente cumpre mandato de Senador por Alagoas.

3. A INELEGIBILIDADE DE DILMA ROUSSEFF

Assim como Collor, Dilma também foi deposta do cargo através do *impeachment* após o país ter adentrado uma grande crise econômica durante seu mandato. Igualmente antagonizada pelo Congresso, então presidente

foi acusada de realizar operações de crédito disfarçadas junto a bancos públicos, configurando a prática das chamadas "pedaladas fiscais", bem como de assinar decretos que liberaram créditos orçamentos sem autorização legislativa, incorrendo em crimes de responsabilidade nos termos da CF e da Lei 1.079/50.

Momentos antes da votação derradeira no Senado, sob os auspícios do seu presidente Renan Calheiros (PMDB), o presidente do STF Ricardo Lewandovski – a quem coube presidir o julgamento final na condição de fiscal da lei, conforme o já mencionado art. 52, parágrafo único da CF –, atendeu a um pedido da defesa. Alegando haver amparo no Regimento Interno da Casa legislativa, Lewandovski permitiu a aprovação de um destaque instituindo que haveria duas votações em separado, visando decidir sobre a perda do cargo, na primeira; e sobre a suspensão dos direitos políticos da ré por oito anos, na segunda.

A presidente foi condenada por 61 x 20 votos, com três abstenções. Todavia, apenas 42 desses 61 senadores votaram também pela cassação dos seus direitos políticos, número que ficou abaixo dos dois terços (54) declarados como necessários para tal. Dessa forma, inobstante sua condenação e a perda do cargo, Dilma não sofreu a inabilitação política que fora imputada a Collor em 1992. A comunidade jurídica reagiu com surpresa e espanto, uma vez que a redação do art. 52, parágrafo único da CF dá a entender que as duas penas são inseparáveis uma da outra:

> Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, **com** inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

De fato, o Regimento Interno do Senado, após uma alteração aprovada no início de 2016, com o objetivo de garantir maior voz à minoria oposicionista na Casa, prevê em seu art. 312 a obrigatoriedade de votar-se em separado ao menos um destaque que tenha sido apresentado por um grupo de, no mínimo, três senadores. Mas a pergunta que se faz é: seria

possível a votação de um destaque cujo teor fosse incompatível com a Constituição Federal?

A resposta é não. Pelo critério da hierarquia das normas, nenhuma norma regimental pode se sobrepor ao disposto na Constituição.

A senadora Kátia Abreu (PMDB), aliada de Dilma, ao discursar em plenário a favor do fatiamento, fundamentou a medida na obra do próprio vice-presidente Michel Temer (2008, p. 169), renomado constitucionalista e sucessor de Dilma no cargo após o *impeachment*, onde este afirma que as penas de perda do cargo e inabilitação política são "autônomas e independentes". Foi desmentida, no entanto, pelo oposicionista Aloysio Nunes (PSDB), o qual discursou em seguida apontando que sua colega tinha feito uma leitura apenas parcial da página onde se encontra a citação acima, uma vez que, na mesma página, o autor ressalta que ambas as penas devem ser aplicadas em conjunto: "Assim, porque responsabilizado, o Presidente não só perde o cargo como deve afastar-se da vida pública, durante oito anos, 'para corrigir-se', e só então poder a ela retornar" (TEMER, 2008, p. 169).

Houve quem sustentasse a possibilidade do fatiamento invocando o precedente do caso Collor, ressaltando que, na ocasião, o Senado havia cassado os direitos políticos do ex-presidente sem haver-lhe aplicado, conjuntamente, a pena de perda do mandato, o que fora chancelado à época pelo STF.

Entretanto, como já visto acima, a derrota da tese da acessoriedade entre as penas não significa que seja possível aplicá-las em separado, mas sim que a perda do objeto de uma delas não prejudica a outra, já que ambas decorrem invariavelmente do juízo de condenação. O Senado poderia não ter condenado Dilma; mas, se a condenou, também deveria ter-lhe retirado os direitos políticos.

Decerto o Senado, conforme a obra de Paulo Brossard, é dotado de imenso poder no julgamento do *impeachment*. Mas este é um poder concedido pela Constituição, e que portanto só pode ser exercido nos limites que esta – a Constituição – determina. A redação do art. 52, parágrafo único da CF não abre espaço para divergências, e o Senado extrapolou suas atribuições ao agir dessa forma.

Observadores enxergaram a medida como uma espécie de *mea culpa*

senatorial em relação a Dilma, a qual, inobstante a condenação no processo, não era acusada de crimes comuns como corrupção ou desvio de dinheiro público (RIZÉRIO, 2016, p. 2). O senador Acir Gurgacz (PDT), por exemplo, chegou a dizer à imprensa que não teria visto crime de responsabilidade e que tinha votado pelo *impeachment* para não desagradar seu eleitorado (WETERMAN, 2016, p. 1).

Houve também quem denunciasse a manobra como a abertura de um precedente que poderia beneficiar políticos que futuramente tivessem seus mandatos cassados, como o ex-presidente da Câmara Eduardo Cunha, protagonista do *impeachment* de Dilma (RIZÉRIO, 2016, p. 2).

O presidente do Senado, Renan Calheiros, originário de Alagoas, citou um provérbio nordestino para defender o fatiamento: "No Nordeste, nós dizemos uma coisa com a qual não concordo: 'Além da queda, o coice'. Nós (os senadores) temos que julgar, mas não podemos ser desumanos". Dessa forma, apesar de ter votado pelo *impeachment*, Renan se colocava contra a inabilitação política de Dilma, dando a entender que a medida era desproporcional e não combinava com a Constituição (MELO, 2016, p. 1).

Essa argumentação é falaciosa. De que maneira uma pena instituída pela Constituição poderia não se coadunar com a própria Constituição? Se o poder constituinte originário entendeu ser proporcional a pena, caberia ao atual Congresso acatar essa disposição ou alterá-la por meio de emenda constitucional. Não existe uma terceira opção.

Saliente-se, por último, que em 2009 o gabarito do Exame de Ordem Unificado da OAB considerou "errado" separar *impeachment* e inabilitação política, ressaltando que ambas as penas são **cumulativas**, ou seja, não podem ser aplicadas separadamente (BRASIL, 2016, p. 1).

Assim, por tudo quanto exposto acima, restam superadas quaisquer dúvidas: Dilma Rousseff está, devido à sua condenação por *impeachment* em 2016, privada de seus direitos políticos e, portanto, inelegível para o exercício de qualquer cargo ou função pública até o ano de 2024. Agora, cabe somente analisar qual é a Justiça competente para reconhecer tal inelegibilidade.

3.1 COMPETÊNCIA PARA DECLARAR A INELEGIBILIDADE

A priori, é cediço que a Justiça Eleitoral tem competência para processar e julgar originariamente os registros do candidato a qualquer cargo que seja, ocasião em que será verificada a sua elegibilidade ou inelegibilidade.

No entanto, o voto do relator Ricardo Matos de Oliveira no TRE-MG apontou que neste caso haveria um óbice a impedir que o Tribunal se debruçasse sobre a inelegibilidade de Dilma em decorrência do *impeachment*, qual seja, a Súmula 41 do TSE: "Não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por outros órgãos do Judiciário ou dos tribunais de contas que configurem causa de inelegibilidade". Dessa forma, não competiria às Cortes eleitorais rediscutir o que já havia sido discutido pelo Senado Federal.

É necessário, contudo, verificar a aplicabilidade dessa súmula ao caso em tela. Primeiramente, há de se ressaltar que o Senado não é um órgão do Judiciário. Porém, esse fator por si só não afasta a incidência da súmula, em decorrência da máxima jurídica segundo a qual "quem pode o mais, pode o menos". Ora, se não pode a Justiça Eleitoral rever decisões dos Tribunais de Contas que configurem causa de inelegibilidade, como poderia rever decisões nesse sentido emanadas do Poder Legislativo, a quem se submetem aquelas Cortes? Se o Tribunal eleitoral não pode se sobrepor a um órgão auxiliar, como poderia se sobrepor a um órgão principal?

A aplicabilidade da súmula restará afastada por um outro fator que não este acima elencado, qual seja, o significado do termo "**causa de inelegibilidade**", que se contrapõe ao termo "condição de elegibilidade". Na jurisprudência consagrada do STF, a diferença entre condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade, estando ambas previstas na CF, é de que as primeiras têm rol taxativo e podem ser densificadas por lei ordinária; as últimas, por sua vez, são arroladas de modo exemplificativo e podem ser estendidas por lei complementar. No magistério de Carina Gouvêa (2012, p. 1):

> As condições de elegibilidade estão previstas no artigo 14, § 3º da Carta, quais sejam: nacionalidade brasileira, **pleno exercício dos direitos políticos**, alistamento eleitoral, domicílio eleitoral, idade mínima e

> filiação partidária. São requisitos formais básicos que todos devem preencher de modo a viabilizar a participação ao exercício democrático.

Destarte, sendo o gozo dos direitos políticos uma condição de elegibilidade, conclui-se que a Súmula 41 do TSE não pode ser aplicada ao caso de Dilma, porquanto se refere apenas a causas de inelegibilidade. Pensar de modo contrário seria negar a existência da diferença entre os dois termos, o que vai de encontro à jurisprudência dos Tribunais superiores.

Assim, superado o hipotético óbice da referida súmula, tem-se que a mesma não impede a Justiça Eleitoral de debruçar-se sobre a questão da inelegibilidade de Dilma, em sede de controle difuso. No entanto, ainda resta uma dúvida a ser dirimida: em já tendo sido impetrado um mandado de segurança para discutir-se o caso no STF, pode mesmo assim a Justiça Eleitoral pronunciar-se sobre a matéria? Qual dos juízos é o competente para processar e julgar a demanda?

Cumpre encalamistrar que em ambos os juízos trata-se de competência absoluta, porém de naturezas distintas. Em relação à Justiça comum, há uma competência *rationae personae* consubstanciada na impetração de uma ação mandamental tendo como autoridade coatora o Presidente do Senado Federal, e que portanto deve ser julgada pelo STF; já em relação à Justiça Eleitoral, é patente a sua competência originária *rationae materiae* para julgar impugnações ao registro de candidatos a cargos eletivos.

Verifica-se ainda que a competência da Justiça comum é **residual**, ou seja, a ela só se deve recorrer quando o caso não for de competência de nenhuma das Justiças especializadas (Militar, Eleitoral e do Trabalho), nos termos do art. 109, I e IV da CF. No entanto, tal raciocínio não serve ao caso em tela porque tais ações não podem ser julgadas por um único juízo. Não se pode impetrar um mandado de segurança contra o Presidente do Senado perante o TSE, e tampouco impugnar-se o registro de um candidato junto ao STF. Dessa forma, a conclusão é de que aqui há um raro caso de competência absoluta originária concorrente das Justiças comum e Eleitoral para decidir sobre a questão, cada qual em seu feito.

Frise-se, ainda, que não há de se falar em litispendência, uma vez que não há uma total identidade entre os elementos que compõem cada uma

das ações. No mandado de segurança o polo ativo é ocupado pelo ex-senador Magno Malta, enquanto no polo passivo figuram o Presidente do Senado como autoridade impetrada e a cidadã Dilma Rousseff como litisconsorte passiva necessária. Já na impugnação de registro perante a Justiça Eleitoral, outros impugnantes compunham o polo ativo e o polo passivo era ocupado apenas por Dilma.

Os pedidos das ações também não são idênticos, já que o MS visa declarar a suspensão dos direitos políticos da ex-presidente para impedí-la de ocupar quaisquer cargos públicos por oito anos, enquanto a impugnação pede apenas que seja indeferida sua candidatura ao Senado. O *writ*, portanto, é mais abrangente do que a outra ação.

Logo, definitivamente não há identidade de partes ou de pedidos entre as duas demandas. Subsiste, no entanto, uma conexão (art. 55 do CPC) entre elas, na medida em que, se não lhes são comuns as partes ou os pedidos, lhes é a causa de pedir, qual seja, a inelegibilidade da ex-presidente em decorrência da condenação por crime de responsabilidade em 2016.

Assim, reconhecida a conexão entre as ações que discutem a inelegibilidade de Dilma na Justiça Eleitoral e no STF, cumpre determinar as consequências jurídicas dessa situação. Ao contrário do que se poderia pensar, isso não necessariamente deverá levar à reunião dos processos em um único feito, como explica Fredie Didier Junior (2008, p. 131-132):

> Frise-se, portanto, que conexão e continência são fatos, que não se confundem com os efeitos jurídicos que geram (modificação da competência com a reunião das causas em um mesmo juízo).
>
> É possível que conexão/continência exista, sem que se produzam tais efeitos. Veja-se o caso da pendência entre causas conexas em juízos com competência absoluta distinta: como examinado, a modificação de competência somente pode dar-se nas regras de competência *relativa*; assim, não será possível a reunião dos processos, a despeito de haver conexão. Em tais situações, quando há conexão/continência, mas não é possível a reunião, é conveniente suspender o andamento de um processo, à espera do deslinde do outro, para que se evitem decisões contraditórias.

A explanação acima encaixa-se perfeitamente no caso em testilha, onde nota-se justamente a existência de duas causas conexas em juízos com competência absoluta distinta. Dessa forma, tendo o MS sido impetrado anteriormente à impugnação de registro, não deveria o TRE-MG tê-la apreciado, mas sim sobrestado seu andamento enquanto se aguarda a decisão do Pretório Excelso.

4. CONCLUSÃO

Dessa forma, por tudo quanto exposto acima, tem-se que Dilma Rousseff está sim inelegível para cargos públicos até o ano de 2024, como consectário natural de sua condenação no *impeachment* em 2016. Contudo, tal inelegibilidade só poderá ser reconhecida pelo STF, e não pelo TSE, uma vez que a Suprema Corte se tornou preventa para conhecer da questão após ter sido provocada para tanto ainda naquele ano, ao passo que as ações na Justiça Eleitoral foram veiculadas apenas em 2018.

Todavia, vale ressaltar que as Cortes eleitorais poderiam julgar a questão caso, por exemplo, Magno Malta e os demais autores das ações intentadas junto ao STF desistissem das mesmas, já que nessa hipótese estaria afastado o risco da existência de decisões contraditórias entre as Justiças comum e Eleitoral.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cíntia. **Rosa Weber nega pedido de Magno Malta para tirar direitos políticos de Dilma**. Jornal GGN. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/justica/rosa-weber-nega-pedido-de-magno-malta-para-tirar-direitos-politicos-de-dilma-ja/>. Acesso em: 08 mar. 2019.

BRASIL, Felipe Moura. **Gabarito de prova da OAB de 2009 considerou "errado" separar *impeachment* e inabilitação**. Veja *on-line*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/felipe-moura-brasil/gabarito-de-prova-da-oab-de-2009-considerou-8220-errado-8221-separar-impeachment-e-inabilitacao/>. Acesso em: 22 set. 2018.

BROSSARD, Paulo. **O *impeachment***. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1965.

CANTISANO, Pedro. ***Impeachment* no STF – O olhar dos ministros sobre o caso Collor**. JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-impeachment-no-stf-o-olhar-dos-ministros-sobre-o-caso-collor-03122015>. Acesso em: 22 set. 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil, volume 1**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

GOUVÊA, Carina Barbosa. **Eleições de 2012: condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade e suas controvérsias na leitura do artigo 11, § 10 da Lei 9.504/97**. Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22761/eleicoes-de-2012-condicoes-de-elegibilidade-e-causas-de-inelegibilidade-e-suas-controversias-na-leitura-do-artigo-11-10-da-lei-9-504-97>. Acesso em: 23 set. 2018.

GUROVITZ, Helio. **Caso Collor abriu brecha à manobra**. G1. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/blog/helio-gur ovitz/post/caso-collor-abriu-brecha-manobra.html>. Acesso em: 22 set. 2018.

MARTINS, Luísa. PERON, Isadora. **Por unanimidade, TSE libera candidatura de Dilma ao Senado por MG**. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/5904425/por-unanimidade-tse-libera-candidatura-de-dilma-ao-senado-por-mg>. Acesso em: 08 mar. 2019.

MELO, Renata Bezerra de. **"Não concordo: além da queda, coice, diria Renan"**. Folha PE. Disponível em: <http://www.folhape.com.br/politica/politica/folha-politica/2016/12/07/NWS,9305,7,459,POLITICA,2193-NAO-CONCORDO-ALEM-QUEDA-COICE-DIRIA-RENAN.aspx>. Acesso em: 23 set. 2018.

OLIVEIRA, Mariana. **TRE defere registro de candidatura de Dilma Rousseff ao Senado**. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-17/tre-minas-defere-registro-candidatura-dilma-senado#author>. Acesso em: 22 set. 2018.

PUPO, Amanda. MOURA, Rafael Moraes. **Rosa Weber libera para julgamento ações que contestam fatiamento de *impeachment* de Dilma**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticia s/

geral,rosa-w eber-libera-para-julgamento-acoes-que-contestam-fatia mento-de-impeachment-de-dilma,70002651314>. Acesso em: 08 mar. 2019.

RIZÉRIO, Lara. **As hipóteses sobre a manobra de Renan para favorecer Dilma após o *impeachment***. Infomoney. Disponível em: <http://www.infomoney.com.br/mercados/politica/noticia/5493298/hipotes es-sobre-manobra-renan-para-favorecer-dilma-apos-impeachment>. Acesso em: 22 set. 2018.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. Disponível em: <https://elitedaxerox.files.wordpress.com/2008/08/michel_temer_elementos_de_direito_constit.pdf>. Acesso em: 22 set. 2018.

WETERMAN, Daniel. **Senador que votou a favor de impeachment afirma que não houve crime de responsabilidade**. Estadão *on-line*. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,senador-que-votou-a-favor-de-impeachment-afirma-que-nao-houve-crime-de-responsabilidade,10000073237>. Acesso em: 23 set. 2018.

A ILICITUDE DAS PEDALADAS FISCAIS E SUA CONFIGURAÇÃO COMO CRIME DE RESPONSABILIDADE

HENRIQUE BREDA FOLTZ CAVALCANTI

1. INTRODUÇÃO

Há dois anos atrás, em 2016, o Brasil assistiu ao acontecimento político mais importante da década. A presidente Dilma Rousseff (PT), reeleita em 2014 para um segundo mandato à frente da nação, foi deposta por um processo de impeachment, acusada de irregularidades na condução do orçamento fiscal da União.

As imputações a Dilma sustentavam-se em dois baluartes: a prática das manobras orçamentárias que ficaram conhecidas como "pedaladas fiscais" e a edição de decretos de suplementação de crédito sem aval do Congresso Nacional. No entanto, apesar de esta última acusação não ser menos importante, foi a primeira que mais obteve destaque na cobertura midiática da época.

O termo "pedaladas fiscais" facilitou a divulgação das razões que embasavam o pedido de *impeachment*, na medida em que uma acusação cuja compreensão requer conhecimentos técnicos sobre o assunto foi "traduzida" para um jargão que acabou por se incorporar à linguagem do homem médio, ainda que isso por si só não bastasse para que o mesmo pudesse entender os meandros jurídicos por trás do termo e seu significado.

Assim, este artigo se propõe a explicar o que exatamente foram as pedaladas fiscais de Dilma Rousseff e se a presidente, ao praticá-las, incorreu em crime de responsabilidade que justificasse sua deposição através do *impeachment*.

2. PEDALADAS FISCAIS

Como observa Kyoshi Harada (2015, p. 1), o Tesouro Nacional, gerido pela União, tem a obrigação de repassar a órgãos e entidades os recursos financeiros que lhe são devidos por força da Lei Orçamentária Anual (LOA). Alguns desses repasses, como por exemplo as verbas destinadas ao Judiciário, possuem uma data-limite fixada para o seu adimplemento, por previsão constitucional.

Isto posto, como explica Erik Farina (2016, p. 1), tem-se que a prática das pedaladas ocorre quando o governo, de forma deliberada, atrasa os repasses devidos aos bancos públicos como o Banco do Brasil, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e a Caixa Econômica Federal, o que força essas instituições a recorrerem a seus próprios fundos para arcar com despesas que deveriam ser custeadas, em última instância, pela União. Esses bancos públicos são então posteriormente ressarcidos pelo governo com acréscimo de juros (LODI, 2015, p. 1).

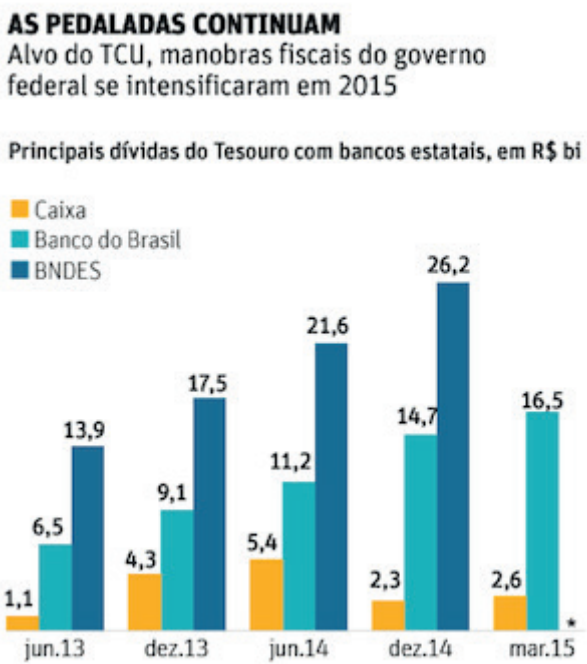
Para os críticos de Dilma Rousseff, as pedaladas fiscais tiveram como objetivo maquiar a situação contábil do país na sua gestão, possibilitando que o governo aumentasse os gastos acima do que lhe seria permitido pela arrecadação, uma vez que parte da despesa pública simplesmente não era declarada aos órgãos de controle (SCHREIBER, 2016, p. 1). Segundo os cálculos do TCU, o expediente ocultou da apuração da dívida pública um montante de R$ 40 bilhões em 2014 (AMORA, 2015, p. 1).

> O efeito nefasto das pedaladas é que podem trazer a impressão de que as contas públicas estão melhores do que a realidade, pois o gasto executado pelo banco não é registrado como despesa pelo governo. Essa "maquiagem" é apontada pelas agências de risco como um dos principais fatores para a perda do grau de investimento pelo Brasil, que indica a credibilidade do país perante investidores (FARINA, 2016, p. 2).

Segundo Julio Marcelo de Oliveira, procurador do Ministério Público de Contas junto ao TCU e informante da acusação no processo de *impeachment*, Dilma se beneficiou eleitoralmente das referidas irregularidades,

que lhe permitiram impulsionar em 2014 os gastos com programas sociais não-obrigatórios de forte apelo popular, como o Fundo de Financiamento Estudantil (FIES) e o Bolsa-Família (AMORA, 2015, p. 1).

Em sua defesa, o governo alegou que as manobras fiscais teriam sido voltadas a evitar a paralisação desses programas. No entanto, constatou-se que a imensa maioria dos recursos foi usada para bancar subsídios ao agronegócio e grandes empresários através de iniciativas como o Plano Safra, do Banco do Brasil, e o Programa de Sustentação de Investimentos do BNDES (MENEZES, 2015, p. 1). Esse padrão se manteve estável de 2013 a 2015, conforme o gráfico abaixo:



Fonte: CUCOLO (2015, p. 1).

Isto posto, verifica-se que as manobras fiscais serviram como instrumentos da chamada "contabilidade criativa", que no campo das ciências contábeis refere-se à prática de valer-se de certos mecanismos e/ou de

lacunas e imprevisões normativas para distorcer artificialmente a situação financeira de uma empresa (ou, no caso em tela, de um país).

> O compromisso do governo em nada muda, mas a postergação permite reduzir temporariamente um gasto e fabricar um breve efeito de superávit primário. Isto porque, no Brasil, o resultado primário costuma ser calculado pelo Banco Central segundo o chamado regime de caixa – ou seja, a despesa é computada na data em que saiu dos cofres públicos. Nas maiores economias do mundo, como EUA, Reino Unido, França e Canadá, é incomum que a autoridade monetária seja responsável por medir os principais indicadores fiscais. Mais raro ainda é que as contas públicas não sigam o regime de competência, tal como nas empresas, em que se computa a obrigação quando assumida e não como paga (AFONSO e LUKIC, 2015, p. 39).

Assim, verifica-se em resumo que o governo "pedalou" de 2013 a 2015 para mostrar resultados artificialmente melhorados com o objetivo de preservar a aprovação popular de Dilma, que poderia ser prejudicada na eleição se não pudesse elevar seus gastos naquele ano ou caso houvesse rebaixamentos da nota do Brasil pelas agências internacionais de classificação de risco, o que de fato veio a ocorrer com frequência no segundo mandato da presidente (OSAKABE, 2016, p. 1).

Isto posto, passa-se à análise da licitude das pedaladas fiscais. A denúncia apresentada à Câmara dos Deputados apontava nas referidas manobras uma forma de crime de responsabilidade contra a guarda dos dinheiros públicos (art. 11, III da Lei 1.079/50).

O art. 11, III da Lei 1.079/50 veda ao Presidente "contrair empréstimo, emitir moeda corrente ou apólices, ou efetuar operação de crédito sem autorização legal". Por sua vez, o art. 36 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) proíbe "a operação de crédito entre uma instituição financeira estatal e o ente da Federação que a controle, na qualidade de beneficiário do empréstimo".

Da leitura conjunta dos dois dispositivos decorrem as seguintes conclusões: I – A realização de operação de crédito entre a União e uma instituição financeira federal constitui-se em infração à LRF; e II –

A referida infração, justamente por ofender uma disposição legal, também é reputada como crime de responsabilidade pela Lei 1.079/50.

Dessa forma, a maior parte da discussão travada em torno das pedaladas dizia respeito à sua natureza jurídica. Os defensores do *impeachment* enxergavam no atraso dos repasses aos bancos públicos e na posterior compensação com juros a realização de uma operação de crédito entre a União e as referidas instituições, incorrendo no crime de responsabilidade acima descrito.

O governo, por outro lado, contestava esse raciocínio e afirmava que ali não havia operações de crédito, mas sim meros atrasos de pagamentos, uma prática que teria sido reiteradamente executada por governos anteriores, tanto federais como estaduais, a exemplo dos ex-presidentes Lula e FHC (BRASIL, 2017, p. 1) e de inúmeros governadores pelo Brasil afora, sem que houvesse questionamentos por parte do TCU ou do Congresso Nacional.

Contrariando seu irmão Adilson Dallari, que defendia a legalidade do *impeachment*, o também jurista Dalmo Dallari (2016, p. 1) condenou o enquadramento das manobras fiscais como infrações à lei orçamentária:

> Ora, o que a lei prevê como crime de responsabilidade á prática de atos contra a lei orçamentária, ou seja, realizar despesa não autorizada pelo orçamento ou contrariando as regras orçamentárias, assim como praticar atos contrários à guarda e o emprego legal dos dinheiros públicos. Ora, as chamadas pedaladas, que foram amplamente utilizadas pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, não significam apropriar-se de dinheiros públicos em benefício próprio ou entregá-los ilegalmente a alguém. Elas são artifícios contábeis relacionados com a época de transferência de recursos financeiros de um fundo público para outro fundo público. Assim, pois, não existe aí fundamento jurídico para a imposição do *impeachment*, que, mesmo quando juridicamente cabível, traz consequências (sic) muito negativas para o interesse público.

Com esse entendimento concorda ainda Ricardo Lodi (2015, p. 1), defensor de Dilma no julgamento de suas contas presidenciais no TCU

e informante da defesa no processo de *impeachment*, que também nega a ilicitude das pedaladas, sustentando que a referida prática, apesar de equivocada do ponto de vista técnico-contábil, não se constitui em crime de responsabilidade.

Lodi vai ainda mais longe (2015, p. 2-3), afirmando que nem toda violação à lei orçamentária configura a aludida espécie de crime, salientando que seria necessário ainda levar-se em conta o grau da lesão provocada.

Esse entendimento não merece acolhida. O art. 10, IV da Lei 1.079/50 é muito claro ao definir como crime de responsabilidade o ato de "infringir, patentemente, e **de qualquer modo**, dispositivo da lei orçamentária". Se o referido ato se mostra ou não gravoso o bastante para justificar a deposição do Presidente, cabe somente ao Congresso Nacional decidir.

Essa premissa, aliás, não é válida somente para os crimes contra a lei orçamentária, mas para os crimes de responsabilidade como um todo. Uma vez constatado o crime, ou que haja indícios de sua perpetração, está o Poder Legislativo autorizado a instaurar, mediante provocação, o processo político sancionador.

A narrativa de Lodi sobre as pedaladas foi a mesma adotada pelo governo Dilma, para quem as manobras fiscais não poderiam ser consideradas operações de crédito, mas sim "fluxos de caixa, suprimento de fundos ou operações que representam prestações de serviços bancários" (CONTI, 2016, p. 2), sem maiores repercussões jurídicas.

Para responder a essa pergunta, primeiramente cabe atentar-se ao art. 29, III da LRF, o qual define o conceito de operação de crédito:

> [...] compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil **e outras operações assemelhadas**, inclusive com o uso de derivativos financeiros.

A expressão destacada em negrito denota que o rol do art. 29, III da LRF, assim como o do art. 4º da Lei 1.079/50, é meramente exemplificativo, e não taxativo, uma vez que operações análogas às elencadas também

podem ser consideradas operações de crédito, a depender do caso concreto.

Isto posto, tem-se que o Banco do Brasil, por meio do Plano Safra, emprestava aos produtores rurais dinheiro a juros subsidiados. A diferença entre o percentual desses juros e o percentual dos juros de mercado era ressarcida ao banco pela União. O mecanismo é conhecido como subvenção e fazia parte de uma política que visava estimular o setor agropecuário com verbas federais.

Perceba-se que o Banco do Brasil atuava como mero intermediário do dinheiro que saía dos cofres da União (devedora) para beneficiar os produtores rurais (credores). A diferença dos juros, referente ao subsídio, era reposta num curto prazo de tempo pelo governo federal.

Devido à quase imediaticidade do ressarcimento, essas subvenções *a priori* não configuram operações de crédito, como explica o procurador de contas Julio Marcelo de Oliveira (2017, p. 6):

> Pequenos saldos devedores, de dois a três dias de duração, não é pedalada porque não tem a finalidade de obtenção de um financiamento forçado junto ao banco público federal, é apenas a regular relação contratual entre Tesouro e o banco prestador do serviço.

Ocorre que, sob a gestão de Dilma, o repasse das referidas verbas pela União foi postergado por tempo indefinido. Para se ter uma ideia, a dívida acumulada com as pedaladas fiscais de 2013 a 2015 – um volume de R$ 72,4 bilhões – foi paga apenas em dezembro daquele último ano. Dilma fez isso para enfraquecer o argumento da acusação no processo de *impeachment*, que a essa altura já estava em andamento (CORTEZ, 2015, p. 1).

Dessa forma, o Banco do Brasil, assim como outros bancos estatais, foi obrigado a valer-se de seu próprio caixa para fazer frente a obrigações que não eram suas, mas sim da União. Ao assumir obrigações do governo federal como se fossem suas, por meio de contratos devidamente formalizados e com prazo indeterminado para reembolso, o Banco do Brasil se tornou na prática credor da União, substituindo os credores originários (os agricultores) no polo ativo da relação jurídica obrigacional e caracterizando operações de crédito.

Essa visão era contestada pelo governo, para quem os contratos que originaram as pedaladas não eram de crédito, mas sim de prestação de serviços para pagamento de benefícios sociais (ROMÃO, 2016, p. 1), e que o mero fato de haver nos contratos a previsão de juros nos ressarcimentos a serem feitos aos bancos, por si só, não basta para enquadrá-los como sendo de crédito (SOUZA, 2015, p. 1). Pode-se citar como exemplo alguns contratos de prestação de serviços advocatícios, onde existe previsão de juros em caso de pagamento intempestivo de honorários.

Assiste razão à defesa nesse ponto. De fato, a presença de juros, por si só, não basta para caracterizar uma operação como sendo de crédito. No entanto, outros elementos permitem chegar a essa conclusão: a natureza e o escopo dos serviços prestados.

Verifica-se que, na sistemática descrita, o governo remunerava os bancos públicos com base em dois fatores: o primeiro era a prestação de serviços propriamente dita, referente ao uso da estrutura, instalações e funcionários dos bancos para atendimento aos beneficiários dos referidos programas sociais, como o Plano Safra e o Bolsa-Família; o segundo fator era o reembolso puro e simples dos valores pagos pelos bancos a esses beneficiários.

Ocorre que o atraso deliberado nos repasses aos bancos públicos acabou por alargar o escopo dos contratos. Nas palavras de Alípio Ferreira (2016, p. 1):

> É isso que Dilma é acusada de ter feito nas chamadas pedaladas fiscais: os bancos federais usaram seus recursos próprios para pagar contas do governo federal, com a promessa de que este transferiria "um dia" o volume necessário para quitá-las. As pedaladas de Dilma foram muito mais do que uma fricção corriqueira, um atraso derivado de estimativas imprecisas, como pode ocorrer. O que houve foi a prática sistemática e crescente de não transferir a esses bancos os recursos necessários para pagar determinadas contas do governo. Trata-se de um empréstimo oculto, atentando justamente contra o que a lei visa proibir.

Dessa forma, onde antes havia a prestação de apenas **um** serviço (referente ao atendimento aos beneficiários), passou-se a exigir também

um segundo "serviço", de natureza eminentemente creditícia; um "favor" prestado ao governo pelos bancos estatais que consistia em usar o próprio caixa para suportar, por tempo considerável, as despesas da União. Em termos práticos, é como se esses bancos estivessem emprestando ao governo federal o dinheiro para honrar suas obrigações.

Em suma, os contratos originalmente firmados apenas como prestações de serviços acabaram redundando em operações de crédito de forma superveniente.

A brevidade no ressarcimento era o único fator que poderia abonar as referidas operações e torná-las lícitas. Mas quando o atraso nos repasses se estende por demasiado e o banco público torna-se financiador compulsório do governo, então configura-se a operação de crédito e surge a ilegalidade. Uma operação de crédito às avessas, onde o governo torna-se devedor não por **receber** dinheiro do banco, mas sim por **não pagar** ao banco, de forma tempestiva, o dinheiro que lhe era devido.

Kyoshi Harada (2015, p. 3) questiona esse raciocínio, salientando que "uma categoria jurídica não pode ser definida ou identificada pelos seus efeitos". Não se pode confundir o homicídio com o suicídio, apesar de ambos terem como resultado a morte. Dessa forma, apesar de as manobras fiscais produzirem o mesmo efeito prático de um empréstimo (mútuo), isso não seria o bastante para considerá-las operações de crédito.

Em sua visão, não poderia ter havido operação de crédito entre os bancos públicos e a União porque ambos não podem ser respectivamente considerados credores e devedora, respectivamente. Prova disso é que não teriam os bancos o direito de cobrar as verbas devidas em juízo, como ocorre com as dívidas em geral (HARADA, 2015, p. 5). Em verdade, a titularidade das receitas públicas concentradas no Tesouro Nacional não pertenceria às instituições que dele recebem verbas, mas sim à sociedade como um todo, para cumprimento dos fins do Estado (HARADA, 2015, p. 3).

A referida tese, no entanto, esbarra nos fatos. Os bancos públicos possuem sim o direito de cobrar essas dívidas em juízo, tanto é que o estão fazendo. Em setembro de 2015, a Caixa Econômica Federal processou a União por perdas de R$ 274,4 milhões decorrentes das pedaladas (SASSINE, 2015, p. 1).

Essa possibilidade advém da própria separação existente entre as personalidades jurídicas da União e das empresas públicas e sociedades de economia mista, que fica ainda mais evidente devido à natureza de direito privado dessas últimas. Quem não pode cobrar em juízo é justamente a "sociedade", por não ter personalidade jurídica própria. Mas as empresas públicas e sociedades de economia mista podem fazê-lo.

Kyoshi Harada (2015, p. 3) também sustenta que o crime de responsabilidade no âmbito das pedaladas só poderia configurar-se por uma violação da lei orçamentária. Segundo o art. 165 da CF, enquadram-se nessa categoria apenas o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). Perceba-se que a LRF não está inclusa nesse rol; dessa forma, uma infração à LRF, apesar de constituir crime contra as finanças públicas, não representaria um crime de responsabilidade.

Esse argumento, todavia, pode ser refutado pela própria redação literal da Lei do *Impeachment*, que é, afinal de contas, o ponto de partida para a definição dos crimes de responsabilidade, ao lado da CF. Ora, quando o art. 11, III da referida lei tipifica a conduta de "contrair empréstimo, emitir moeda corrente ou apólices, ou efetuar operação de crédito sem autorização **legal**", ele não faz referência específica à lei orçamentária, à LRF ou a qualquer outra lei.

O mesmo vale para o art. 10, VI, que enquadra a conduta de "ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição **legal**".

Dessa forma, conclui-se que qualquer operação de crédito não autorizada por lei consiste em crime de responsabilidade. A Lei 1.079/50 abre vários caminhos para se reconhecer um crime dessa espécie, caminhos esses que não necessariamente passam pela lei orçamentária.

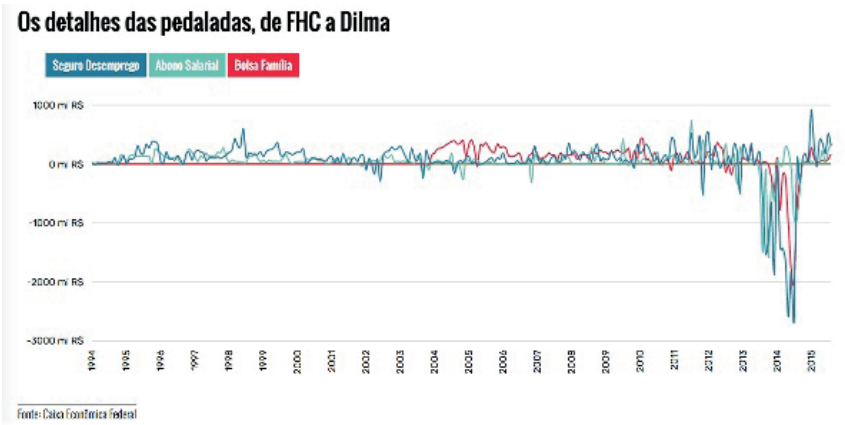
Aqui, deve-se ainda atentar ao princípio da legalidade, corolário da atuação da administração pública, como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 105). Ao contrário do particular, que pode fazer tudo o que a lei não proíbe, a administração pública está adstrita a fazer tão somente o que a lei permite.

Cabe ressaltar que o art. 11 da Lei 1.070/50 se refere aos crimes de res-

ponsabilidade contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos (Capítulo VII); os crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária estão previstos no art. 10 (Capítulo VI). A própria divisão dos Capítulos da Lei 1.079/50 demonstra que a conduta das pedaladas fiscais pode enquadrar-se em mais de uma espécie de crime de responsabilidade que não somente a das infrações à lei orçamentária.

Ricardo Lodi (2015, p. 3) ressalta ainda que as referidas manobras fiscais vinham sendo praticadas desde o governo FHC, sempre contando com o beneplácito do TCU e do Congresso Nacional. Dessa forma, a mudança no entendimento do TCU não poderia produzir efeitos para os exercícios financeiros correntes, mas apenas para os exercícios vindouros, para resguardar a segurança jurídica e a própria democracia (LODI, 2015, p. 4).

No entanto, como já visto acima, as condutas de Dilma não são idênticas às dos seus sucessores, tanto na extensão do atraso dos repasses como no montante de dinheiro represado. "Em termos numéricos, "Dilma 'pedalou' 35 vezes mais do que Lula e FHC juntos [...]. Foram quase R$ 33 bilhões de reais em operações durante a administração da petista – quando somados seguro desemprego, abono salarial e Bolsa Família – contra pouco mais de R$ 933 milhões de ambos os governos anteriores somados" (SPAGNUOLO e NALON, 2016, p. 1). Nota-se, no gráfico abaixo, um vertiginoso salto dos débitos da União junto à Caixa Econômica Federal nos anos de 2014 e 2015:



Fonte: SPAGNUOLO e NALON (2016, p.1).

Apesar de o TCU ter aprovado as contas dos antecessores de Dilma Rousseff, a verdade é que o Tribunal nunca antes havia se deparado com um quadro como esses, de circunstâncias temporais e financeiras absolutamente desproporcionais em relação aos casos pretéritos. Sendo assim, é controverso dizer que houve uma "guinada" na jurisprudência do TCU. O caso assemelha-se mais ao reconhecimento de uma situação distinta (*distinguishing*) do que à superação de um precedente estabelecido (*overruling*).

Ademais, ainda que se entendesse que os governos anteriores também teriam praticado pedaladas fiscais de forma irregular, isso por si só não desabonaria o processo de *impeachment*, uma vez que o mesmo envolve um considerável grau de discricionariedade. O fato de outros presidentes terem se valido das manobras fiscais não significa que as mesmas não constituam crimes de responsabilidade. Pode significar, apenas, que o Legislativo não teria reconhecido a conveniência e oportunidade de afastar-se o chefe de Estado naqueles momentos, o que em matéria de *impeachment* é perfeitamente normal e admissível. Dois presidentes que tenham feito a mesma coisa não necessariamente serão tratados da mesma forma:

> A verdade é que as pedaladas sempre existiram e nunca antes foram questionadas. Quando um governo perde a credibilidade e a legitimidade, qualquer irregularidade pode ser motivo de impedimento do governante. Ao contrário, um governo respaldado por parcela ponderável da população pode executar às avessas a lei orçamentária, conquanto que conduza bem a economia do País (HARADA, 2015, p. 4).

A situação de Dilma não foi comparada apenas com a de seus antecessores na presidência, mas também com a dos governadores de Estado. Houve quem alegasse que, se a presidente sofresse *impeachment* pelas pedaladas fiscais, 16 governadores precisariam ser afastados, uma vez que também teriam recorrido a esse expediente ilegal para fechar as contas (CAMAROTTO e MARCHESINI, 2016, p. 1).

Esse argumento é descabido por duas razões. Primeiramente, porque as pedaladas estaduais podem não representar crimes de responsabilidade. O art. 36 da LRF é claro ao dizer: "É proibida a operação de crédito entre

uma instituição financeira estatal e o ente da Federação **que a controle**, na qualidade de beneficiário do empréstimo".

O trecho destacado em negrito faz toda a diferença. A lei não proíbe qualquer empréstimo entre um banco estatal e um ente federativo; essa vedação existe somente quando o ente federativo em questão é o **controlador** (ex: acionista majoritário) da referida instituição financeira, como ocorre com a União em relação ao Banco do Brasil, por exemplo. Ocorre que, como esclarece Alípio Ferreira (2016, p. 1), diferentemente da União, a maioria dos Estados brasileiros já não controla instituições financeiras, não se enquadrando, portanto, na referida proibição:

> Isso que o governo federal fez não pode ser feito pelos governadores, simplesmente porque eles não dispõem de uma instituição financeira cujos recursos possam ser utilizados de maneira obscura e fraudulenta. A acusação de que os governadores dos estados, inclusive o atual governador de São Paulo, fizeram pedaladas como aquelas de que Dilma é acusada é simplesmente falsa, e felizmente o é!

Segundamente, ainda que se constatasse que governadores vêm praticando manobras fiscais junto a bancos estaduais que ainda existam no Brasil, isso não significa que eles necessariamente "devam" ser afastados. Significa tão somente que estarão **sujeitos** ao *impeachment*, da mesma forma que Dilma Rousseff, bastando que a deposição seja aprovada pela respectiva Assembleia Legislativa de cada Estado. Contudo, em se tratando de *impeachment*, o processo sempre envolve algum grau de discricionariedade política, de modo que o afastamento da presidente com base nas pedaladas de forma alguma vincula os deputados estaduais a fazer o mesmo com seus governadores.

A AGU também afirmava que, ainda que fosse confirmada a indiscutível ilicitude das pedaladas fiscais e seu enquadramento como operações de crédito, não poderia Dilma ser por elas responsabilizada, uma vez que são regulamentadas por portarias do Ministério da Fazenda, sem participação da presidente. A responsabilização recairia, em vez disso, sobre funcionários do alto escalão do governo, como o ex-secretário do Tesouro Arno Au-

gustin, que em seu último dia no cargo assinou um documento assumindo a responsabilidade por todas as pedaladas referentes ao primeiro mandato de Dilma (BERNARDES, 2015, p. 1).

Nessa esteira, a perícia realizada pelo Senado não identificou atos de Dilma nas manobras fiscais (BEDINELLI, 2016, p. 1). Na avaliação dos peritos, ao menos a partir das evidências dos autos, não era possível concluir que houve ação direta da presidente nos atrasos de pagamentos do Plano Safra.

Contudo, inobstante ser o *impeachment* um processo político, ele ainda assim é subsidiariamente regido pelas normas do processo penal (art. 38 da Lei 1.079/50). Nesse contexto, verifica-se que a Câmara e o Senado não funcionam como tribunais de juízes togados, mas sim de forma análoga aos tribunais do júri, uma vez que não se exige dos parlamentares nenhuma fundamentação acerca dos seus votos (HARTMANN, 2017, p. 93), que se resumem ao "sim", ao "não", ou à abstenção.

Aqui, cabe recordar que ninguém pode ser obrigado a nada senão em virtude de lei (art. 5º, II da CF). Não existe para os congressistas um comando como o do art. 93, IX da CF, o qual determina que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Essa regra vale apenas para os magistrados.

Nesse sentido, os discursos proferidos pelos deputados e senadores quando da manifestação de seus votos têm valor meramente retórico e midiático, e não jurídico. Devem ser interpretados como parte do exercício de sua função como agentes políticos, e não como julgadores.

É descabida qualquer tentativa de se enquadrar as Casas legislativas como tribunais comuns no processo de *impeachment*, o que fica ainda mais evidente ao observar-se que não são exigidos dos parlamentares vários, se não todos, os requisitos para fazer as vezes de juízes togados, como a investidura, o bacharelado em Direito e a imparcialidade.

Sendo assim, o sistema de valoração de provas que mais se adequa ao processo de *impeachment* não é o livre convencimento motivado, reservado aos juízes de direito; mas sim o da convicção íntima, de forma análoga aos tribunais do júri, onde a autonomia dos julgadores é nitidamente maior:

> Segundo esse sistema, o julgador não está obrigado a exteriorizar as razões que o levaram a proferir a decisão. O Juiz atribui às provas o valor que quiser e bem entender, podendo, inclusive, decidir valendo-se de conhecimento particular a respeito do caso, mesmo não havendo provas nos autos. Ele decide de acordo com a sua convicção íntima, sem necessidade de fundamentar a decisão (TOURINHO FILHO, 2008, p. 537).

A Lei 1.079/50, por sua vez, salienta que o Presidente da República pode incorrer em crime de responsabilidade também de forma **omissiva**, como por exemplo ao "não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição" (art. 9, III) ou "não apresentar ao Congresso Nacional a proposta do orçamento da República dentro dos primeiros dois meses de cada sessão legislativa" (art. 10, I).

Além disso, seria praticamente impossível imputar a um Presidente a prática de infrações que envolvem o orçamento nacional caso fosse aceito aquele argumento, uma vez que sempre haveria algum ministro ou funcionário de alto escalão para assumir a responsabilidade dos atos, servindo assim de bode expiatório para o chefe da nação e seu governo como um todo.

A prática das pedaladas, por sinal, enquadra-se nos crimes contra a guarda e legal uso dos dinheiros públicos, espécie que Raul Chaves (1960, p. 82) entende referir-se justamente a infrações mais próximas daqueles funcionários que se encarregam da arrecadação, mas que não se encontram sob supervisão direta do Presidente da República, que no entanto pode ser por elas responsabilizado.

Faz-se necessário recordar que, conforme as evidências relatadas pelo procurador de contas Julio Marcelo de Oliveira, as pedaladas não foram um mero acidente ou deslize da parte do governo, mas sim ações premeditadas com o objetivo de mascarar a situação das contas públicas nos períodos pré e pós-eleitoral.

O fato acima torna insustentável a tese de que a presidente ignorasse a existência das pedaladas ou não tivesse domínio sobre as mesmas. O retardo nos pagamentos aos bancos públicos foi proposital e Dilma poderia

tê-lo interrompido, o que não fez mesmo após os alertas do TCU (CUCOLO, 2015, p. 1). Mas, quando quis fazê-lo, quitou de uma vez só um montante de R$ 72,4 bilhões, referente a dois anos de pagamentos atrasados, somente após a abertura do processo de *impeachment* (CORTEZ, 2015, p. 1). Prova de que havia domínio presidencial sobre as condutas.

3. CONCLUSÃO

Assim, tem-se que as pedaladas fiscais configuraram operações de crédito para fins legais e que portanto são improcedentes os argumentos de que as referidas manobras não representam crime de responsabilidade e de que Dilma não poderia ser removida do cargo com base nesse fundamento. Eventuais dúvidas e incertezas acerca dos conceitos jurídicos e do grau de envolvimento da presidente nas condutas praticadas foram resolvidas pelo TCU e Senado Federal, órgãos aos quais a Constituição outorgou a competência para tal.

REFERÊNCIAS

AFONSO, José Roberto R. LUKIC, Melina Rocha. Mitos e verdades sobre as "pedaladas fiscais". In: ARGUELHES, Diego Werneck. FALCÃO, Joaquim. PEREIRA, Thomaz (Coords.). ***Impeachment* de Dilma Rousseff: entre o Congresso e o Supremo**. Belo Horizonte: Editora Livramento, 2017, p. 39-41.

AMORA, Dimmi. **Pedaladas do governo Dilma bancaram grandes empresas e produtores rurais**. Folha de S. Paulo *on-line*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/20 15/10/1698464-pedaladas-do-gov erno-dilma-ban caram-grandes-empresas-e-produtores-rurais.shtml>. Acesso em: 09 mar. 2019.

BEDINELLI, Talita. **Dilma não 'pedalou', mas autorizou decretos sem aval do Congresso, diz perícia**. El Pais *on-line*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/27/politica/1467040634_118457.html>. Acesso em: 09 mar. 2019.

BERNARDES, Fabricio. **Augustin assume a culpa por "pedaladas fiscais"**. Exame *on-line*. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/economia/augu stin-assume-a-culpa-por-pedaladas-fiscais/>. Acesso em: 16 jul. 2017.

BRASIL, Felipe Moura. **Entenda por que Dilma cometeu o crime das "pedaladas fiscais" – e FHC e Lula, não**. Veja *on-line*. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/felipe-moura-brasil/entenda-por-que-dilma-cometeu-o-crime-das-8220-pedaladas-fiscais-8221-8211-e-fhc-e-lula-nao/>. Acesso em: 16 jul. 2017.

CAMAROTTO, Murillo. MARCHESINI, Lucas. **Se *impeachment* for por pedaladas, 16 governadores terão de se afastar**. Valor Econômico. Disponível em: <http://www.valor.com.br/politica/4493408/se-impeachment-por-pedaladas-16-governadores-terao-que-se-afastar>. Acesso em: 19 jul. 2017.

CHAVES, Raul. **Crimes de Responsabilidade**. 1. ed. Salvador: S. A. Artes Gráficas, 1960.

CONTI, José Mauricio. **Agressões ao Direito Financeiro dão razões para o *impeachment***. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-abr-05/contas-vista-agressoes-direito-financeiro-dao-razoes-impeachment>. Acesso em: 25 jun. 2017.

CORTEZ, Ana Carolina. **Dilma paga pedaladas até de 2015 para enfraquecer argumento do *impeachment***. El País *on-line*. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/12/29/economia/1451418696_403408.html>. Acesso em: 16 jul. 2017.

CUCOLO, Eduardo. **Dilma mantém 'pedaladas' em 2015 mesmo sob contestação do TCU**. Folha de S. Paulo *on-line*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/06/1645916-reprovadas-pelo-tcu-pedaladas-com-bancos-continuam-a-ocorrer-em-2015.shtml>. Acesso em: 15 jul. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Mancadas do *impeachment***. Disponível em: <http://www.hildegardangel.com.br/mancadas-do-*impeachment*-artigo-de-dalmo-de-abreu-dallari-um-dos-mais-importantes-juristas-do-pais/>. Acesso em: 25 mar. 2017.

FABRINI, Fábio. **Para Ministério Público, pedaladas do governo Dilma não são crime**. Estadão *on-line*. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,para-mp-pedaladas-do-governo-dilma-nao-sao-crime,10000062862>. Acesso em: 01 nov. 2017.

FARINA, Erik. **O que são as pedaladas fiscais que levaram ao pedido de *impeachment***. Zero Hora *on-line*. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2016/04/o-que-sao-as-pedaladas-fiscais-que-levaram-ao-pedido-de-impeachment-5778582.html>. Acesso em: 15 jul. 2017.

FERREIRA, Alípio. **Governadores pedalam? Um esclarecimento**. Terraço Econômico. Disponível em: <http://terracoeconomico.com.br/governadores-pedalam-um-esclarecimento>. Acesso em: 19 jul. 2017.

HARADA, Kyoshi. **Crimes de responsabilidade e *impeachment***. Migalhas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI229043,11049-Crimes+de+responsabilidade+e+impeachment>. Acesso em: 17 jul. 2017.

HARADA, Kyoshi. **Pedaladas fiscais ensejam *impeachment*?** Harada Advogados. Disponível em: <http://www.haradaadvogados.com.br/pedala das-fiscais-ensejam-impeachment/>. Acesso em: 17 jul. 2017.

HARTMANN, Ivar. O processo de impeachment será aberto ou secreto? In: ARGUELHES, Diego Werneck. FALCÃO, Joaquim. PEREIRA, Thomaz (Coord.). ***Impeachment* de Dilma Rousseff: entre o Congresso e o Supremo**. Belo Horizonte: Editora Livramento, 2017, p. 92-93.

LODI, Ricardo. **Pedaladas hermenêuticas no pedido de *impeachment* de Dilma Rousseff**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/ricardo-lodi-pedaladas-hermeneuticas-pedido-impeachment>. Acesso em: 25 mar. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

MENEZES, Dyelle. **Maioria das "pedaladas" foi para grandes empresas e agronegócio**. Contas Abertas. Disponível em: <http://www.contasabertas.com.br/we bsite/arquivos/12064>. Acesso em: 15 jul. 2017.

OSAKABE, Marcelo. **S&P rebaixa nota do Brasil pela segunda vez em cinco meses**. Estadão *on-line*. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,sep-rebaixa-o-rating-do-brasil-pela-segunda-vez-em-cinco-meses,10000016856>. Acesso em: 15 jul. 2017.

ROMÃO, Roberta. **Saiba o que são pedaladas fiscais**. Consumidor Moderno. Disponível em: <http://www.consumidormoderno.com.br/2016/03/23/saiba-o-que-sao-pedaladas-fiscais/>. Acesso em: 16 jul. 2017.

SASSINE, Vinicius. **Caixa leva pedaladas à Justiça e cobra taxas não pagas para execução e programas como o PAC**. O Globo *on-line*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/caixa-leva-pedaladas-justica-cobra-taxas-nao-pagas-para-execucao-programas-como-pac-17477241>. Acesso em: 09 mar. 2019.

SCHREIBER, Mariana. **5 perguntas para entender as acusações que podem tirar Dilma definitivamente da Presidência**. BBC Brasil *on-line*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portug uese/brasil-37190184>. Acesso em: 15 jul. 2017.

SOUZA, Murilo. **Ministro discorda de entendimento do TCU sobre pedaladas fiscais**. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/487364-MINISTRO-DISCORDA-DO-ENTENDIMENTO-DO-TCU-SOBRE-AS-CHAMADAS-%E2%80%9CPEDALADAS-FISCAIS%E2%80%9D.html>. Acesso em: 16 jul. 2017.

SPAGNUOLO, Sérgio. NALON, Tai. **Dilma 'pedalou' 35 vezes mais que Lula e FHC juntos**. Aos Fatos. Disponível em: <https://aosfatos.org/noticias/dilma-pedalou-35-vezes-mais-que-lula-e-fhc-juntos/>. Acesso em: 18 jul. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

DIREITOS SOCIAIS COMO CAMALEÕES NORMATIVOS, NEOCONSTITUCIONALISMO E OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL

JAIME LEÔNIDAS MIRANDA ALVES

INTRODUÇÃO

Uma das questões de maior relevo na comunidade jurídica atualmente diz respeito aos limites do ativismo judicial (fenômeno pelo meio do qual o Poder Judiciário determino ao Executivo a realização de determina prática implicadora de custos a fim de tutelar direito constitucionalmente assegurado).

A doutrina, no mais das vezes, debate a questões sob duas perspectivas, a) a dos custos; e b) a da separação dos Poderes, de modo que a resposta sobre a possibilidade ou não da conduta ativa do Judiciário se fundamentará, essencialmente, ou no modelo de Estado defendido pelo jurista (seja de viés liberal ou social) ou pela interpretação do próprio Direito como ciência normativa (aproximação com o positivismo ou com o pós-positivismo).

Essas reflexões, contudo, para o professor J.J. Gomes Canotilho se revelam insuficientes para entender e responder corretamente a questão dos limites do ativismo judicial. Para Canotilho, a análise a ser realizada deve ser, necessariamente, *a priori*, a partir da correta conceituação dos direitos sociais, culturais e econômicos. De fato, a dificuldade em aperfeiçoar um conceito é o que leva a impossibilidade de concretizá-lo no plano material. A esse fenômeno, Canotilho denomina tratar-se de camaleões normativos.

Para o fim a que se destina a presente pesquisa, todavia, de modo a compreender adequadamente a tese dos camaleões normativos, necessário

se faz discorrer – rediscutindo e reescrevendo – a evolução dos paradigmas constitucionais, a partir das conquistas epistêmicas do constitucionalismo liberal, que trouxe primeiro a noção de direitos como limitação à atuação estatal – primeira dimensão –, após o raciocínio jurídico no sentido de exigirem os direitos uma atuação positiva por parte do Poder Público – especificamente a partir do advento do constitucionalismo social e da "escolha pelos pobres" – e, mais recentemente, tendo por parâmetro o neoconstitucionalismo, fenômeno que trouxe à baila a concepção de direitos como símbolos judiciáveis, de modo que seu (des)cumprimento, em qualquer grau e por quem quer que seja, é lícito de ser reclamado.

1. A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO E A OPÇÃO PELOS POBRES

Primeiramente, no mister de bem compreender a evolução da tutela dos direitos sociais, necessário se faz uma breve digressão histórica acerca dos ciclos do constitucionalismo. Numa perspectiva macro, tem-se dois grandes ciclos constitucionais – ou paradigmas do direito constitucional – que rivalizam em termos de época. Há de se pensar, portanto, em um ciclo pré-constitucional, quando não obstante a existência de organizações estatais, não havia ainda constitucionalismo em sentido estrito, porquanto inexistia um documento Constituição em sua acepção moderna, e o segundo grande ciclo, o constitucional, marcado pelo surgimento de um documento formal apto a regular a vida em sociedade – Constituição.

Nesse cenário, surgiu a Constituição como documento hábil a organizar a vida em sociedade, primeiro a partir de ideias iluministas e de caráter individualista. Tem-se, pro conseguinte, o Estado liberal como modelo de Estado adotado a partir do fim da Revolução Francesa de 1789 até os fins do século XIX.

O Estado liberal, conforme ensina Bonavides (2011, p. 42) foi o primeiro Estado jurídico guardião das liberdades individuais, cujos princípios filosóficos foram desenhados pela burguesia, elevados ao ápice num momento de revolta social, para depois, com a transformação da burguesia de classe dominada, para classe dominante, olvidados.

Com efeito, dispõe o autor que, "no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interesse em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens." (2011, p. 42).

Com efeito, a dialética do Estado liberal está intimamente ligada à filosofia de não intervenção do Estado o que, de certa forma, fundamentou os direitos de liberdade. Sob a ótica constitucional, trata-se de movimento jurídico-filosófico datado dos fins do século XVIII, que teve como pressupostos a criação de Constituições escritas, cujo objetivo principal era estabelecer a harmonia entre Poder e Liberdade (ROSSI, 2012, p.136).

O Constitucionalismo liberal, nesse jaez, foi marcado pelo nascimento de um documento escrito que passou a erigir a vida e sociedade a partir de ideias iluministas. Desta feita, veio o indivíduo ao centro do mundo, numa tendência de se construir a fecilidade a partir de um processo com bases na filosofia racional.

O Estado Liberal – também conhecido como paradigma do Estado da Legalidade – foi marcado por um processo de construção dos textos constitucionais que, no mister de garantir a segurança jurídica, observou duas técnicas fundamentais: a separação dos Poderes (nota de rodapé) e o elenco de direitos individuais fundamentais.

É nesse contexto que deixa o homem a condição de súdito, passando a se qualificar como cidadão na medida em que se limitou a esfera de atuação do Poder Público, como se percebe da leitura do art. 16 da Declaração de direitos do homem e do Cidadão de 1789.

Dessa forma, as Constituições vêm como "mecanismos de contenção do poder e, consequentemente, de garantia das liberdades que começavam a ser formalmente reconhecidas" (ROSSI, 2012, p. 136). As Constituições de caráter liberal se caracterizam, portanto, por preverem a separação dos poderem e rol de liberdades negativas.

Diz-se liberdades negativas os direitos individuais que dão garantias aos cidadãos frente ao poder estatal, garantindo deste uma abstenção e, aliados ao princípio democrático e à observância de uma lei moral, fundamentam todo o pensamento liberal. É nesse cotejo de desenvolvimento do Estado liberal que a tutela dos direitos fundamentais firma-se na condição

de direitos de liberdade, ou direitos fundamentais de primeira dimensão.

Nessa toada, a primeira dimensão corresponde ao anseio por liberdade e vem no sentido de delimitar a atuação do Estado, daí porque é comum considerar os direitos fundamentais de primeira dimensão como manifestação jurídica do status negativo, consoante a teoria proposta por Jellinek (2000).

Avançando na teoria do Estado liberal, tem-se o surgimento da ideia de Estado burocrático, o que inicia um processo de modificação da significação do e reconstrução do Estado burguês, visto que, em apertada síntese, o liberalismo defendia os fins limitados do Estado. Vale dizer, caberia ao Estado reduzir ao máximo suas atividades, funcionando apenas como vigilante da ordem social, agindo na função de Estado-polícia, sendo vedada iniciativas de ordem econômica.

O estado liberal sofreu diversas modificações, até ser substituído pelo Estado Social, em meados do século XX.

O Estado social surgiu da virada ontológica que pôs termo ao modelo liberal. Veio como uma resposta às crises, especialmente a partir da constatação de que as liberdades defendidas no século XVIII e ínício do século XIX, de fato, jamais permitiram que os homem pudessem ser livre. Pelo contrário, patrocinaram a exploração do homem pelo homem, pondo-se em xeque a concepção de isonomia formal.

Interessante destacar que, durante o segundo paradigma do constitucionalismo, no qual muitos Estados adotaram o modelo econômico do Welfare State, ganhou relevo a atuação do Poder Executivo, ocupando papel central na organização da vida em sociedade, o que no Estado da Legalidade, estava a cargo do Legislativo, o que, no mister de alcançar respostas rápidas, trouxe como consequência o surgimento de Estados Totalitários.

Conforme aponta Bonavides (2011) três são os documentos representativos de experiências políticas e institucionais funcionaram como alicerce teórico à discussão acerca do Estado Social, conforme. São eles: a Revolução Russa de 1917 e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, a Revolução Mexicana, e a Constituição Mexicana e, por fim, a reconstrução da Alemanha após a Primeira Guerra e a Constituição de Weimar de 1919.

Cumpre destacar, que o ideal do "*heisst sozial"* não se confunde com a teoria de Marx a despeito do Estado socialista. Com efeito, segundo Bonavides (2011, p. 184) "o Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. [...] Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar."

Vale dizer, o Estado social foi implantado em variados sistemas de organização política, vindo a vigorar, por exemplo, na Alemanha nazista, na Itália fascista, na Espanha franquista e Portugal salazarista. Estado social, desde logo se deve compreender, não contrapõe, de sobremaneira, o capitalismo liberal, mas representa um sistema no qual o controle burguês da classe se vê enfraquecido e o Estado passa a se configurar na forma de "pacificador necessário entre o trabalho e o capital" (BONAVIDES, 2006 p. 183).

Conquanto o modelo liberal se balizava no ideal de liberdade, o Estado social tinha como fim primeiro a persecução da igualdade. Tal busca é construída pelo agigantamento da instituição estatal que, como se verá a seguir, recebeu aporte constitucional.

O Estado social teve como baluarte o entendimento de que cabe ao Estado atuar como agente de desenvolvimento, promovendo e atuado em todos os setores da vida de seus administrados. Sob a ótica econômica, diz-se ter sido Keynes o grande responsável por divulgar a teoria do Estado – de Bem Estar – Social ao explanar que a "mão invisível" não era apta a resolver os anseios da sociedade, como defendiam os teóricos do liberalismo. Desta feita, o *Welfare State* se popularizou como solução às crises econômicas pelas quais passou o Estado moderno, como o *crack* da bolsa americana em 1929 e a situação da Europa pós-guerra.

É nesse espeque que fala-se em constitucionalismo social como movimento que sai em defesa não apenas das liberdades negativas, mas também no mister dos interesses coletivos e sociais, com o fim de atingir-se o postulado da igualdade material (ROSSI, 2012, p. 140).

Assim, o Estado Social é caracterizado pela atuação ativa por parte do Estado e pela normatividade jurídica concedida aos direitos sociais, ou direitos fundamentais de segunda dimensão.

No tocante aos direitos fundamentais de segunda dimensão, Marmelstein (2008, p. 50), defende que, de maneira diversa ao que ocorre na primeira dimensão, de caráter da não intervenção, a segunda dimensão de direitos fundamentais prima pela necessidade de atuação concreta do Estado nos aparelhos sociais de forma a consolidar uma sociedade igualitária.

Resgatados pelo constitucionalismo social, fala-se nos direitos fundamentais sociais, remetendo-se, para tanto, aos gritos por igualdade da Revolução Francesa. Consentânea lição de Barros, (2010, p. 102) a categoria dos direitos sociais emergiu, entre os séculos XVIII e XIX, em razão da necessidade de se a atender às reinvindicações da classe trabalhadora. Outra possível explicação é de natureza marxista e atrela o surgimento dos direitos sociais ao modelo capitalista de Estado, que necessitou conceder certos direitos aos trabalhadores, para que, além de trabalhadores se tornassem também consumidores.

A teoria dos direitos fundamentais no Estado Social trouxe, por vez, à baila os denominados direitos sociais que, de forma breve, reclamam uma prestação positiva do Estado.

2. DIREITOS SOCIAIS E O DESAFIO DE SUA CONCEITUAÇÃO

Os direitos sociais, juntamente com os econômicos e culturais, compõem a denominada segunda dimensão de direitos fundamentais, surgida a partir do impacto da industrialização e dos graves problemas sociais que a acompanharam e marcaram o século XIX e início do século XX.

Esse período ficou conhecido como constitucionalismo social, inspirado em documentos como o Manifesto Comunista e tem origem na busca por igualdade material prevista pelas Constituições mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Com efeito, "encontramos ali, estabelecida pela primeira vez em um texto constitucional que alcançara vigência, a relação específica entre direitos sociais e revolução inconclusa" (HERREIRA, 2008, p. 7).

A nota distinta dos direitos sociais, segundo Sarlet (2015, p. 47) remonta ao fato de que estes são compostos por uma dimensão positiva, vista que

não se cuida mais de evitar a intervenção do Estado na esfera de liberdade individual, mas, noutro giro, de construir um direito de participar do bem--estar social. Nesse diapasão, a liberdade perante o Estado dá lugar ao primado da liberdade *por intermédio* do Estado.

No mesmo sentido, Tavares (2012, p837) conceitua os direitos sociais como aqueles "que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais".

A primeira constituição brasileira a tratar da ordem social, como também da ordem econômica, vale dizer, foi a Constituição de 1934, embebida de influências da Constituição de Weimar. Com o passar do tempo, os direitos sociais receberam certa independência ao saírem do capítulo da ordem social e econômica.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 criou um sistema jurídico-constitucional de garantias institucionais, visto a importância dado pelo legislador constituinte aos direitos e garantias fundamentais. Aliado aos direitos individuais, o constituinte se atentou à expansão do rol de direitos sociais, em necessária atenção aos padrões de bem- -estar social e econômico vigentes. Criou-se, portanto, um sistema de direitos "abraçados aos princípio da igualdade" (BONAVIDES, 2006, p. 523) em sua acepção material.

Não obstante as inferências realizadas até então acerca dos direitos sociais, Sarlet (2015, p. 48) aponta para o fato de que parte da doutrina desconsidera que os direitos sociais não englobam apenas aspectos positivos – direitos de cunho prestacional – mas também contêm em seu núcleo determinadas liberdades negativas sociais, a exemplo da liberdade de sindicalização e de greve, além do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, como direito a férias, repouso semanal remunerado, dentre outros, de modo que ainda hoje parece tortuoso o mister de construir um conceito preciso e uníssono acerca dos direitos sociais.

Acerca dos titulares, num primeiro momento, estes ainda se reportam à pessoa individual, não se confundindo com os direitos de terceira dimensão. "A utilização da expressão 'social' encontra justificativa, entre outros

aspectos que não nos cabe aprofundar nesse momento, na densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas" (SARLET, 2015, p. 48), de forma especial a classe operária.

Vê-se, portanto, que o conceito de direito social está intimamente ligado à compreensão de justiça social e esta, por sua vez tampouco é de fácil determinação.

Os adeptos do conceito de justiça social defendem uma tese de construção de uma sociedade justa, sendo aquela em que os homens são livros e iguais em direito, referindo-se especificamente às possibilidades de se garantir a todos o mínimo para que satisfaçam suas necessidades essenciais, morais, espirituais ou artísticas (KOLM, 2000, p. 12). Ocorre que todos os conceitos utilizados para conceituar justiça social padecem do mesmo mal utilizado na construção do direito social: o fuzismo utilizado é de tal modo que corre-se o risco de se estar diante de um vazio normativo, na medida que até o momento não se pode precisar o que é o "mínimo" e quais seriam as "necessidades essenciais, morais, espirituais ou artísticas".

3. O NEOCONSTITUCIONALISMO E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA TUTELA DOS CAMALEÕES NORMATIVOS

Para os fins a que pretende a presente pesquisa, considera-se o neoconstitucionalismo como espécie de teoria pós-positivista, que despontou no mundo após as sérias violações aos direitos humanos ocorridas na Segunda Guerra Mundial que, em determinada esfera, eram legitimadas pela teoria do direito positivo.

No que tange à virada linguística responsável pelo advento do neoconstitucionalismo, e com isso a superação de vez, do modelo positivo, tem-se que este se caracteriza pela percepção de Constituição como ferramenta, que deverá ter seu conteúdo confirmado ou não pela hermenêutica constitucional.

Acerca do marco histórico de desenvolvimento do neoconstitucionalismo, obtempera Barroso (2006, p.18-19) que foi o sentimento de mudança

no pós-guerra que fomentou a busca por uma nova teoria constitucional apta a regular satisfatoriamente a sociedade da época.

Desta feita, aduz que "a reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas" (BARROSO, 2006, p. 18).

Nesse jaez, o movimento constitucional que surgiu buscava aproximar a teoria constitucional clássica do princípio democrático, construindo, nesse mister, estruturas políticas que atendem pelos mais diversos nomes, tais como Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito; Estado constitucional moderno, etc.

Com efeito, reconhece o autor (2006, p. 19) que a formação do neoconstitucionalismo tem como principal referência a Constituição Alemã, de 1949, e a consequente criação do Tribunal Constitucional Federal, em 1951.

Informa Barroso (2006, p. 19) que após as modificações a nível constitucional na Alemanha, deu-se início a uma corrente jurisprudencial e doutrinária que tinha como objeto de análise a ascensão científica do direito constitucional.

O que seguiu foi uma verdadeira releitura dos sistemas constitucionais: na Itália, em 1947 e, mais adiante, em Portugal (1976) e na Espanha (1978).

Acerca do neoconstitucionalismo em *Terrae Brasilis,* tem-se que seu triunfo foi tardio, apenas com promulgação da Constituição Federal de 1988, com o processo de redemocratização do Estado brasileiro e de superação ao regime militar instaurado em 1964.

Nessa toada, na medida em que a ditadura militar se caracterizou pela supressão de direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo representou importante conquista social e política.

A promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988 "representou o grande marco na redemocratização do país, com uma relevante dimensão simbólica: ela marcou o reencontro da sociedade brasileira com o Direito e a Democracia" (SARMENTO, 2006, p. 84).

A Constituição Federal de 1988, conforme ensina Bonavides e Paes de Andrade (2005, p. 486) "reforça a proteção dos direitos e das liberdades

constitucionais quando restitui ao Congresso Nacional prerrogativas que lhe haviam sido subtraídas pela administração militar".

Vale dizer, consagra direitos que haviam sido retirados do cidadão, e, nessa medida, cabe falar em superação do Estado de Direito pelo Estado Constitucional (SARMENTO, 2006, p. 51).

O neoconstitucionalismo designa o fenômeno de aplicação da Constituição diretamente pelos juízes por meio da interpretação, sem ter a lei como intermediária. Este fenômeno é mais comum nos sistemas normativos abertos que são formados por mais princípios do que regras, o que aumenta a liberdade de interpretação do juiz.

Desta feita, o constitucionalismo moderno elevou a Constituição à condição de elemento fundante e principal da ordem jurídica, sendo que o neoconstucionalismo deve andar conjugado com o ideal democrático para o reconhecimento da pluralidade social e jurídica e assegurando os direitos fundamentais de todas as camadas sociais. Ou, nas palavras de Steck (2007, p. 313):"uma regra que estabeleça a aplicação dos métodos insere-se no esquema subsuntivo-dedutivo, com clara inserção no paradigma metafísico-objetificante."

Assim, segundo leciona Cambi (2007, p. 6-7) a ideia do neoconstitucionalismo significa dizer que as normas constitucionais têm forma normativa, devendo ser reconhecido o caráter jurídico imperativo de suas regras e princípios.

Observa-se, assim, o neoconstitucionalismo, como modelo jurídico que tem como fim a busca pela função antrolopológica do Direito em sua plenitude por meio da hierarquização constitucional.

Ora, o neoconstitucionalismo inaugura o Estado Constitucional Moderno, ou dito de outra forma, a modernidade político-jurídica, que se consubstancia na vedação à negação constitucional da proteção jurídica dos direitos humanos. Para Cruz (2006, p. 9) o Estado Constitucional, funcionando como mecanismo garantidor dos direitos e garantias fundamentais.

Oliveira (2010, p. 113) firma que, ao passo que, sob o modelo Liberal, o Estado de Direito se submetia ao princípio da legalidade, no Estado Democrático de Direito, além da conformidade à Constituição Federal e à lei, a atividade administrativa deve estar pautada no respeito à legitimidade,

proporcionando, assim, um viés principiológico que aproxima o Estado para com o cidadão.

Barroso (2006, p. 20) preleciona que, em decorrência do fenômeno de constitucionalização do direito, todos os principais ramos de direito infraconstitucional tiveram, em maior ou menor quantidade, previsão constitucional. Dispõe que "a catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário..." e mais além.

Vem a lume, no neoconstitucionalismo, o fenômeno de positivação dos princípios que, antes consubstanciados na forma de princípios gerais do Direito, agora possuem força normativa, visto terem sido contemplados nas Cartas constitucionais modernas. É certo que "os princípios constitucionais, que deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, passaram a ser anulados por conceituações rígidas, que acabaram por transformá-los em regras" (SILVA, 2011).

Ademais, compreende-se, como o faz Silva (2011, p. 293) que o neoconstitucionalismo tratou de introduzir no ordenamento jurídico elementos de natureza moral e axiológica. Por conseguinte, a proteção trazida pela Constituição Federal aos indivíduos, na virada do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo ultrapassa os fundamentos puramente principiológicos e transforma a ideia de justiça substantiva em dogma.

No seio do neoconstitucionalismo, observa-se que os princípios constitucionais são tidos como aspectos fundamentais na aplicação do direito ao caso concreto. Desta feita, ocorre uma verdadeira celeuma doutrinária e jurisprudencial quando tais princípios, considerados norte, não tem seu conceito bem definido, tal qual ocorre com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sobre a compreensão dos direitos fundamentais no seio do neoconstitucionalismo, insta consignar que tratam--se de direitos judiciáveis, ou seja, a limitação de sua eficácia em razão da inércia do Poder Público possibilita ao particular tirar o Judiciário de sua condição estanque, com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição, estabelecido constitucionalmente no artigo 5º, XXXV da Carta Política.

O caráter 'judicável' dos direitos fundamentais, para Bõeckenfõrde vem como decorrência da conexão entre o conteúdo jurídico-objetivo e o conteúdo jurídico-subjetivo. Nessa esteira, preleciona que *"los derechos fundamentales como derechos de liberdad tienen caracter de pretensión frente al poder público* [...] *Su violación puede ser atacada amei procedimento judicial ordinário."* (BÕECKENFÕRDE, 1993, p. 117)

Canotilho (2003, p. 1176) afirma que a Constituição estabelece "em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas."

Nesse sentido, e também com base em Habermas (2003), os direitos fundamentais são possuidores uma natureza deontológica, fazendo surgir para o Estado o mister de agir.

Assim, o movimento neoconstitucional trouxe o entendimento de que os direitos fundamentais não contem apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote)*, mas expressam postulados de proteção (*Schutzgebote*). Sob o prisma do Estado, os direitos fundamentais se revestem tanto de uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), como em proibição de omissão (*Untermassverbot*).

Nesse diapasão, afirma-se: em razão dos direitos fundamentais se configurarem como baluartes do Estado de Direito e, por conseguinte, implicarem na existência de direitos positivos vinculados, estes, ao passo que limitam a obrigação do Estado – gerando um dever de não fazer – coagem o mesmo Estado a tomar providências positivas – o que, no plano das políticas públicas acaba por gerar o debate em torno do ativismo judicial.

Com efeito, o neoconstitucionalismo revela o terceiro paradigma do constitucionalismo, tido como o do Estado Democrático do Direito e, de forma diversa aos paradigmas anteriores, aqui incumbe ao Poder Judiciário regular assegurar e proteger os direitos fundamentais. A perspectiva atual, talvez influenciada pela pós-modernidade e pela fomração de sociedades pluralistas é de abandonar a desconfiança para com o Poder Judiciário e, em sentindo oposto, espera-se um Judiciário forte, apto a atuar na defesa do cidadão.

É nesse momento histórico em que o Poder Judiciário tem o maior desdobramento em relação à teoria do Separação dos Poderes, justamente

por ser aquele que tem interferência direta na esfera privada do indivíduo. Nesse diapasão, não cabe mais conceber o Poder Judiciário como *longa manus* do Executivo, como o fora na Idade Média.

Atualmente, os debates em torno da atuação do Poder Judiciário e que legitimam esse desdobramento dantes abordado, têm como tônica a possibilidade de se trabalhar com a maior dentro do direito, levando em conta os direitos das minorias e a existência de conceitos transitórios. Afinal, ao Judiciário é conferido o papel contramajoritário justamente no afã de tutelar adequadamente as minorias; vale dizer, um Judiciário com efetiva participação popular em prol da construção de uma sociedade democrática.

De forma a sintetizar o que foi visto anteriormente, tem-se que no primeiro ciclo do constitucionalismo, de cunho liberal, o Estado era acanhado, limitando sua atuação à condição de *bouche de la Loi,* devendo o juiz guardar uma leitura objetiva da lei.

No constitucionalismo social, o Judiciário se via mais criativo, não obstante ainda vinculado ao espírito da lei em uma lógica positiva. A aplicação da lei, nesse cenário, partia de uma ideia cartesiana de formação de conhecimento, estando o juiz preso a uma cadeia de leis, dentre as quais pode optar pela mais adequada ao caso concreto – metáfora de Vênus de Milo.

Por fim, o neoconstitucionalismo, que implicou numa nova releitura da Separação dos Poderes no que toca os limites de atuação do Poder Judiciário e os riscos a isso inerente. Teme-se pela tomada de decisões para além da discricionariedade, atingindo status de arbitrariedade. Por outro lado, deposita-se no Judiciário a esperança de uma decisão democraticamente justa, a partir de contornos hetegêneos e pluralistas.

Desta feita, analisa-se os limites da atuação do Poder Judiciário na tentativa de consagração dos direitos sociais sob o crivo da teoria dos camaleões normativos.

Acerca do conceito de direitos sociais, Canotilho (1998) afirma que sua construção vem se dando por meio da técnica "fuzzy", segundo a qual representa uma metodologia da imprecisão que cerca determinadas áreas da ciência jurídica. A técnica "fuzzy" – ou fuzzismo – consiste no fato de que os juristas não sabem determinar conceitos relacionados aos direitos

sociais, econômicos e culturais, fazendo surgir, por consequência, concepções vagas, incertas e subjetivas.

Nesse cenário, os direitos sociais, culturais e econômicos compõem um sistema aberto marcado pela imprecisão normativa, porquanto parece lícito pensar nesses camaleões como conteúdos normativos tanto transcendentes quanto imanentes ao sistema.

Como sugestão à questão da crise conceitual dos direitos sociais, econômicos e culturais – o que influi diretamente no determinismo dos limites da atuação estatal – Canotilho (1988) sugere o caminho da "desintroversión" e da subsidiariedade.

A partir da desintroversión tem-se a desconstitucionalização das políticas sociais, mas não como excomunhão dos direitos sociais do universo normativo-constitucional. A subsidiariedade leva a propostas alternativas ao âmbito de concretização dos direitos sociais, na medida em que i) ao passo em que demonstra a desconformidade das estruturas estatais burocráticas; ii) impende pensar nos direitos sociais como uma proposta de reciprocidade, o que escapa ao campo teorético-dogmático.

Nesse sentido, deve a questão da eficácia dos direitos sociais ser trabalhada dialogicamente numa esfera pública de convivência, possibilitando, assim, a consecução dos direitos independentemente do movimentar das estruturas burocráticas do Estado, o que demonstra a fundamentalidade das ações da sociedade civil nesse mister.

Quanto ao ativismo judicial, seus limites não podem ser determinados sob o *topos* exclusivo da separação dos Poderes, resposta esta que se mostra inapropriada à evolução do Direito em tempos de pós-positivismo. Por outro lado, deve-se trabalhar o Direito no sentido de construir um conceito preciso a fim de abstrair as lacunas semânticas que compõem o desenho normativo dos direitos sociais, culturais e econômicos de modo a ser lícito, enfim, apontar aquilo que pode e o que não pode ser feito. Ate lá, forçoso concluir pela necessária tutela incondicionada dos direitos sociais, culturais e econômicos, desde que sob o crivo da razoabilidade e dentro da conformação normativa da tutela da dignidade humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da constatação dos direitos fundamentais sociais, econômicos e coletivos como símbolos judiciáveis, surge a indagação acerca dos limites da atuação do Poder Judiciário em prol da implementação desses frente às peculiaridades do caso concreto e aos desafios da pós-modernidade.

A efetivação dos direitos aqui compreendidos como camaleões normativos impede uma política ativa de custos e planejamentos por parte do Poder Público visto que não existem direitos sem custos. Esse processo, contudo, é afetado consideravelmente pela dinâmica da sociedade. Em tempos de pós-modernidade, vê-se uma verdadeira liquefação de valores, acompanhada por um processo de invisibilização da pobreza e da diferença.

Tudo consequência de um capitalismo desenfreado. Ocorre que para se reconhecer, é necessário antes se perceber. Deve-se, portanto, enfrentar os valores impostos pela pós-modernidade no sentido de reduzir as desigualdades sociais. Ressuscita o neoconstitucionalismo o axioma da função promocional do Direito em uma hermenêutica de defesa e garantia de direitos fundamentais, sendo o Poder Judiciário principal mecanismo nesse mister.

Porquanto a dignidade da pessoa humana e a redução da pobreza sejam realidades constitucionalmente asseguradas, percebe-se que são valores que não se veem implementados no plano fático e frente à inércia do Poder Executivo, percebe-se a fundamentalidade da atuação do Poder Judiciário que, em uma virada paradigmática, relativiza a teoria clássica da Separação dos Poderes no mister de possibilitar uma conduta proativa, sempre válida quando o que se busca é a consecução dos valores constitucionais.

Sobre a indagação acerca dos limites do ativismo judicial, é certo que o topos separação dos poderes não pode prevalecer em detrimento da tutela dos direitos fundamentais, sendo certo que, não obstante a impossibilidade do Estado em resolver todos os problemas da sociedade, parece salutar o entendimento de que deve o Poder Judiciário desapegar-se de afeição exagerada à lei conformando sua atividade nos limites da função essencial da dimensão prática do direito.

Quando se trabalha a questão dos limites da atuação judicial no controle dos direitos sociais esta deve ser tida como a posteriori. Por outro lado, a priori é o questionamento acerca da conceituação dos direitos sociais, da justiça social e da dignidade da pessoa humana, todos conceitos correlatos mas eivados de abstração – técnica fuzzi.

A resposta a até que ponto é lícito ao Magistrado agir na defesa do direito social invocado depende, inexoravelmente, da correta compreensão acerca dos limites deontológicos – e não axiológicos! – desse direito, daí porque a resposta não está no juiz, mas sim no cientista do Direito, que deve evoluir as formulações teóricas no mister de construir um conceito suficiente acerca dos direitos sociais, que harmonize os princípios aqui em jogo mas sem abrir da segurança jurídica, de modo que a sua tutela, frente ao caso concreto, seria ou não implementada, sem qualquer discussão formal-estrutural a respeito de ilegitimidade por esbarrar em uma cláusula de Separação dos Poderes que há tempos está sendo mal interpretada.

REFERÊNCIAS

BARROS, Carlos Alberto Galvão. **A eficácia dos direitos sociais e a nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: Biblioteca24horas, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In:* **Themis: Revista da ESMEC,** Fortaleza, v. 4 , n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.

BÖECKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Novos Verlagsgesellschaft Baden-Baden: Novos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007.

_____. Metodología «fuzzy» y «camaleones normativos» en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *In:* **Derechos y libertades revista del instituto Bartolomé de las casas**, p.35-50, vol. Feb. 1998. Disponível em: http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1319?show=full#preview. Acesso em: 02 out. 2016.

CRORIE, Benedita Mac. Os Direitos Sociais em Crise? In: CALVÃO, Filipa; GOMES, Carla Amado; GONÇALVES, Pedro; MELO, Helena. (orgs.) **A crise e o Direito Público**: VI encontro de professores portugueses de DIREITO PÚBLICO. Instituto de Ciências Jurídico- Políticas: Lisboa, 2013.

CRUZ, Paulo Márcio. Democracia e Pós-Modernidade. *In*: **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI**. Anais, Manaus, 2006. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/campos/paulo_marcio_cruz.pdf. Acesso em 19 mar. 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 3a Ed, 2005, p. 35.

HABERMAS, Jürgen. **Más allá del estado nacional**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

HAYEK, F. A. **O Caminho da servidão**. Rio de Janeiro, Instituto Liberal, 1984.

HERRERA, Carlos Miguel. **Estado, Constituição e Direitos Sociais**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 15ª Região. Campinas-SP, 2008.

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

KOLM, Serge-Christophe. **Teorias modernas da justiça**. Trad. Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000,

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Altas, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 85.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA DESIGUALDADE DE SALÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

JHÉSSICA LUARA ALVES DE LIMA
LINDOCASTRO NOGUEIRA DE MORAIS
CARMEM TASSIANY ALVES DE LIMA

INTRODUÇÃO

A desigualdade de salário no Estado Democrático de Direito é uma realidade consolidada, que ganha maior relevância quando é promovida e mantida pelo próprio Estado, como acontece com os servidores públicos. Esse assunto instiga discussões sobre a justiça da diferença salarial no serviço público. A amplitude salarial no serviço público, constituída pela diferença entre o maio e o menor salário mensal é assunto relevante que precisa ser debatido na academia, como força de estabelecer parâmetros racionais de diferença salarial no serviço público.

A justiça pode ser alcançada pela igualdade e também pela diferença. A simples diferença salarial entre servidores públicos não constitui medida de injustiça. Quando serve de estimulo a produtividade e ao mérito, dentro de parâmetros razoáveis são medidas de distribuição de justiça pela diferença. Dessa forma, se faz necessário fazer uma comparação entre o menor e o maior salário vigente no serviço público do Brasil, para verificar se existem parâmetros sustentáveis para a manutenção da amplitude entre o menor e o maior salário do servidor público. Em caso positivo, esses parâmetros devem ser efetivados, e em caso negativo, é preciso que se estabeleçam esses limites, evitando uma desigualdade salarial, que consolida a desigualdade social, repudiada pelo Estado Brasileiro.

Nesse sentido, a pesquisa pretende verificar a amplitude entre o menor

e o maior salário do servidor público. O trabalho traça essa disparidade, levando em consideração o salário mínimo nacional atual que um servidor público pode receber, R$ 998,00, e o teto do maior salário vigente no serviço público do país que é o do Supremo Tribunal Federal (STF), atualmente de R$ 39.293,32. Para tanto, o estudo pretende demonstrar a evolução salarial do teto e do mínimo a partir do ano de 2004, período que entrou em vigor a Emenda Constitucional (EC) nº 41, de 19 de dezembro de 2003.

Relacionando os citados valores, comparando-os, verificando se existem parâmetros para essa amplitude, e, consequentemente, discutindo-os sob o ponto de vista jurídico, social e filosófico, será possível aferir o papel do Estado Democrático de Direito na promoção da igualdade, levando em consideração as normas jurídicas.

O estudo, diante do resultado das pesquisas realizadas, pretende servir de contribuição para a garantia de um salário compatível com as necessidades dos trabalhadores do Brasil. Desse modo, importante pesquisar se a amplitude entre o menor e o maior salário fere ou não a igualdade preceituada pela Constituição Federal (CF/1988), ou se, por meio da diferença de valores, garante a justiça pela diferença.

Uma vez que a igualdade é requisito de justiça e a disparidade entre o menor e o maior salário é colossal no Brasil, necessário investigar a matéria com afinco, no afã de apresentar propostas para a redução da desigualdade salarial no país a nível de promoção da justiça.

1. IGUALDADE COMO REQUISITO DE JUSTIÇA

Todos os valores sociais tais como rendimento e riqueza, devem ser distribuídos de forma equitativa, exceto quando uma distribuição desigual de algum(ns) desses valores redundar em benefício coletivo. Trata-se do princípio da liberdade igual, o qual garante igual sistema de liberdades e direitos para todos. Além desde, há também o princípio da diferença, em que eventuais desigualdades econômicas na distribuição de renda e riqueza são aceitas, mas apenas quando beneficiem, em especial, os menos favorecidos. Em ambos os casos, nenhuma vantagem pode existir moralmente

se não beneficiar aquele em maior desvantagem (RAWLS, 1993).

A linha da concepção liberal-igualitária permite constatar que além do princípio da igualdade, existe o princípio da diferença. Segundo o referido princípio, o benefício de todos não é atingido por meio dos tradicionais critérios utilitaristas ou paretianos. No caso, o princípio da diferença pode substituir, com vantagem, o princípio de Pareto na medida em que indica pelo menos uma tendência distributiva em que qualquer ganho para todos ou para alguns deve ser em prol do maior benefício dos mais desfavorecidos (ROSAS, 2012). Dessa forma, entende-se que deve haver igualdade na distribuição de oportunidades, bens e serviços, sedimentando a ideia de justiça.

As diversas formulações de justiça incluem além da ideia de igualdade um padrão de avaliação, uma espécie de pré-requisito para que haja a correta aplicação da norma (PINTO, 2008). A força normativa dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro está prevista na Constituição de 1988, que estabeleceu de forma expressa que as normas instituidoras de direito fundamentais tem aplicabilidade imediata (artigo 5º, parágrafo 1º). O princípio da igualdade se insere entre aqueles que possuem relevante papel para a garantia do Estado Democrático de Direito. No caso, a igualdade é tida como requisito de justiça. Todavia, ao princípio da igualdade deve ser incluído o conceito de proporcionalidade.

É certo que a igualdade formal, positivada na CF/1988, não garante a todos os brasileiros as mesmas oportunidades na prática, havendo um abismo entre a igualdade formal e material. A Constituição preceitua que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, todavia, estabelece diferentes valores de salários, os quais vão desde o mínimo de R$ 998,00 até o teto do STF que, atualmente é de R$ 39.293,32. Questiona-se se a amplitude entre o menor e o maior salário é inconstitucional, por promover desigualdade, ou se promove a distribuição da justiça pela diferença.

Dentro da ideia de justiça e direito, pode-se distinguir dois pontos: a exigência de uma norma que fundamente uma decisão e a exigência de que essa decisão se dê por meio da correta aplicação de uma norma (ROSS, 2003). Nessa linha, tem-se que de acordo com a CF/1988 é direito de todo

trabalhador o salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, que seja capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo. Os servidores públicos têm direito a remuneração nunca inferior ao salário mínimo, possuindo critérios próprios delimitados pela Constituição para a fixação da sua remuneração, conforme artigo 39, §§1º e 5º c/c o artigo 37, XI e artigo 48, XV. É a CF/1988 quem estabelece que o teto remuneratório de cada carreira, observará a remuneração do Ministro do Supremo, vez que este ocupa o maior cargo dentro do Poder Judiciário.

Observando os valores entre o mínimo e o máximo de salário para um servidor público, percebe-se, em um primeiro momento, a amplitude salarial, todavia, é preciso analisar esses valores, traçando uma diferença ao longo dos reajustes para verificar se há, de fato, desigualdade.

2. DESIGUALDADE SALARIAL NO BRASIL

O salário mínimo foi instituído na década de 30, com a Lei nº 185 de janeiro de 1936. Essa lei fixava que todo trabalhador tinha direito, em pagamento ao serviço prestado, a um salário mínimo capaz de satisfazer, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte. O Decreto-Lei nº 399 de abril de 1938, estabeleceu ainda uma fórmula que representasse o valor das despesas diárias necessárias á vida de um trabalhador adulto. O Decreto-Lei nº 2162 de 1º de maio de 1940, por sua vez, fixou os valores do salário mínimo.

Todavia, foi com a CF/1988 que garantiu-se ao trabalhador brasileiro um salário digno, com o poder aquisitivo suficiente para atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família, conforme artigo 7º, inciso IV. Por sua vez, foi criada a política nacional de salários pela Lei nº 8.542, de 23 de dezembro de 1992. Referida política trata-se de lei extravagante que tem por fundamento a livre negociação coletiva e estabelece o salário mínimo como contraprestação mínima devida e paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, por jornada normal de trabalho, capaz de satisfazer, em qualquer região do País, às suas necessidades vitais básicas

e às de sua família. A Lei nº 8.542/1992, todavia, foi efêmera, sendo taxativamente revogada em 29 de julho de 1995 pela Medida Provisória nº 1.709, reeditada e convertida na Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001.

Nessa época, o país foi dividido em 22 regiões. Essas regiões foram divididas em sub-regiões, perfazendo um total de 50. Para cada sub-região fixou-se um valor para o salário mínimo, em um total de 14 valores distintos para todo o Brasil. A relação entre o maior e o menor valor em 1940 era de 2,67 (PORTAL BRASIL, 2015).

Atualmente, em 2019, o salário mínimo nacional está no valor de R$ 998,00. Enquanto parte dos servidores públicos recebem tal quantia, outros recebem valores no patamar de R$ 39.293,32, como é o caso dos ministros do STF. Dessa forma, medidas devem ser providenciadas para fins de efetividade dos direitos sociais conquistados, evitando a desigualdade e promovendo justiça.

2.1 ANÁLISE DE DADOS

Os padrões de vencimentos devem observar a três critérios, nos termos do artigo 39 da CF/1988: a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira; os requisitos para a investidura; e as peculiaridades dos cargos. Referido artigo, no parágrafo 5º, estabelece que lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecendo ao artigo 37, inciso XI. Segundo esse inciso, a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do STF.

O menor salário e o maior salário do serviço público no Brasil apresentam uma amplitude promotora de desigualdade salarial e social. Mesmo com a vigência da CF/1988 que garantiu ao trabalhador brasileiro um salário digno com o poder aquisitivo capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família, ainda assim, temos que segundo o *Departamento Intersindical de Estatística e Estudos* Socioeconômicos (*DIEESE*),

existe uma disparidade entre o salário mínimo nominal e o salário mínimo necessário para a manutenção da vida com dignidade.

É certo que desde a vigência da CF/1988, o salário mínimo passou por reajustes, todavia, esses não foram capazes de garantir um mínimo de dignidade, principalmente se comparado com o teto dos Ministros do STF. Enquanto o salário mínimo do ano de 2019 é de R$ 998,00, o teto remuneratório dos ministros do STF é, no mesmo período, de R$ 39.293,32. A amplitude entre o mínimo garantido ao servidor público e o subsídio dos ministros do Supremo apresenta uma discrepância.

Pesquisa divulgada pelo *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada* (*Ipea*) no ano de 2007 acerca da diferença entre o menor e o maior salário no Brasil, referente a iniciativa privada, constatou uma divergência vultosa de valores, em que o então presidente do Ipea na época, analisou os números e qualificou como "injustificável" essa desigualdade. Do mesmo modo que existe desigualdade entre a maior e menor remuneração da iniciativa privada, fica demonstrado que existe no setor público.

Assim, é importante perpassar pelos critérios para os referidos reajustes. Para a valorização do salário mínimo, foram estabelecidas diretrizes em que os reajustes para a preservação do poder aquisitivo do salário mínimo corresponderão à variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), calculado e divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), acumulada nos 12 meses anteriores ao mês do reajuste, nos termos do §1º do artigo 1º da Lei nº 13.152, de 29 de julho de 2015.

No caso do teto dos ministros do STF, por sua vez, a Resolução nº 544, de 13 de janeiro de 2015 que torna público o subsídio mensal da Magistratura da União, tem por base a Lei nº 13.091, de 12 de janeiro de 2015, a qual disciplina no artigo 2º que a partir do exercício financeiro de 2016, o subsídio mensal de Ministro do STF será fixado por lei de iniciativa do próprio Supremo, sendo observados, obrigatoriamente, de acordo com a respectiva previsão orçamentária, os seguintes critérios: a recuperação do seu poder aquisitivo; a posição do subsídio mensal de Ministro do Supremo como teto remuneratório para a administração pública; a comparação com os subsídios e as remunerações totais dos integrantes das demais Carreiras

de Estado e do funcionalismo federal. Em ambos os casos, os reajustes aplicados visam a preservação do poder aquisitivo.

Sobre o teto remuneratório dos servidores, tem-se que a entrada em vigor da CF/1988 trouxe mudanças ao ordenamento jurídico, sendo, uma delas, a instituição de limite remuneratório. A Constituição, em seus artigos 37, XI e 39, §1º, desde sua redação original, manifestava o desejo do poder constituinte originário de fixar um teto remuneratório. No caso, a regra estava presente na redação original do inciso XI do artigo 37, de eficácia limitada, ao que o limite era fixado no âmbito dos respectivos poderes da União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios. A questão do limite remuneratório foi julgada pela primeira vez pelo STF ao julgar Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 14, Relator Ministro Célio Borja, em 13/09/1989. Após esse período, foi promulgada a EC nº 19/98, nominada de Reforma Administrativa, alterando a redação do inciso XI do artigo 37. Com essa emenda, usou-se pela primeira vez a expressão subsidio.

Segundo a citada ADI nº 14, só se tornaria aplicável o novo inciso XI do artigo 37, a partir da fixação, por lei, do subsídio mensal dos seus Ministros. Diante deste cenário foi aprovada uma nova emenda sob o nº 41/03, a chamada Reforma da Previdência. Assim, a atual redação do inciso XI do artigo 37 da CF/1988 incluiu o subteto remuneratório, para os Estados, Distrito Federal e Municípios.

O STF, todavia, em sessão administrativa de 05/02/2004, determinou a aplicação, no âmbito do Judiciário, do artigo 8º da EC nº 41/03, fixando o teto remuneratório em R$ 19.115,19, com base nas Leis nº 10.474/02 e nº 10.697/03, e Decretos-lei nº 2.371/87 e nº 1.525/77. A partir de então, o teto remuneratório considerado como a maior remuneração atribuída por lei a ministro do STF, passou a ser reajustado conforme as leis posteriores nº 11.143/05, 12.041/09, 12.771/12, respectivamente, e as que estão por vir, todas em atendimento ao inciso X e XI do artigo 37 da CF/1988. Com relação ao inciso X, a remuneração dos servidores e o subsídio de que trata o §4º do artigo 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica.

Entendendo constitucional a efetiva limitação da remuneração percebida pelos servidores públicos (RAMOS; VELOZO, 2004), o teto remuneratório passou a ser fixado mediante lei. Conforme essas leis, o subsídio dos

ministros do STF teve oito alterações, a partir de sua fixação, conforme se verifica da tabela 2 com o histórico da remuneração destes, a partir de 2004, ano que entrou em vigor a EC nº 41/2003:

Tabela 2 – Histórico da remuneração dos ministros do STF a partir da vigência da EC nº 41/03

VIGÊNCIA	VALOR	LEI
Jan/2004	R$19.115,19	Leis 10.474/02 e 10.697/03, e Decretos-lei 2.371/87 e 1.525/77 2004
Jan/2005 a	R$21.500,00	Lei 11.143/05 2005 e 2006
Dez/2005	R$24.500,00	Lei 11.143/05 2005 e 2006
Jan/2006 a	R$25.725,00	Lei 12.041/09 2009 e 2010
Ago/2009	R$26.723,13	Lei 12.041/09 2009 e 2010
Set/2009 a	R$28.059,29	Lei 12.771/2012 2013 a 2015
Jan/2010	R$29.462,25	Lei 12.771/2012 2013 a 2015
Fev/2010	R$33.763,00	Lei 12.771/2012 2013 a 2015
Jan/2013 a	R$39.293,32	Lei 13.752/2018 2019
Dez/2013		
Jan/2014 a		
Dez/2014		
Jan/2015 a		
Dez/2018		
Jan/2019		

Fonte: Autores com base nos dados do IEPREV e Diário da Justiça Eletrônico.

Conforme a tabela 2, em comparativo com a tabela 1, percebe-se, nitidamente, que os valores auferidos pelos ministros do STF superam em muito os valores do salário mínimo nacional vigente em cada período citado, mas pode ser verificada uma diminuição na diferença nos últimos anos. Questiona-se ser constitucional ou não a manutenção da diferença neste nível, diante do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de erradicação das desigualdades sociais.

O princípio da diferença de Rawls em comum acordo com o princípio da igualdade de oportunidades resulta na distribuição de riquezas de forma isonômica, garantindo aos desfavorecidos liberdades e direitos mínimos,

promovendo justiça social. As desigualdades econômicas e sociais devem obedecer a dois pressupostos, a saber: Justa igualdade de oportunidades para todos; maiores benefícios aos menos favorecidos, sendo que a teoria constitucional atual busca a concretização de direitos, cuja base fundante é a vida digna, a valorização do trabalho e a redução das desigualdades sociais (FIGUEIREDO, 2014).

Essa concepção de justiça proposta por Rawls tem como ponto central a ideia de que os bens primários devem ser igualmente distribuídos, exceto se as desigualdades beneficiarem aos menos favorecidos, ao que a sociedade precisa sejam garantidos dois princípios de justiça, os quais devem ser interpretados de acordo com regras de prioridades lexicais.

Para a verificação da real desigualdade em termos salariais em relação ao menor e maior salário a partir da vigência da EC nº 41/2003, e verificar se a diferença de salários promove igualdade, conforme a teoria de Rawls, a pesquisa traça um histórico comparativo entre o salário mínimo nacional, vigente em cada período, e o teto salarial dos servidores públicos, dividindo o valor recebido pelos ministros do STF pelo valor recebido pelos servidores públicos que auferem um salário mínimo e alcançando a diferença salarial entre ambos valores (Tabela 3).

Tabela 3 – Histórico comparativo entre o maior e o menor salário a partir da vigência da EC nº 41/2003

ANO	MAIOR SALÁRIO	MENOR SALÁRIO	DIFERENÇA SALARIAL
2004	R$19.115,19	R$260,00	73,52
2005	R$21.500,00	R$300,00	71,67
2006	R$24.500,00	R$350,00	70,00
2007	R$24.500,00	R$380,00	64,48
2008	R$24.500,00	R$415,00	59,03
2009	R$24.500,00	R$465,00	52,69
2010	R$26.723,13	R$540,00	49,49
2011	R$26.723,13	R$622,00	42,97
2012	R$26.723,13	R$678,00	49,80
2013	R$28.059,29	R$724,00	46,63

2014	R$29.462,25	R$724,00	46,63
2015	R$33.763,00	R$788,00	42,84
2016	R$33.763,00	R$880,00	38,36
2017	R$33.763,00	R$937,00	36,03
2018	R$33.763,00	R$954,00	35,39
2019	R$39.293,32	R$998,00	39,37

Fonte: Autores, 2019.

Conforme se verifica, o teto remuneratório dos Ministros do STF variou de R$ 19.115,19 a R$ 39.293,32 ao longo do período de 2004 a 2019, enquanto que o salário mínimo variou entre R$ 260,00 a R$ 998,00. Houve uma variação de 73,52 para 39,37 salários mínimos, na diferença entre o mínimo e o máximo, nas remunerações dos servidores.

O que se constada da tabela 3 é que no período de 2004 a 2019, o valor do salário mínimo vigente aumentou 383,85% e o valor do teto salarial dos servidores públicos aumentou 205,56%. No ano de 2004, o teto salarial dos servidores públicos correspondia a 73,52 salários mínimos e no ano de 2019 corresponde a 39,37 salários mínimos, o que representa uma diminuição significativa da amplitude entre o valor do salário mínimo e o valor do teto salarial dos servidores. A tabela 3 também mostra que depois de 14 anos (2004 a 2018) de redução ininterrupta na diferença entre a maior e a menor remuneração do serviço público brasileiro, no ano de 2019, a diferença voltou a aumentar de 35,39 no ano de 2018 para 39,37 no ano de 2019.

A pesquisa é corroborada pelo resultado da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD, 2015) que comprovou que o Brasil ficou menos desigual no ano de 2014 pelo décimo ano consecutivo. Segundo a pesquisa, o motivo foi o aumento da renda dos desfavorecidos. Por conta disso, uma das principais medidas de contenção da desigualdade na remuneração do trabalho diz respeito à elevação dos salários de base da pirâmide salarial. O salário mínimo, nesse sentido, possui um papel de inegável contribuição para reduzir a desigualdade, pois não se trata de reduzir os altos salários, mas subir os de menor poder aquisitivo.

A presente pesquisa constatou que caso permaneça o mesmo índice de ganho do valor do salário mínimo em relação ao teto dos servidores públicos, o Brasil ainda levará 8 anos para atingir uma amplitude de 20 vezes e

8 anos para que o valor do teto dos servidores públicos atinja o patamar de dez vezes o valor do salário mínimo vigente no Brasil. Apesar do salário mínimo ter aumentado 383,85% e o valor do teto salarial dos servidores públicos ter aumentado 205,56%, o que demonstra que o mínimo cresceu mais que o valor do teto, ainda há com que se preocupar, na busca da consolidação de uma desigualdade salarial justa no serviço público.

É possível observar da tabela 3 que o salário mínimo nacional tem se fortalecido nas últimas décadas, todavia a amplitude entre o menor e o maior salário do serviço público, encontra-se em patamares visivelmente distantes. Mesmo assim, depois da consolidação do teto remuneratório do servidor público e da implantação do sistema de remuneração por subsídio, que mitiga o crescimento horizontal de salários, ainda persiste o pagamento de remuneração em valor superior ao teto. Vejamos a remuneração dos ministros do STF:

Tabela 4 – Remuneração dos Ministros do STF referente ao mês de fevereiro do ano de 2019

NOME	BRUTO (R$)	LÍQUIDO (R$)
ALEXANDRE DE MORAES	39.293,32	26.223,39
CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA	43.615,58	28.801,96
ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI	43.615,58	25.213,33
GILMAR FERREIRA MENDES	43.615,58	26.519,64
JOSE CELSO DE MELLO FILHO	43.615,58	22.228,28
JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI	39.293,32	25.774,15
LUIZ EDSON FACHIN	39.293,32	25.113,26
LUIZ FUX	43.615,58	29.357,02
LUÍS ROBERTO BARROSO	39.293,32	24.688,92
MARCO AURELIO MENDES DE FARIAS MELLO	43.615,58	24.332,94
ROSA MARIA PIRES WEBER	43.615,58	29.990,58

Fonte: STF, 2019

A tabela 4 demonstra o subsídio dos ministros do Supremo que, conforme pode ser observar ultrapassa o teto remuneratório de R$ 39.293,32. Isso acontece em virtude do permissivo constitucional de inserção no valor

do subsídio de parcelas de caráter indenizatórios, conforme previsto no §11 do artigo 37.

Com a entrada em vigor da CF/1988, foi fixado o teto de remuneração como um mecanismo para tolher à percepção, pelos servidores, de vencimentos acima dos valores considerados razoáveis. Para tanto, a Constituição ponderou sobre a fixação de um limite de razoabilidade na percepção de vencimentos, o que o fez no inciso XI do artigo 37 da CF/1988, com sua redação original e suas alterações posteriores.

Da primeira redação do citado inciso XI, houve a fixação do teto de remuneração, embora não empregasse essa expressão, sendo vedada a percepção que qualquer parcela que extrapolasse referido limite. O dispositivo não fazia nenhuma referência às vantagens pessoais, razão pela qual se infere que elas não se incluem no cômputo do teto. Além disso, o §1º do artigo 39 da CF/1988 excluiu expressamente, a inclusão de vantagens pessoais. O que se verifica é que a Constituição buscou enfrentar o problema das distorções do sistema remuneratório, estabelecendo limites máximos de remuneração.

A segunda redação do citado inciso XI alterou o teto de remuneração, que passou a corresponder ao subsídio do Ministro do STF, incluindo em seu cômputo, de forma expressa, as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza. No caso, tem-se que a EC nº 19/1998 trouxe modificações no sistema remuneratório, visando moralizar e desfazer as disparidades remuneratórias, a partir do pagamento de parcela única, o chamado subsídio.

Uma vez que no entendimento do Supremo, a citada norma não possuía eficácia plena e aplicabilidade imediata, promulgou-se nova emenda, convertendo em subsídio a soma das parcelas percebidas pelos seus ministros para efeito do teto. Ou seja, foi com a redação atual do inciso, dada pela EC nº 41/03 que houve a definição do teto.

No caso, à época da promulgação da CF/1988, havia a previsão de um limite às remunerações dos servidores públicos, visando travar o crescimento vertical das remunerações, evitando assim desigualdade. De acordo com o teto geral nenhum servidor poderá ter remuneração que exceda o subsídio mensal, em espécie, dos ministros do STF.

O subsídio visa impedir a criação de gratificações que acrescentem valor ao salário, evitando assim o crescimento horizontal da remuneração. A criação ou alteração do subsídio se dá mediante lei específica, nos termos do inciso X do artigo 39 da CF/1988. Esse subsídio está limitado ao teto constitucional, sendo que todas as verbas remuneratórias, à exceção do 13º salário, terço constitucional de férias, abono de permanência, representação por função temporária (função de direção, chefia e assessoramento) e outras parcelas indenizatórias previstas em lei, são incorporadas pelo subsídio, sendo vedados os acréscimos previstos no §4º do artigo 39.

Os valores recebidos pelos ministros do STF, conforme tabela 4, ultrapassam o teto constitucional, em razão das verbas excepcionadas e indenizatórias percebidas. Aproveitando a exceção constitucional das verbas remuneratórias de natureza indenizatória que foge ao controle da politica de subsídio e do teto constitucional, as categorias de elite salarial do serviço público têm desenvolvido esforços para promover o crescimento da remuneração na horizontal, por meio da criação de verbas salariais de natureza nominalmente indenizatória.

A criação e pagamento de verbas de natureza indenizatórias para os servidores públicos de elite, muitas vezes sem reserva legal, contraria o interesse público e constitui verdadeiro abuso de poder, pois visa claramente burlar o controle constitucional pelo teto e pelo subsídio, quando o caráter indenizatório da verba é dado pela norma e não pela natureza. Além do mais, as verbas normativamente de natureza indenizatórias são isentas do pagamento de impostos e de contribuição previdenciária, o que tem aumentado o apetite insaciável dos servidores de elite pelas verbas de caráter normativamente ditas indenizatórias.

Dessa forma, é possível perceber que enquanto o salário mínimo tem crescido, devido ao ganho real em relação a inflação do período, o subsídio que veio desfazer disparidades remuneratórias, por meio de pagamento de parcela única, apresentou um crescimento inferior ao crescimento do salário mínimo. Todavia, é de se destacar que para fins de controle da desigualdade salarial, a CF/1988 limitou o crescimento vertical por meio do teto e limitou o crescimento horizontal por meio do subsídio, mas permitiu uma exceção para as parcelas indenizatórias, o que é uma porta sem controle para

a criação e manutenção da desigualdade salarial irracional.

Uma vez que não incidem sobre as parcelas indenizatórias Imposto de Renda e Contribuição Previdenciária, tais parcelas têm afastado de certa forma o controle constitucional sobre as diferenças salariais entre as remunerações dos servidores, ao que aqueles que recebem tais valores, preferem-no a receber salários, visto que estes sofrem descontos. Dessa forma, deduz-se que os valores percebidos pelos ministros do Supremo também apresentaram um crescimento considerável, sendo necessário um novo tipo de controle.

Já passados 30 anos da data de promulgação da Constituição do Brasil de 1988, ainda padece de efetividade, o artigo 37, XII, que estabelece o controle dos vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e dos Poder Judiciário que não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo. Também ainda padece de efetividade, o artigo 39, §5º da Constituição, que instituiu um modelo de controle da diferença entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Para 2019, a diferença entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos é de 39,37 vezes, considerando o teto dos servidores públicos de R$ 39.293,32 e o valor do salário mínimo de R$ 998,00. A presente diferença de salário no serviço público apresenta discrepância em relação aos países civilizados, onde a diferença entre a maior e a menor remuneração não chega a 20 vezes.

É cogente a regulamentação do artigo 39, §5º da Constituição para estabelecer a amplitude máxima entre a maior e a menor remuneração dos servidores, contribuindo para o controle e redução da desigualdade salarial no serviço público. Mas, a redução da desigualdade salarial deve ser feita em longo prazo de forma escalonada no tempo, com a preservação do direito adquirido e da irredutibilidade de salários, como já vem sendo feita, consciente ou não. No período de 2004 a 2019, que compreende um intervalo de tempo de 15 anos, o valor da diferença entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos caiu de 73,52 vezes para 39,37 vezes, o que significa uma redução de 34,15 (73,52 – 39,37) em 15 anos e uma taxa anual de redução da diferença de rendimento de 2,28 (34,15/15).

Estabelecendo uma taxa de redução da desigualdade salarial de 2,28 por ano, o Brasil levará 8,50 anos (39,37-20=19,37 – 19,37/2,28) para

reduzir a diferença entre o maior e o menor rendimento da administração pública de 39,37 vezes para 20 vezes e mantendo a mesma taxa de redução da desigualdade de rendimento de 2,28 por ano, Brasil levará 12,88 anos (39,37-10=29,37 – 29,37/2,28) para reduzir a diferença entre o maior e o menor rendimento da administração pública de 39,37 vezes para 10 vezes, o que é razoável dentro dos parâmetros internacionais dos países civilizados. Dentro destes parâmetros, respeitado o direito adquirido e a irredutibilidade de salário é perfeitamente viável o estado brasileiro estabelecer como meta, para reduzir a desigualdade de salário no serviço público, que a partir do ano de 2027 a diferença entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não pode ser superior a 20 vezes e que em 2031 a diferença não pode ser superior a 10 vezes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na busca pelo cumprimento dos objetivos da República Federativa do Brasil de reduzir as desigualdades sociais foi elevado ao patamar constitucional, um sistema de controle da remuneração dos servidores públicos, que até a presente data padece de efetividade. Como faz parte dos objetivos do Estado reduzir a desigualdade social, qualquer medida estatal em sentido contrário, promotora de desigualdade social, padece de inconstitucionalidade.

A desigualdade salarial extrema é causa de desigualdade social. Assim, é inconstitucional a promoção e a manutenção da desigualdade salarial extrema patrocinada pelo Estado.

Ao longo do período de vigência da Constituição do Brasil, o Estado Brasileiro aprimorou os mecanismos de controle da remuneração dos servidores públicos por meio da implementação do teto remuneratório, que controla o crescimento vertical dos salários dos servidores públicos e por meio da implantação da política de subsídio, que possui como objetivo, o controle do crescimento horizontal da remuneração.

Mesmo sem a regulamentação do artigo 39, §5º da Constituição, o Estado Brasileiro, consciente ou não promoveu uma diminuição significativa

na diferença entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, no período de 2004 a 2019, onde o valor da diferença entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos caiu de 73,52 vezes para 39,37 vezes no período.

A diminuição da diferença entre a maior e a menor remuneração foi promovida pela política de valorização do salário mínimo, com a implementação de ganhos reais, sem a necessidade de promover a redução salarial dos servidores de maior remuneração, respeitando o princípio da irredutibilidade de salário.

Mesmo diante da redução da diferença entre a maior e a menor remuneração, acontecida nos últimos anos, ainda não atingimos patamares aceitáveis. Por isso deve ser adotada como política de Estado a redução da diferença entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para que em 2030, a diferença entre a maior e a menor remuneração não seja superior a 10 vezes, implementado o comando externado no artigo 39, §5º da Constituição.

Constatou-se também que mesmo com a diminuição da amplitude entre o maior e o menor salário do serviço público, tem havido um crescimento horizontal de salários em favor da classe mais abastada, em razão da exceção ao controle, que permite ao servidor perceber parcelas de caráter indenizatório.

Verificou-se que mesmo com a maior valorização nos reajustes do salário mínimo face à valorização dos reajustes do teto e do subsídio, ainda assim, os valores percebidos pelos ministros do Supremo apresentaram um crescimento considerável, em virtude da exceção ao controle constitucional da remuneração dos servidores.

A política de valorização do salário mínimo em relação ao valor do teto remuneratório dos servidores públicos constitui medida promotora de justiça pela aplicação do princípio da diferença.

O imperativo ético de limites precisos na remuneração dos servidores públicos permanece não concluso mesmo diante das modificações ao texto constitucional, sendo flagrante a desarmonia entre a realidade normativa e a fática.

Assim, tem-se que o Brasil avançou em termos de igualdade salarial, todavia, é preciso avançar ainda mais, o que somente será concretizado com a instituição de um valor que concretize em termos práticos o controle constitucional sobre a remuneração dos servidores públicos.

REFERÊNCIAS

FIGUEIREDO, A. M. de S. Teoria da justiça de john rawls: possibilidades e avanços no estado democrático de direito brasileiro. *Revista Jurídica Uniandrade,* n. 20, v. 01, 2014.

IEPREV. Instituto de Estudos Previdenciários. *Subsídios – Ministros do STF*. Disponível em: <http://qualidade.ieprev.com.br/UserFiles/File/tabela%20do%20subsidios%20dos%20ministros%202015(2).pdf>. Acesso em: 26 nov. 2018.

IPEA. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Duas décadas de desigualdade e pobreza medidos pela Pnad/IBGE.* 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/>. Acesso em: 26 nov. 2018.

PINTO, O. P. A. M. *A noção de justiça e a concepção normativista-legal do direito.* 2008. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/impren sa/artigos/2008/a-nocao-de-justica-e-a-concepcao-normativista-leg al-do-direito-juiza-oriana-piske-de-azevedo-magalhaes-pinto>. Acesso em: 01 nov. 2018.

PORTAL BRASIL. *Histórico do Salário Mínimo.* 2015. Disponível em: <http://www.portalbrasil.net/salariominimo.htm>. Acesso em: 26 nov. 2018.

RAMOS, A. L. S. C.; VELOSO, R. C. *Sobre a constitucionalidade dos parâmetros estabelecidos para a fixação do teto remuneratório do serviço público:* um estudo à luz do *leading case* em julgamento no STF (MS nº 24.875). Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/550933>. Acesso em: 26 nov. 2018.

RAWLS, J. *Uma teoria da justiça.* Lisboa: Presença, 1993.

ROSAS, J. C. *Concepções de justiça.* Lisboa: Edições 70 Ltda, 2012.

A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO ALICERCE DA DEMOCRACIA

PAULO LAGE BARBOZA DE OLIVEIRA
JOSÉ AUGUSTO DE QUEIROZ PEREIRA NETO
DANIELLE DE SOUZA SOARES PRUDENTE

INTRODUÇÃO

A política atual se utilizou da *teoria da separação dos poderes* como essencial para a construção de governos democráticos, de modo a impedir o despotismo e a arbitrariedade, que naturalmente decorrem quando da concentração de poderes nas mãos de apenas uma pessoa, sistema que foi utilizado durante milênios, na história do mundo, e que até hoje estão presentes em diversos exemplos na África, na Arábia e, mais surpreendentemente, na própria Cidade do Vaticano, cujas forma e regime de governo são a monarquia absolutista sendo o Chefe de Estado um cargo vitalício e sua assunção feita por eleições indiretas.

Mostra-se imprescindível para a organização dos Estados e das sociedades democráticas a divisão de atribuições entre órgãos distintos e fiscalizadores entre si, tendo, para tanto, instrumentos de cooperação e equilíbrio com a finalidade de se ter um ambiente institucional estável para a manutenção da democracia, com foco no interesse da coletividade e da promoção dos direitos fundamentais.

Intenta-se, inicialmente realizar um exame mais aprofundado das obras lançadas nos séculos XVII e XVIII por John Locke – o *Segundo Tratado sobre o Governo Civil* –, *O Espírito das Leis*, de Charles de Montesquieu e *O Federalista*, composto por diversos artigos redigidos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, muito embora, visando trabalhar

o tema proposto, tenham sido utilizados basicamente alguns textos tão somente de James Madison.

Mas qual seria a origem da separação dos poderes? Como ela se formou e como foi utilizada para a criação de um novo modelo político? Qual sua importância histórica e qual o impacto que ela pode gerar nos dias de hoje, quase três séculos após?

Se é possível apontar como premissa o fato de que o Poder Legislativo, em síntese, tem a função precípua de editar leis, o Judiciário de aplicá-las ao caso concreto e o Executivo de executar tais normas, o que se almeja enfrentar é saber se a teoria foi de fato implementada na modernidade, de um modo geral, e se a existência das funções acima mencionadas espalhadas pelos diferentes Poderes de forma primária e secundária poderia descaracterizar e ferir a separação dos poderes e atentar contra a própria democracia.

O artigo pretende abordar as questões acima descritas, daí a necessidade, em um primeiro momento, de se fazer uma investigação histórica do instituto em questão com o exame de uma das obras mais influentes para o seu nascimento e de um conjunto de textos que se valeu essencialmente da teoria da separação de poderes para criar o Federalismo moderno.

A metodologia empregada, além da aplicação dos métodos dedutivo, comparativo e histórico, utiliza a realização de pesquisa bibliográfica e documental. O trabalho foi desenvolvido à luz de obras escritas nos séculos XVII e XVIII que deram azo à criação de institutos não apenas e principalmente incorporados ao direito norte-americano, mas também ao Direito brasileiro.

1. O DESENVOLVIMENTO DA TEORIA

Os filósofos dos séculos XVIII e XIX foram fundamentais para a formação política dos Estados atuais, tendo-se, talvez como uma das principais construções teóricas a visualização estanque de certas funções essenciais do Poder Público, um dos mais importantes elementos para o amadurecimento estatal.

Muito antes disso, Aristóteles (385 a 322 A.C.) escreveu uma importante obra denominada *Política*[1], voltada para o tema da filosofia política, formada por oito livros, nos quais o Autor se ocupa de analisar os assuntos humanos relacionados à pólis (ALENCAR, 2012).

Escrita no século 4º A.C., a aludida obra idealizou três atos estatais distintos – *i*) o ato deliberativo; *ii*) o ato executivo; e *iii*) o ato judicial.

Apesar de a *Política* já visualizar uma divisão de tarefas na pólis, este não pode ser considerado um marco para a teoria da separação dos poderes, haja vista que se tratava de uma ideia ainda muito embrionária, além do que, muito embora tenham sido identificadas funções distintas do Estado, Aristóteles não explorou a necessidade, mais tarde destacada por outros filósofos, como Locke e Montesquieu, de que tais funções ou poderes fossem exercidos por pessoas ou organismos distintos, o que viria a ser a pedra de toque da teoria.

Com isso, apesar de aqui citado o filósofo da Grécia antiga, a teoria da separação dos poderes somente foi idealizada, difundida e implementada apenas dois mil anos mais tarde, a partir do Iluminismo (século XVIII).

2. A SEPARAÇÃO DOS PODERES NO *SEGUNDO TRATADO SOBRE O GOVERNO CIVIL*

Locke, no fim do século XVII, escreveu o *Segundo tratado sobre o governo civil*, influenciado pela obra *Patriarca não Monarca*[2], de 1681, de James Tyrrell, com ideias comuns, tais como que todos os homens nascem iguais, que os poderes dos governantes são oriundos exclusivamente dos indivíduos que a eles os transfere, que o estado de natureza não é um estado de guerra de todos contra todos necessariamente, e ainda, que há cinco diferentes tipos de autoridade, sendo elas a autoridade da lei sobre as pessoas, a dos pais sobre os filhos, a dos maridos sobre suas esposas, dos senhores sobre seus escravos e mesmo dos escravos sobre seus próprios escravos.

Todavia, justamente as diferenças entre as referidas obras é que tornaram

1. Do grego, Πολιτικά, cuja tradução sistemática dá uma clara ideia de seu conteúdo: "*matérias relacionadas à pólis*".
2. *Patriarcha non Monarca.*

o *Segundo tratado sobre o Governo Civil* um texto essencial da teoria política liberal (ALBUQUERQUE, 2001: 3).

De acordo com Locke, a forma de governo ideal seria a monarquia temperada, com a separação das funções dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que não poderiam se concentrar nas mãos de um só.

Locke concebia um estado natural do homem como um estado de relativa paz, de igualdade e de liberdade, entendendo o direito de propriedade como um direito natural do indivíduo e não um fruto da sociedade civil.

A concepção de Locke pela propriedade apresentava dois sentidos, um como sendo o conjunto de bens do indivíduo e o outro como um conjunto dos direitos naturais do homem, estes constituídos pela vida, pela liberdade e também pelos bens, de um modo geral.

Apesar dessa relativa paz no estado de natureza, Locke reconhecia a possibilidade de violação da propriedade, daí a necessidade do estabelecimento de um poder que proteja não apenas a existência, como também a liberdade e a propriedade do indivíduo, que nada mais é do que a sociedade civil ou política.

Era imprescindível, para Locke, remediar os males do estado originário do indivíduo, que são a inexistência de lei positiva e pública, de um juiz imparcial e de uma força que obrigue que a lei seja cumprida, estabelecendo a necessidade de confeccionar e assegurar o cumprimento das leis e julgar.

Contudo, apesar dessa divisão de tarefas com três atribuições distintas, a teoria lockeana identificava tão somente dois poderes, vale dizer, o Executivo e o Legislativo, esta, talvez, uma das mais importantes distinções entre sua teoria e a de Montesquieu.

Há ainda uma outra atribuição, que consistiria no "*...poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e comunidades estranhas à sociedade...*" (LOCKE, 1993: 336), por ele denominada de poder Federativo, que compõe, na verdade, o próprio Poder Executivo, onde também se inseria o Judiciário.

Locke criou uma interessante relação de controle do Executivo, que deveria ser constituído por um poder permanente, pelas leis criadas pelo Poder Legislativo, que apesar de soberano e com primazia sobre os demais

poderes, era caracterizado por sua provisoriedade e limitado pelo poder da população, não podendo, portanto, criar leis que empobreçam, escravizem e destruam os cidadãos.

Ressaltou o filósofo que "*...enquanto subsiste o governo, o legislativo é o poder supremo; o que deve dar leis a outrem deve necessariamente ser-lhe superior...*" (LOCKE, 1978: 93).

Locke se opunha ao Poder Legislativo com caráter permanente, modelo utilizado na Inglaterra e que não considerava desejável. Para ele, o Legislativo deveria se reunir tão somente para a elaboração das leis, desfazendo-se em seguida, o que o diferia em muito de seu ideal de Executivo que, ao contrário, deveria ser permanente. Dizia: "...é absolutamente necessário que o poder executivo seja permanente, visto que nem sempre há necessidade de elaborar novas leis, mas sempre existe a necessidade de executar as que foram feitas". (LOCKE, 1993: 341).

Não se pode deixar de pontuar que foi Locke quem obteve êxito em enfraquecer a tirania do rei absoluto e da Igreja Católica, então unida ao Estado, de sorte que o rei não estaria mais submetido à Igreja, mas ao Poder Legislativo, estando este submetido à vontade popular, garantindo-se, com isso, as liberdades individuais e protegendo a população não apenas do poder de um tirano como de um governo externo.

A teoria Lockeana, com o estabelecimento e divisão dos Poderes Legislativo e Executivo, responsáveis, respectivamente, pela criação e pela execução das leis, como se sabe, foi aprimorado pela obra *O Espírito das Leis*, de Montesquieu (1689-1755) que, influenciado por John Locke, idealizou a tripartição de Poderes ou *teoria da separação dos poderes*, como será melhor analisado no capítulo que se segue.

3. *O ESPÍRITO DAS LEIS* E A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Foi a obra *O Espírito das Leis*, de 1748 de Charles-Louis de Secondat, conhecido apenas como Montesquieu, que deu origem à teoria da separação dos poderes, tema central do presente trabalho.

Como se verifica no contexto histórico daquele momento, vale dizer, em meados do século XVIII, na Idade Média, prevalecia a vontade do monarca que, deste modo, concentrava em suas mãos todas as funções do Estado, faltando espaço para qualquer separação de Poderes.

Na Europa, no século XVI, o absolutismo monárquico concentrava no rei a fonte única de soberania, estando abaixo apenas de Deus, de onde originava, diziam, seu poder. Nesse aspecto, Luiz XIV, da França, se destacou. Ele justificava o poder absoluto que exercia com a teoria do direito divino, modelo seguido pelas demais monarquias europeias. Durante seu governo, o Poder Público se confundiu com a pessoa privada do rei.

Com a burguesia enriquecendo, todavia, essa concentração de poderes nas mãos do rei era um problema, incentivando, a partir daí, a formação do movimento Iluminista, que propagava, dentre outras ideias, a separação de Poderes.

Assinalava Montesquieu que somente o poder teria a força de controlar o poder. Assim, para evitar o excesso de acúmulo de poderes nas mãos do governante, as funções do Estado deveriam ser distribuídas entre três Poderes independentes que se controlassem mutuamente: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

Montesquieu idealizou ainda um sistema onde um Poder freasse o outro (*checks and balances*), dizendo:

> Cada Poder, para ser independente e conseguir frear o outro, necessita de certas garantias, franquias constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre os Poderes e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura. (Montesquieu, 1998, p. 28).

É imprescindível, segundo pregava Montesquieu, que um poder tenha a possibilidade de resistir ao outro Poder, apontando apenas a Monarquia e a República como únicas formas de governo possíveis (MONTESQUIEU, 1998: 32-33 *apud* ASSIS, 2013).

A separação de Poderes de Montesquieu, portanto, valorizava a divisão de tarefas, não tolerando a invasão de competências e criando meios para que os Poderes coexistam.

É o livro Décimo Primeiro da obra em referência que o autor trata da divisão de poderes, advertindo Montesquieu que a liberdade política do cidadão é afetada pelo ordenamento político e pelo tipo de governo.

Verifica-se, neste ponto, a necessidade da criação de uma teoria de particionamento dos poderes, haja vista que a liberdade política somente pode existir em Estados onde não se abusa do poder. E para que não ocorra tal abuso é necessária a contenção do poder, o que, segundo assenta o autor, só pode ocorrer por meio de outro poder.

A partir daí, Montesquieu passa a descrever cada um dos poderes.

Quanto ao Judiciário, segundo seus ensinamentos, este deverá ser composto por membros do povo por período não superior ao que exigir a necessidade, na forma da lei.

O que não se imaginaria em no ordenamento pátrio é que na forma apontada por Montesquieu, seria necessário que o criminoso, em grandes acusações, e nos termos da lei, escolha os juízes ou pelo menos possa recusá-los em número tão grande que o restante possa ser considerado de sua escolha.

Quanto ao Legislativo – Câmara Baixa – *O Espírito das Leis* assenta que a participação do povo no Governo não deve ser, senão, a escolha de seus representantes, o que está ao seu alcance, formando, assim, um corpo de representantes que não pode ser escolhido para atuar ativamente, mas sim para editar leis ou para verificar se as executaram bem.

Na concepção de Montesquieu, o Legislativo é formado por um sistema bicameral, sendo a Câmara Alta constituída por pessoas eminentes pelo nascimento, pelas riquezas ou pelas honras, cuja participação é proporcional às demais vantagens que têm no Estado, já que forma um corpo com a possibilidade de frear as iniciativas do Povo, assim como os representantes do povo terão, do mesmo modo, o direito de frear as delas.

Este é um poder regulador e deve ser hereditário (*Ibid.*: 172). Todavia, uma vez que esse poder hereditário poderia ser inclinado a seguir seus próprios interesses ao invés dos do povo, nos assuntos em que se tem o máximo interesse em corromper, como ocorre com as leis referentes à coleta de dinheiro, a Câmara Alta participa da legislação apenas pela faculdade de impedir e não pela faculdade de estatuir. Esta representa o direito de

ordenar por si ou de corrigir o que foi ordenado por outro, enquanto que aquela revela o direito de declarar nula a resolução adotada por outrem, como ocorria com os Tributos em Roma.

Completando a tripartição de Poderes, o Executivo deve ser desempenhado por um Monarca, já que é preferível administrar este Poder por um do que por muitos, enquanto que o Legislativo muitas vezes é melhor administrado por diversos do que por um só.

Aqui se aponta uma clara importância dos freios e contrapesos delineados por Montesquieu: se o Poder Legislativo deixasse de se reunir por um período considerável de tempo, não haveria liberdade, uma vez que ocorreria de duas, uma: ou não existiria mais resolução legislativa e o Estado se transformaria em uma anarquia ou ditas resoluções seriam tomadas pelo Executivo, tornando-o absoluto. (*Ibid.*, p. 173)

Estes, como se pode extrair da obra, são mais exemplos de mecanismos para limitar e mesmo proteger o exercício dos Poderes do Estado – *checks and balances* – essenciais para a aplicação e o sucesso da aludida teoria.

4. A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES INSERIDA EM *O FEDERALISTA*

Em 1788, após a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, diversos textos foram publicados em Nova Iorque (85 artigos ao todo) com a finalidade de convencer a opinião pública norte-americana da necessidade de ratificar a Carta Magna em questão, artigos estes que, apesar da existência de controvérsia sobre o tema, teriam sido redigidos por Alexander Hamilton, James Madison e John Ray (RAMOS; OLIVEIRA JUNIOR, 2014).

Referidos artigos foram reunidos em uma obra denominada *O Federalista*, altamente influenciada por John Locke e pela teoria da separação dos poderes e que serviu para sacramentar o novo modelo republicano criado pela Constituição, tendo a teoria ora em exame como uma de suas principais bandeiras.

Para contextualizar historicamente o início desta nova era republicana,

forçoso salientar alguns aspectos da Guerra da Independência que, como sabido, ocorreu nos Estados Unidos no século XVIII, entre 1775 e 1783, tendo como causa não apenas a revolução industrial, como também o conflito travado entre França e Inglaterra (Guerra dos Sete Anos), que redundou em excessivos gastos para o império, gerando uma forte insatisfação da população das Treze Colônias com diversas medidas arrecadatórias do governo britânico.

Um ano antes de seu início, no dia 5 de setembro de 1774, ocorre na Filadélfia uma convenção de delegados de doze das Treze Colônias (Georgia não estava presente), objetivando paralisar os atos britânicos que vinham impedindo o desenvolvimento das colônias (diversos atos de repressão político-econômica, culminando nas chamadas leis intoleráveis de 1774), sendo redigida uma petição à Coroa demonstrando persistir a intenção de permanecerem súditos do governo inglês, atos estes que foram repetidos mais tarde, em 1775, em uma nova convenção.

Em retaliação, houve um recrudescimento da atuação britânica perante as Treze Colônias e a recusa da petição, dando início à Guerra da Independência e fazendo com que o Congresso, em 04 de julho de 1776, declarasse a independência das colônias do império britânico, apresentando a declaração de independência dos Estados Unidos da América.

Em 1787, tem lugar também na Filadélfia a denominada Convenção Federal, para modificar diversos artigos da Confederação, proclamando, assim, a Constituição dos Estados Unidos.

Daí a importância dos artigos do *Federalista* que, como dito anteriormente, visavam convencer o povo da importância da ratificação do texto constitucional pelos Estados (antigas Colônias), dando origem a uma nova forma de estado até então desconhecida – o Federalismo[3] – advindo de um pacto político entre os Estados.

O principal questionamento dos colonos era justamente quanto à origem da soberania, entendida pela Grã-Bretanha como proveniente do Estado[4] e seus limites seriam determinados por critérios do próprio monarca, enquanto que para os colonos, a soberania nasceria na população,

3. De se notar que foi utilizado um termo conhecido – "federação" – que até então era sinônimo de "confederação, para criar um instituto novo.
4. *King-in-Parliament.*

em que pese exercida pelo Estado exatamente nos limites do poder a ele delegado, uma ideia que já havia sido tratada por James Tyrrell e John Locke, no sentido de que todos os homens nascem iguais e que os poderes dos governantes se originam exclusivamente dos indivíduos que a eles os transfere.

Três foram os principais pontos apresentados à população de Nova Iorque, com a finalidade de convencê-los a aceitar a Constituição, advinda da Convenção da Filadélfia, ocorrida em 1787.

O primeiro deles, seria o nascimento do *federalismo*, em substituição ao *confederalismo*, vale dizer, tentava-se demonstrar ali que para o fortalecimento das Treze Colônias, em especial quanto às pressões externas, seria necessário criar um ente centralizado: a União[5].

Aqui, de grande importância para o presente trabalho, o segundo ponto, atinente a diversos questionamentos que seriam feitos a respeito da própria natureza humana, da separação dos poderes e da constituição mista do governo.

Por fim, como último dos principais pontos, seria a apresentação da *república* como forma de governo.

Para este estudo, destaca-se o artigo 51, de James Madison, tratando do sistema de freios e contrapesos na separação de poderes, com ênfase aos artigos 47, 48, 49 e 50, também de sua autoria.

O próprio modelo de república exposto nos artigos do *Federalista* destoam do apresentado por Montesquieu, que tratava, na verdade, de pequenas cidades-Estado, tanto com governo como com soberania próprios.

Diversamente, Madison (1840: 78) trazia um conceito novo de república, com um governo com poder delegado pelo povo a um número pequeno de indivíduos e com uma extensão territorial e número de cidadãos muito maior. É o que assenta no artigo 10 no sentido de que "*a república aparta-se da democracia em dois pontos essenciais: não só a primeira é mais vasta, e muito maior o número de cidadãos, mas os poderes são nela delegados a um pequeno número de indivíduos que o povo escolhe*".

Como salientado acima, os artigos mais importantes para o estudo em tela vão dos números 47 ao 51, onde James Madison examina a teoria da

5. Para que a União tenha soberania, todos os demais entes passam a ter autonomia, deixando, todavia, de serem soberanos.

separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos, de forma a impedir a usurpação de poderes de uns pelo outros, tanto do Legislativo, quanto do Executivo e do Judiciário.

A acumulação destes três poderes nas mãos de um só indivíduo, ou de uma só corporação, seja por efeito de herança, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania. Portanto, se à constituição proposta se pode fazer a objeção de acumular assim os poderes, ou de misturar de maneira que possa vir a resultar esta acumulação, é preciso rejeitá-la sem mais exame. (*Ibid.*: 186).

Em outras palavras, interpretando Montesquieu, Madison (*Ibid.*: 188) assenta que "[...] *quando dois poderes, em toda a sua plenitude, se acham concentrados numa só mão, todos os princípios de um governo livre ficam subvertidos*".

Observa o autor (*Ibid.*: 189-191) que apesar de as constituições dos Estados apresentarem de maneira enfática e absoluta o axioma em questão – a teoria da separação dos poderes – em nenhuma delas os poderes estão inteiramente distintos e separados, citando, como exemplo, o caso da Província de *New Hampshire*[6], onde em que pese ter a Constituição indicado "*que os poderes legislativo, executivo e judiciário devem ser tão independentes e separados uns dos outros, quanto o permite a natureza de um governo livre [...]*", o Legislativo exerce atividade jurisdicional em caso de *impeachement*, o Presidente do Executivo também é Presidente do Senado e é eleito anualmente pelos membros do Legislativo, que também nomeia alguns membros do Estado, sendo os juízes nomeados pelo Executivo.

No caso de *Massachussetts*[7], também fazendo menção a diversos aspectos da doutrina de Montesquieu, a Constituição, do mesmo modo, apresenta inúmeros exemplos de invasão de um poder nos demais, de sorte que "[...] *a regra estabelecida pelos redatores da constituição foi infringida por eles mesmos*". (*Ibid.*: 191).

Madison (*Ibid.*: 191-195) cita diversas outras constituições (*New York*[8],

6. Como não foram encontradas traduções para a língua portuguesa de todos os nomes dos estados, utilizou-se, por coerência, o idioma original.

7. Hoje, Estados de *Massassuchetts* e *Maine*, que se tornou estado norte-americano em 15 de março de 1820.

8. Mais tarde, estados de *New York* e Vermont, que virou estado norte-americano em 4 de

New Jersey, *Pennsylvania*, *Delaware*, *Maryland*, *Virginia*[9], *North Carolina*[10], *South Carolina*, e *Georgia*)[11], mencionando, finalmente, que em nenhuma delas foi observada a separação *completa* dos três poderes.

No artigo 48 é apontada a necessidade de haver uma ligação entre cada um dos poderes, lhes dando um direito constitucional de fiscalizar uns aos outros, o que caracteriza como essencial para a existência de um governo livre, direito de fiscalização este sem o qual não poderá o governo ser mantido de forma eficaz.

Busca-se, com isso, evitar ou mesmo impedir a usurpação dos poderes um pelo outro, pois em que pese ser o Legislativo o maior poder, já que representa o povo, nada impede que se torne despótico.

É no artigo 51 que o autor propõe uma solução para o problema de se manter uma efetiva separação de poderes. Se a fonte do poder é o povo, deve partir deste a escolha dos cargos, quando afirma Madison (*Ibid.*: 217), que "[...] é necessário que as nomeações para as supremas magistraturas legislativa, executiva e judiciária saiam do povo, que é a fonte primitiva de toda a autoridade [...]", devendo tais cargos serem independentes, munindo os representantes de cada poder de mecanismos para resistir à eventual afronta de um poder mais forte:

> É igualmente evidente que os funcionários públicos, encarregados do exercício de cada um dos poderes, devem ser tão independentes, como seja possível, dos que exercitam os outros, quanto aos emolumentos dos seus empregos. Se o magistrado executivo ou os juízes ficassem neste artigo dependentes da legislatura, claro está que a sua independência a qualquer outro respeito seria inteiramente ilusória.

Madison se refere ao sistema de freios e contrapesos no próprio artigo 51, trazendo uma percepção clara da falibilidade humana, quando afirma:

março de 1791.

9. Mais tarde, estados da *Virginia*, *Kentucky* e *West Virginia*. Estas duas últimas se tornaram estados em 1º de junho de 1792 e 20 de junho de 1863, respectivamente.

10. Mais tarde, *North Carolina* e *Tennessee*, este último criado em 1º de junho de 1796.

11. Quanto às Constituições de *Rhode Island* e de *Connecticut*, salienta o autor que foram formadas antes da revolução e que na época de sua formação a referida teoria de Montesquieu não era objeto de discussão política ainda.

> [...] mas já a necessidade dos governos é em si mesma uma desgraça. Se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo; e se os anjos governassem os homens, não haveria necessidade de meio algum externo ou interno para regular a marcha do governo: [E aponta a solução] mas quando o governo é feito por homens e administrado por homens, o primeiro problema é por o governo em estado de poder de dirigir o procedimento dos governados, e o segundo obrigá-lo a cumprir as suas obrigações. (*Ibid.*: 218).

O governo deve ser estruturado de tal modo que funcione como uma barreira contra a tendência natural de que o poder se torne arbitrário e tirânico, de modo que se torna necessária a instituição da separação dos poderes, para evitar a tirania e a arbitrariedade, retirando o poder das mãos de um só.

Com isso a necessidade, segundo aponta o artigo, de ser dividido o Poder Legislativo, que não poderia permanecer prevalecendo sobre os demais, tal como se pode extrair do seguinte trecho:

> Mas a desgraça é que, como nos governos republicanos o poder legislativo há de necessariamente predominar, não é possível dar a cada um dos outros meios suficientes para a sua própria defesa. O único recurso consiste em dividir a legislatura em muitas frações, e em desligá-las umas das outras, já pela diferente maneira de elegê-las, já pela diversidade dos seus princípios de ação, tanto quanto permitem a natureza das suas funções comuns, e a dependência comum em que elas se acham na sociedade. (*Ibid.*: 219).

Se de um lado, se entendia que o Legislativo devesse ser dividido para que não se sobrepusesse aos demais, por outro, percebeu-se que o Executivo precisava ser fortalecido, daí a necessidade de que houvesse o poder de veto, visto como a arma mais natural de que pudesse ser munido este Poder.

Deste modo, os diferentes segmentos de poder necessariamente devem ser dotados de força suficiente para resistir às ameaças um dos outros, de

forma a garantir que cada um deles se mantenha dentro dos limites fixados pela Constituição, vendo, por fim, o autor, na enorme variedade de religiões, classes e etnias, uma proteção a mais dos Estados Unidos, impedindo-o de se tornar uma ditadura da maioria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria da separação de poderes foi muito bem trabalhada no estudo de Locke, em sua obra *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, o que influenciou significativamente, no século seguinte, o seu destrinchamento e aperfeiçoamento por Montesquieu que a delineou para o formato hoje existente da aludida técnica.

Locke, como se observou ao longo do presente estudo, entendeu a necessidade de separação das funções do Estado tendo a monarquia temperada como seu ideal de forma de governo.

No entanto, apesar das três funções muito bem destacadas – do Legislativo, do Executivo e do Judiciário –, Locke só identificava dois Poderes do Estado: o Legislativo e o Executivo, inserindo o Judiciário neste último.

O autor já vislumbrava naquele momento a imprescindibilidade de um controle a ser exercido pelo Legislativo no Executivo através das leis por aquele criadas, diferenciando ambos os poderes quanto à estabilidade, enquanto o Executivo seria permanente, o Legislativo seria regido pelo caráter da provisoriedade, devendo ser convocado tão e somente quando da necessidade de inovação legislativa.

A partir daí e inspirado por John Locke, Montesquieu cunhou e aperfeiçoou a teoria em destaque em *O Espírito das Leis*, criando uma série de possíveis mecanismos de cada um dos Poderes com a finalidade de frear e limitar a atuação dos demais, impedindo-os que se sobrepujassem uns aos outros.

Entende também necessária a criação de um Poder Legislativo com um sistema bicameral, com um órgão composto de representantes do povo e o outro com pessoas notáveis simplesmente por sua linhagem ou por suas riquezas ou ainda por suas honrarias, de modo que também no momento de confeccionar o texto das leis haveria um controle de uma câmara

pela outra, impedindo a prevalência de interesses de apenas um grupo em prejuízo dos demais.

A maciça utilização da teoria refinada por Montesquieu nos artigos de *O Federalista*, em especial por James Madison, foi crucial para a aceitação e para a criação de um novo modelo político, até então jamais estudado: o federalismo moderno.

Tal como descrito no artigo 47 do *Federalista*, James Madison observou nas Constituições de onze[12], das treze colônias, a existência da menção à necessidade de separação dos poderes sem, na verdade, aplicarem a técnica em seu texto, que continha uma série de ordenações que mesclavam um poder com outro.

Deste modo, diversos textos da obra em questão traçaram aspectos relevantes da implementação da teoria de Montesquieu no ordenamento jurídico do que viria a se tornar, com a ratificação da Constituição norte-americana de 1787 por todos os Estados, uma nova nação.

A separação dos poderes, como se nota, foi essencial para o aperfeiçoamento e formação de inúmeros governos hoje existentes e foi primordial para a criação do *federalismo*, no processo de organização, estruturação e gênese do próprio Estados Unidos da América, utilizado como modelo por muitos países, desde então, dentre eles o Brasil.

Significativa implementação na teoria para o seu fortalecimento e manutenção foram os mecanismos denominados freios e contrapesos[13], devendo ser vistos não como uma invasão de um poder sobre a matéria de competência de outro, mas como uma forma de que um poder possa exercer certas atividades justamente para evitar o crescimento e consequente prevalência de cada um em detrimento dos demais.

Por isso não apenas salutar como necessário que as constituições que abarcam a teoria da separação dos poderes criem diversas exceções ao exercício de funções que ao menos em tese seriam exclusivas de um Poder, para que outro o fiscalize, o limite e impeça seu crescimento e sobrepujança, com cooperação e equilíbrio entre eles, para estabilizar as instituições públicas e manter segura a democracia.

12. Como visto, *Rhode Island* e *Connecticut* tinham Constituições que eram anteriores à revolução, não tendo sido objeto de discussão, à época, da teoria da separação dos poderes.
13. *Checks and balances.*

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Armando. A teoria lockeana da separação de poderes. 2001. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb>.

ALENCAR, Roldan. A Política. Aristóteles. 2012. Disponível em: <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAA6I4AC/a-politica-aristoteles>.

ASSIS, Christiane Costa. O Supremo Tribunal Federal como poder moderador: uma análise discursiva. 2013. Disponível em: <http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1247>.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. Tomos I e II. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp., 1840.

LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo Civil. São Paulo: Nova Cultural, 1978. (Coleção Pensadores).

LOCKE, John. The second Treatise of Government, in: John Locke: Political Writings. Edited and with an Introduction by David Wootton. London: Penguin Books, 1993.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. Os Artigos Federalistas. Apresentação: Isaac Kramnick; tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. O espíritos das leis. Apresentação Renato Janine; tradução Cristina Murachco - São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. 5. ed. melhor. São Paulo: Saraiva, 1998.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JUNIOR, Jorge Ferraz de. Características do ativismo judicial nos Estados Unidos e no Brasil : um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. Revista de informação legislativa, v. 51, n. 204, p. 25-42, out./dez. 2014. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/509926>.

ATIVISMO JUDICIAL: AS RAZÕES PELAS QUAIS A DECISÃO POLÍTICA NÃO COMPETE AO JUDICIÁRIO

PÉROLA FLEXEIRA KARLA NEVES DE ALENCAR

ASPECTOS PRELIMINARES

Ativismo judicial não é algo novo, nos Estados Unidos, por exemplo, é algo que vem sendo discutido há mais de dois séculos, não significando, necessariamente, algo ruim. No Brasil, todavia, o ativismo judicial ganha um contorno diferente, um espeque pejorativo significando uma avaliação discricionária do Juízo, que, ao realizar a sua atividade típica (o de aplicar o direito ao caso concreto), se desprende do ordenamento jurídico para basear-se em critérios subjetivos e oriundos das convicções pessoais do julgador.

O direito é o objeto de utilização pelo Julgador para dar resolutividade às pretensões resistidas que, em algum momento, quebram a inércia da jurisdição. Em outras palavras, por meio do direito se busca a jurisdição, e por ele se busca a resolução da querela, logo, as partes ao buscar o Judiciário para resolver determinados impasses, busca dele uma resposta de acordo com o ordenamento jurídico e não conforme as suas convicções pessoais, filosóficas, sociológica *etc.*

Ao Poder Judiciário cabe a aplicação e a interpretação da lei nos casos concretos, em razão de sua vinculação à própria lei (ABOUD, 2016, p. 730). Porém, cada vez mais vem apresentando notável atuação no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, levando à substituição das suas decisões, eminentemente políticas e que estão nos seus âmbitos de atuação,

por decisões judiciais que ganham contornos políticos, incompatíveis com a atividade jurisdicional.

Um exemplo muito comum no Amazonas, é a atuação do Poder Judiciário na esfera dos demais poderes, sobretudo no Poder Executivo. Recentemente, no Amazonas, o Poder Judiciário, em dois momentos, determinou que o Executivo providenciasse a reestruturação de dois hospitais, Instituto Dona Lindu[1] e Hospital Platão Araújo[2], mesmo sabendo da crise em que se encontra o Estado do Amazonas, conforme amplamente anunciado pelas mídias sociais[3].

Esses são alguns exemplos de decisões que demonstram o Poder Judiciário tomando decisões políticas, deixando de atuar no seu mister, aplicando o direito ao caso concreto, conforme demonstrará no presente texto.

Para alcançar esse fim, será feita uma revisão bibliográfica, a fim de delimitar a temática e realizar, de forma crítica, as análises que dão conta de que o Poder Judiciário possui atribuição e legitimidade para aplicar a jurisdição e não substituir a função dos demais poderes em prol de efetivação de direitos frutos de Políticas Públicas.

1. ASPECTOS TERMINOLÓGICOS E CLASSIFICATÓRIOS DO ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é um conceito não unívoco, possuindo diversas definições. Desse modo, elas seguem duas vertentes: a quantitativa e a qualitativa. A quantitativa leva em consideração a quantidade de vezes que os juízes interferem nos outros Poderes através de suas decisões, porém, em razão da ausência de um critério que informe qual quantidade seria

1. In.: <https://www.mpam.mp.br/slides-noticias/11639-acao-do-mp-am-forca-estado-a-reestruturar-instituto-dona-lindu#.XKkU05hKiUk>. Acesso em: 06 abr. 2019.

2. In.: <https://www.mpam.mp.br/noticias-sp-1771083401/11574-mp-am-obtem-decisao-judicial-para-a-reestruturacao-do-hospital-plantao-araujo#.XKkU3JhKiUk>. Acesso em: 06 abr. 2019.

3. In.: <https://amazonasatual.com.br/wilson-diz-que-pegou-estado-na-maior-crise-financeira-de-todos-os-tempos/> e <http://www.seinfra.am.gov.br/em-discurso-na-aleam-wilson-lima-anuncia-medidas-para-enfrentar-crise-e-colocar-o-amazonas-no-caminho-do-desenvolvimento/>. Acesso em: 06 abr. 2019.

considerada "muito", esse conceito não é tão utilizado. A segunda vertente é a qualitativa, a qual analisa o critério de atuação do juiz (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 461-462).

Por se tratar de um conceito não unívoco, o ativismo judicial possui também outras expressões que são utilizadas para se referir a ele e, por vezes, fazem menção a quem o está praticando. Por exemplo, as expressões "governo dos juízes" (URBANO, 2016, p. 133) e "Juristocracia", (ABBOUD, 2016, p. 742), indicam a substituição da lei pela discricionariedade dos juízes e, ainda, "Ministrocracia" (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 26), atinente ao julgamento individual realizado por seus Ministros em casos que envolvam grandes decisões para a política.

Assim, no Brasil, o ativismo se manifesta através da discricionariedade dos julgadores (ABBOUD, 2016, p. 709), implicando na ausência de fundamentação legal nas decisões, sendo aplicado somente os princípios do próprio julgador.

Apesar de o ativismo judicial estar presente em várias temáticas em que o Poder Judiciário costuma atuar, a que mais o destaca é o controle de constitucionalidade, pois, através dele, é possível visualizar com maior facilidade o impacto que há com o Poder Legislativo, o qual ocorre por meio da alteração ou limitação da interpretação de leis através de decisões do Poder Judiciário (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 460).

Verifica-se também que o ativismo possui elementos positivos e negativos. Um dos aspectos positivos do ativismo é o fato de possibilitar a resolução de demandas que não foram resolvidas anteriormente pelo Poder Legislativo, sempre devendo tomar cuidado para que sua aplicação seja feita em momentos determinados, de forma eventual. Como aspecto negativo, temos a explicitação dos problemas enfrentados pelo Legislativo (BARROSO, 2012, p. 27), a substituição da decisão política atinente aos demais poderes por decisão judicial, a extrapolação do campo semântico que a lei comporta ser interpretada, a exposição de conteúdos subjetivos, indo contra o critério objetivo que a lei confere aos casos.

No mesmo sentido, ao ser necessário o auxílio do Judiciário para resolver questões que não foram tratadas anteriormente pelo Legislativo, fica exposto um problema do próprio Poder Legislativo. O ativismo também

pode causar uma insegurança jurídica, caracterizada pela incerteza no cidadão de que as leis seguidas por ele até aquele momento serão mantidas, pois, podem ser alteradas sem a análise daqueles que foram eleitos pelos brasileiros para representá-los (MARTINS, 2011, p. 34-37).

Superados esses pormenores, faz-se necessário avaliar como identificar o ativismo judicial no seio das decisões judiciais.

2. COMO IDENTIFICAR O ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo se manifesta de várias formas, no julgamento da mais simples causa até a mais complexa. Logo, afirmar que ativismo tem relação somente com o controle de constitucionalidade ou com a judicialização da política é um equívoco por parte do intérprete. Afinal, ativismo não tem relação apenas com uma espécie de procedimento ou processo, mas com a forma pela qual cada julgador realiza o julgamento do caso concreto, substituindo o direito por critérios não trazidos à baila pela legislação.

Um exemplo famoso e lembrado por Streck (2017, p. 24) é o voto proferido pelo Ministro Humberto Gomes de Barros no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial n.º 279.889, oriundo de Alagoas, quando ele afirma:

> Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. (...) Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.

O escorço demonstra qual o nível de discricionariedade e de arbitrariedade vivencia o direito brasileiro. Apesar de ser um voto exposto pelo STJ, é importante salientar que o direito não se amolda ao que os Ministros pensam, mas ao que o direito expõe, a relação de subordinação está invertida, primeiro se decide, depois se fundamenta. Primeiro se verifica qual a decisão que a consciência do julgador irá proferir, depois amolda-o ao direito.

Outro famoso exemplo, desta vez citado por Abboud (2016, p. 714-715), foi o julgamento da ADI n. 4.277, em que o Supremo Tribunal Federal autorizou a equiparação da união homoafetiva à união estável e o casamento. No julgamento em questão, o Ministro Carlos Ayres Britto proferiu seu voto nos seguintes moldes:

> [...] Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas (...) Anotação de que os Mins. Ricardo Lewandowiski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargos, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento de imediata autoaplicabilidade da Constituição. 6. Interpretação do art. 1.723 do CC em conformidade com a constituição federal (técnica da "interpretação conforme"). Reconhecimento da união homoafetiva como família. Procedência das ações. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do CC, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Em que pese este ser o entendimento do STF, não há o respaldo na Constituição, uma vez que o artigo pelo qual fundamentou a sua decisão é claro em afirmar que o casamento é a união entre homem e mulher, logo, o espaço semântico exposto pela Constituição não comporta interpretá-lo para a união homoafetiva. Apesar de o ativismo estar presente neste julgamento, a demanda do casamento homoafetivo é uma conquista que deve ser garantida tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo Poder Legislativo, inspirando os preceitos da liberdade e da igualdade (ABBOUD, 2016, p. 716), todavia, não com a fundamentação utilizada, uma vez que a interpretação expressada ultrapassa o espaço semântico que permite essa inclusão da liberdade de gênero.

Há também a reinterpretação do STF quanto direito fundamental da presunção de inocência do Código de Processo Penal, em que o Ministro Barroso entendeu que a não ocorrência da prisão para que a pena fosse cumprida de forma definitiva em segunda instância estaria violando o princípio da proporcionalidade na proporção da proibição deficiente, utilizando para isso, a ponderação de valores. Porém, ao realizar tal voto, usou a Constituição para interpretar o texto do Código de Processo Penal de forma diversa do que está exposto tanto na Carta Magna, quanto no Código de Processo Penal (MEYER, 2017, p. 06).

Nesse sentido, o Ministro Barroso afirmou, ainda, que a decisão fundamentada da autoridade é o pressuposto para a prisão, não o trânsito em julgado, porém, a prisão após condenação em segundo grau não possui previsão legal, tendo o nosso ordenamento jurídico, inclusive, vedado o mandado de prisão sem a expressa previsão, havendo a necessidade de especificação no que diz respeito ao que deve ser uma decisão fundamentada. Ademais, alega que a presunção de inocência é um princípio, o qual pode ser ponderado pelo STF, porém, tal ponderação já foi realizada pelo Poder Legislativo e este determinou a proibição da prisão por condenação antes do trânsito em julgado (ROSA, 2019).

Verificados esses exemplos de ativismo judicial, uma regra mestra surge, o ativismo é identificado, facilmente, quando o julgador deixa de levar em consideração a legislação para substituí-la por critérios subjetivos que não encontram respaldo no ordenamento. No entanto, tanto os valores

intrínsecos, quanto os valores extrínsecos ligados à pessoa do julgador são irrelevantes para aquelas pessoas que litigam em um processo, já que buscam soluções "jurídicas". O interesse dessas pessoas, na verdade, é resolver a querela com base exclusivamente na lei, já que ela representa a vontade de uma maioria democrática vitoriosa.

3. A RELAÇÃO DE INIMIZADE ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 2º que os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são pertencentes à União, os declarando independentes e harmônicos entre si. Adiante, em seus artigos 49, inciso XI e 102, "caput", apresenta as competências do Congresso Nacional (legislar) e do Supremo Tribunal Federal (salvaguardar a Constituição), respectivamente. Em seu artigo 103 informa qual o procedimento a ser adotado em caso de declaração de inconstitucionalidade. Assim, após demonstrar a competência de cada Poder, a Carta Magna esclarece que, como seu guardião, o STF não pode editar norma em caso de omissão do Poder Legislativo, sendo a correta conduta a comunicação a ele de tal falta cometida (MARTINS, 2011, p. 25-26).

Há uma linha tênue entre a conduta de um julgador ativista e a conduta de um legislador. Ao proferir decisões com base em seus princípios, o julgador elabora ou corrige normas já existentes, as quais foram criadas pelos legisladores, aqueles que mediante eleições, foram escolhidos pela população para os representar.

Desse modo, ao verificar tais situações de utilização de decisões ativistas, Urbano (2016, p. 140) conclui que:

> […] Resta dizer que o uso de tais princípios, na medida em que permite uma concretização e formatação dos mesmos, faz dos juízes constitucionais não apenas colegisladores – porque produzem ou corrigem normas legais – mas, do mesmo modo, co-constituintes – porque, precisamente, formatam esses princípios constitucionais de acordo com as suas ideias e pré-compreensões.

Então, ao utilizar seus próprios princípios e sua discricionariedade a fim de realizar as formatações, correções ou alterações dos princípios constitucionais, os julgadores adentram no âmbito de atuação dos legisladores.

No controle de constitucionalidade, por exemplo, o ativismo surge quando se ultrapassa o limite da separação de poderes, adentrando nas especificações atribuídas ao Poder Legislativo, conforme aduz Dimoulis e Lunardi (2011, p. 649):

> [...] Por outro lado, o juiz tampouco deve ser ativista, intervindo demasiadamente em problemas políticos julgados pelo legislador. O juiz que afasta ou até reformula as leis com base em seus entendimentos pessoais em casos controvertidos, ultrapassa o limite de suas competências e fere a separação de poderes. [...]

Confunde-se o Judiciário entre concretizar direitos com a sua função de legislador negativo. Mas isso se dá ao fato da forte influência que o Brasil sofreu do Tribunal Constitucional Alemão, talvez por conta do alto número de juristas que tiveram formação nas Universidades Alemãs, como é o caso do Ministro Gilmar Mendes, ou em razão do alto número de obras traduzidas daquela língua para a nacional. A questão é que o Tribunal Constitucional Alemão, diferentemente do Tribunal Constitucional dos Estados Unidos, buscou concretizar direitos fundamentais, principalmente após à experiência da coisificação da pessoa, por ocasião da Segunda Guerra Mundial.

Apesar desse contexto histórico ser extremamente relevante para destacar qual o motivo que levou aquele Tribunal Constitucional a buscar concretizar direitos, esta realidade não pode ser exportada e aplicada de qualquer forma aqui no Brasil, sobretudo, porque a nascimento do Tribunal Constitucional Brasileiro se dá em um contexto diferente, isto é, se dá com o auxílio na migração de um Estado Ditatorial para um Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a preservação da separação dos poderes, ganha um contorno distinto, ou seja, ganha uma perspectiva de evitar que um Estado Autoritário ressurja, colocando em perigo todas garantias e direitos

fundamentais conquistados. Todavia, questiona-se, se há um pensamento de evitar que um Estado Autoritário ressurja, como explicar a atitude ativista dos julgadores? Isso não seria uma conduta arbitrária e discricionária? Eis porque o princípio da separação dos poderes não guarda relação de proximidade com condutas ativistas.

4. OS PERIGOS DO ATIVISMO JUDICIAL

O emprego do ativismo judicial pode, em algumas situações, visar a resolução de conflitos não tratados anteriormente na esfera legislativa ou buscar situações que almejam efetivar os direitos fundamentais, a fim de manter os "valores" da Constituição. Porém, apesar de, nesses casos citados, possuir uma intenção de luta pela efetivação dos direitos da sociedade, seu uso carrega consequências que devem ser levadas em consideração.

Em algumas decisões ativistas, o STF pode acabar adentrando na esfera dos outros Poderes. O Poder Legislativo é aquele em que seus membros são os eleitos pelo povo brasileiro. Então, se no artigo 1º da Constituição, é instituído que "todo poder emana do povo", logo, é considerado um poder político, precisando de tempos em tempos passar pelas urnas (MARTINS, 2005, p. 23). Assim, ao efetivar uma decisão que altere alguma lei ou a corrija, conforme sua discricionariedade, o STF está substituindo a vontade política que fora devidamente legitimada pelo Poder eleito pela vontade do povo, pelo arbítrio do Judiciário, o qual não possui a mesma legitimidade popular.

Então, percebe-se o desrespeito ao princípio da separação dos poderes presentes no artigo 2º da Constituição Federal e, salienta-se que o acúmulo de todas as funções dos três Poderes no Judiciário pode levar à tirania dos juízes (URBANO, 2016, p. 150). Dessa maneira, torna-se insustentável a independência dos três Poderes quando o próprio Judiciário assume a atividade típica dos demais.

Outro exemplo de atuação do Poder Judiciário fora do seu âmbito é demonstrado através do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes nos autos da Rcl 4334. Primeiramente, cabe salientar que o artigo 52, inciso X

da Constituição Federal estabelece que compete exclusivamente ao Senado Federal "X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal".

Ocorre que, pelo raciocínio do Ministro Gilmar Mendes, houve uma mutação constitucional no artigo susodito e seu inciso X. A partir disso, o Ministro deduziu que não caberia mais ao Senado Federal suspender a execução de ato normativo ou lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pois, o Senado teria apenas a função de atribuir a publicidade à decisão proferida pelo STF (SANTOS, 2014, p. 599) e, em razão disso suas decisões não precisariam mais ser encaminhadas ao Senado.

Todavia, não foi essa a competência dada pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal, restando claro em seu texto que a suspensão ou a execução da lei caberia estritamente ao Senado Federal, logo, o voto do Ministro Gilmar Mendes foi baseado apenas em sua discricionariedade, rechaçando o texto constitucional.

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário vem cada vez mais proferindo decisões ativistas, principalmente por meio do Supremo Tribunal Federal e, quando da sua utilização, adentram no âmbito dos outros Poderes, mesmo que esteja expresso na Constituição a não permissão de tal conduta, utilizando como argumento apenas seus princípios.

5. A ILEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NA TOMADA DE DECISÕES POLÍTICAS

O Poder Judiciário tem adentrado no âmbito dos outros Poderes principalmente quando utiliza o controle de constitucionalidade. Através desse controle de constitucionalidade, há a proteção das minorias que necessitam da tutela de um órgão que possa anular leis que se mostrem discriminatórias (URBANO, 2016, p. 27). Porém, em se tratando, por exemplo, de assuntos políticos, deixam dúvida se, de fato, tal decisão cabe ao Judiciário.

Temos como exemplo algumas decisões monocráticas dos Ministros, como a suspensão da nomeação do ex-presidente Lula como ministro da Casa Civil da ex-presidente Dilma Rousseff. Em se tratando de decisões

monocráticas, tecnicamente, podem ser caracterizadas como precárias e excepcionais, havendo a necessidade de sua submissão ao Plenário para posterior confirmação, porém, na maioria dos casos de decisões de grande magnitude política, ou o Plenário não se manifesta sobre, ou quando se manifestou a decisão individual já havia alterado de forma definitiva o estado das coisas (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 14).

Ocorre que, apesar de historicamente o Judiciário ter sido subjugado pelo poder político, fazendo com que fosse levado à inexpressividade, deve ser aproveitada sua maior atuação, oriunda da Constituição de 1988, com responsabilidade política, pois, da mesma forma que um poder político fragilizou a Constituição no passado, o Judiciário também pode obter o mesmo resultado, a sobrepujando. Então, há a necessidade de um maior controle das decisões judiciais, objetivando sua adequação à Constituição democrática (STRECK; TASSARI; LIMA, 2013, p. 755).

Nesse sentido, quando atua a fim de atender às demandas sociais, a Suprema Corte pode deixar de julgar os princípios e passar a julgar a política implicada naquela situação e, dessa maneira, não julga o direito presente na demanda e sim o bem estar social ou até mesmo o prejuízo econômico presente naquele litígio (STRECK, 2012).

De igual modo, quando aduz sobre os argumentos desfavoráveis ao ativismo judicial, Urbano (2016, p. 151) acrescenta em sua lista a questão de decisões políticas no Judiciário, conforme segue:

> [...] 10) Nem sempre é fácil aos juízes ter uma ideia precisa das condições políticas, económicas e sociais de um país. Em consequência disso, também não estão em condições de avaliar o impacto social e económico das suas decisões.
> 11) A *policymanking* judicial pode comprometer seriamente ou prejudicar de forma irremediável a independência, o prestígio e a neutralidade do poder judicial. [...]

Dessa forma, mesmo que o Judiciário possua legitimidade para rever os atos dos demais poderes por meio do controle de constitucionalidade, a partir do momento em que a decisão se referir a políticas públicas ou

problemas sociais que visem o bem estar da sociedade, são decisões que cabem ao Poder Executivo e até mesmo ao Legislativo, em caso de decisões políticas. Então, havendo a substituição da decisão política por decisões atinentes aos seus princípios ou que não possuam respaldo legal, sobretudo, na Constituição, o Poder Judiciário está ultrapassando seu âmbito, perdendo a legitimidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do ativismo judicial praticado pelo Poder Judiciário demonstra que em casos da utilização do controle de constitucionalidade pode haver uma invasão da esfera dos outros Poderes e, quando o faz no âmbito dos Poderes do Executivo e do Legislativo, engloba decisões políticas que cabem ao próprio Executivo, podendo desrespeitar a imposição presente na Constituição Federal quanto à separação dos poderes, afetando seu equilíbrio.

Nesse seguimento, é possível perceber que durante os julgamentos no controle de constitucionalidade, há o proferimento decisões discricionárias, sendo verificadas as situações sociais e não o direito propriamente dito, utilizando como embasamento critérios subjetivos ligados apenas à pessoa do julgador, sendo esta a competência do Poder Executivo, caracterizando uma postura ativista do Poder Judiciário, inclusive através do Supremo Tribunal Federal, levando à invasão dos outros Poderes da União instituídos pela Constituição Federal, principalmente do Poder Executivo.

Dessa maneira, podemos perceber que a consequência da invasão do ativismo em temas que deveriam ser tratados exclusivamente pelo Poder Executivo, é a adoção de uma postura contrária àquela instituída pela Constituição, podendo configurar a violação do princípio da separação dos Poderes.

A pesquisa bibliográfica realizada em artigos científicos, auxiliou na definição do significado de conteúdos e termos estritamente jurídicos, bem como demonstrou diversos pontos de vista sobre os temas tratados, de forma que a auxiliar também na compreensão do conteúdo.

Já a pesquisa bibliográfica realizada em livros cujo teor principal era o Direito Constitucional facilitaram o conhecimento dos princípios constitucionais, tornando mais simples a identificação de sua violação, bem como forneceu diversos exemplos de decisões judiciais proferidas utilizando o ativismo judicial.

Haja vista a relevância do tema, há a necessidade de realizar uma pesquisa aprofundada sobre formas de combate ao ativismo judicial, a fim de que essa conduta dos julgadores seja mudada, pois, deve-se sempre prevalecer o que está na Constituição, não os princípios subjetivos e valores que cada julgador acredita que seja o correto para se proferir as decisões.

Nesse sentido, sempre que há uma decisão ativista, o Judiciário abarca as competências dos outros Poderes para si, colocando em risco o ordenamento jurídico e a própria a Constituição Federal, o que deve ser combatido tanto pela doutrina, quanto pelo povo, já que eles serão os destinatários das normas criadas pelo Judiciário.

REFERÊNCIAS

ABBOUD. Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministocracia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. **Novo Estud. CEBRAP**. São Paulo, vl. 37, n. 01, 2018, p. 13-32.

BARBOZA, Estefânia Maria de; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**. São Paulo, 2012, p. 059-086.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Thesis,** Rio de Janeiro, vol.5, n. 01, p. 23-32, 2012.

LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto; DIMOULIS, D. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: André Luiz Fernandes Fallet; Daniel Giotti de Paulo; Marcelo Novelino. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, p. 459-475, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Conheça a Constituição: comentários à Constituição Brasileira**. 1ª ed. Barueri, SP: Manole, vol. 1, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC**, n. 18, p. 23-28. São Paulo, 2011.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Constitucionalismo, autoritarismo e juristocracia. **Jota**, v. 1, p. 1-11. São Paulo, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme a minha consciência?** 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. Ainda sobre prender após a condenação em segundo grau (STF, HC 126.292). [Online]. In.: **Revista Consultor Jurídico**. 2019. Disponível em:<https://www.conjur.com.br/2019-fev-08/limite-penal-ainda-prender-condenacao-segundo-grau>. Acesso em: 03 de abr. 2019.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. "MUTAÇÃO À BRASILEIRA": UMA ANÁLISE EMPÍRICA DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO. **Rev. direito GV**, São Paulo , v. 10, n. 2, p. 597-614, Dec. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000200597&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 abr. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A relação direito e política: uma análise da atuação do Judiciário na história brasileira. **Pensar**, Fortaleza, vl. 18, n. 03, p. 737-758, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O Supremo, o contramajoritarismo e o "pomo de ouro". [Oline]. In.: **Revista Consultor Jurídico**. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-12/senso-incomum-stf-contramajoritarismo-pomo-ouro>. Acesso em 09 de abr. 2019.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional: evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade**. 2º ed. Coimbra: Almedina, 2016.

EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM CONSONÂNCIA COM A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

VIVIANE CERVANTES LIMA

1. INTRODUÇÃO

O principal desafio do século XXI, com certeza, é a prática dos Direitos Humanos. A globalização capitalista traz algumas características negativas ao mundo, como por exemplo, o egocentrismo, todos os tipos de exploração e a competição desenfreada para a conquista de bens materiais.

O direito por si só, é apenas um emaranhado de leis que tenta colocar ordem em determinadas situações, não tendo nenhuma eficácia ou resolução se visto de forma apartada de uma sociedade colaborativa.

Não cair na ilusão de que o direito e a jurisprudência tudo resolvem, é ter a ciência da situação caótica, e tomar providências para que a crueldade cometida no passado não tenha espaço na atualidade.

A Magna Carta institui o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da nossa República Federativa. Os direitos das pessoas humanas devem ser iguais a todos sem distinção de sexo, raça, cor, religião, vez que a parcialidade pode gerar graves consequências. As leis não devem causar privilégios a uma classe de indivíduos, mas regular de forma equitativa as diferenças existentes em determinadas classes. Já observava Hans Kelsen (1962, p.190):

> A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica

> nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.

Direitos humanos são marcados pelos direitos dos homens, Valério Mazzuoli foi citado por José Afonso da Silva: "são direitos que em tese não se encontram nos textos constitucionais ou nos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos." (SILVA, 2006, 480). Com a criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, os direitos tidos como fundamentais aos seres humanos têm reconhecimento no âmbito internacional, ganhando vários estudiosos do assunto.

Com isso, as constituições passam a ter um vasto rol de direitos fundamentais, como por exemplo, o célebre artigo 5º da Magna Carta onde possui 78 (setenta e oito incisos) e 4 (quatro) parágrafos com direitos e garantias aos cidadãos.

Isto posto o presente artigo traz de forma sucinta e agradável a evolução dos Direitos Humanos, frente à Constituição.

2. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

> *"É fundamental diminuir a distância entre o que se diz e o que se faz, de tal foram que, num dado momento, a tua fala seja a tua prática".*
> Paulo Freire

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

É importante advertir que direitos fundamentais são direitos humanos de forma suprapositivada na Constituição Federal de 1988, ou seja, estes não

sinônimos apesar de serem tratados de tais formas.

Direitos Humanos nos remete ao contexto global e contido em documentos internacionais, sendo que estes se relacionam de forma supranacional.

Na esfera nacional, o artigo 04, inciso II, traz a prevalência dos direitos humanos em seu texto. Pode-se concluir desta forma que a soberania do país, só não é maior que os direitos humanitários inerentes aos seus cidadãos.

Direitos Fundamentais encontra respaldo na órbita nacional do país, sendo melhor entendido como os direitos sociais, políticos e individuais.

SARLET (2009, p.29):

> Em que pese sejam ambos os termos („direitos humanos" e „direitos fundamentais") comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo direitos fundamentais" se 14 aplica para aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos", guardaria relação como os documentos de Direito Internacional por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.

Mesmo diante de tais esclarecimentos, é válido lembrar que os países não são obrigados a ratificar os documentos internacionais de direitos humanos em seu território, mas uma vez ratificado não pode haver desistência. Flávia Piovesan (2015, p. 111): "Os tratados não podem criar obrigações para os Estados que neles não consentiram, ao menos que preceitos constantes do tratado tenham sido incorporados pelo costume internacional".

2.2 A EVOLUÇÃO CRONOLÓGICA

Diante de tantas reformas no curso das Constituições brasileiras, faz se necessário discorrer de forma breve como cada uma tratou do referido tema. Serão abordadas as Constituições Republicanas Brasileiras, ou seja, dos anos de 1891 a 1988.

2.2.1 CONSTITUIÇÃO DE 1891

Com a queda do Brasil Império e, consequentemente, o desmoronamento da monarquia, houve o surgimento de uma nova feição estatal. O então presidente Deodoro da Fonseca fez com que os republicanos tomassem o governo para si e instituíssem uma nova forma de governo e Estado, a República Federativa dos Estados Unidos do Brasil, onde em 1891, passa a vigorar a 1ª Constituição Republicana dos Estados Unidos Brasileiros. Tal constituição sofreu forte influência norte americana, onde foram estabelecidas as principais características do Brasil, como presidencialismo, laicidade, fim do Poder Moderador e a separação dos poderes, sendo inclusive constituído o Senado Federal e a Câmara dos Deputados.

Oliveira (2016, p. 307):

> No que se refere aos direitos políticos, enumeram-se os seguintes aspectos:
> - Possibilitou o direito de sufrágio direto para os cargos de Deputado, Senador, Vice – Presidente e Presidente da República.
> - Aboliu o voto censitário, de raiz.
> - Aos cidadãos maiores de 21 anos concedeu o direito de voto, excluindo-se, entretanto, as mulheres, os mendigos, os analfabetos, as praças de pré e os religiosos sujeitos a voto de obediência.

O *habeas corpus* foi o instituto de destaque para esta época, onde garantiu o poder de responder processo em liberdade, mas também assegurou aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade a

liberdade, propriedade e a segurança nacional. Conforme dispõe:

> Art. 61 - As decisões dos Juízes ou Tribunais dos Estados nas matérias de sua competência porão termo aos processos e às questões, salvo quanto a: 1º) habeas corpus.
> Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
> §22 - Dar-se-á o habeas corpus, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.

Herkenhof (2002, p.67), trouxe outros pontos fundamentais desta Constituição:

- Extinguiu-se as ordens honoríficas e os títulos nobiliárquicos;
- Separou-se a Igreja do Estado com o estabelecimento da plena liberdade religiosa;
- Consagrou-se a liberdade de associação e de reunião sem armas;
- Assegurou-se aos acusados a mais ampla defesa, com todos os recursos e meios essenciais;
- Aboliu-se as penas de galés, de banimento judicial e morte, com ressalvas à legislação militar em tempos de guerra;
- Criou-se o instituto jurídico do habeas corpus com a amplitude de remediar qualquer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder;
- O Júri passou a ser uma instituição constitucional;
- Instituiu-se as garantias da magistratura (vitalidade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos) mas, expressamente, só em favor dos juízes federais e
- Previu-se os direitos autorais para obras literárias e artísticas, marcas e patentes.

2.2.2 CONSTITUIÇÃO DE 1934

O fim da República Velha no Brasil, (1889 – 1930), além de ter sido um período conturbado, houve o surgimento da nova Constituição Federal. Getúlio Vargas, por meio de um golpe de estado, dá início a um novo período na política brasileira. O referido texto constitucional foi influenciado pela Constituição de Weimar, 1919, e na Constituição da Espanha, de 1931. A Constituição de 1934 assentou-se no constitucionalismo social, com novos fundamentos e concepções, em latente conflito com o constitucionalismo liberal e individualista da tradição que se desdobrava até então. (HORTA, 1999, p.53).

Herkenhof (2002, p.70), expõe os principais aspectos desta:

- Determinou que a lei não prejudicaria o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
- Explicitou o princípio da igualdade perante a lei, estatuindo que não haveria privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissão própria ou dos pais, riqueza, classe social, crença religiosa ou ideias políticas;
- Permitiu a aquisição de personalidade jurídica, pelas associações religiosas, e introduziu a assistência religiosa facultativa nos estabelecimentos oficiais;
- Instituiu a obrigatoriedade de comunicação imediata de qualquer prisão ou detenção ao juiz competente para que a relaxasse, se ilegal, promovendo a responsabilidade da autoria coautora;
- Manteve o habeas corpus, para proteção da liberdade pessoal, e instituiu o mandado de segurança, para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade;
- Vedou a pena de caráter perpétuo;
- Proibiu a prisão por dívidas, multa ou custas;
- Impediu a extração de estrangeiro por crime político ou de opinião e, em qualquer caso, a de brasileiros;
- Criou a assistência judiciária para os necessitados;

- Determinou às autoridades a expedição de certidões requeridas, para defesa de direitos individuais ou para esclarecimento dos cidadãos a respeito dos negócios públicos;
- Isentou de imposto o escritor, o jornalista e o professor;
- Atribuiu a todo cidadão legitimidade para pleitear a declaração de utilidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

A referida Constituição apresentou avanços nos direitos sociais, trabalhistas, políticos e de ordem econômica, considerado um grande avanço a época.

2.2.3 CONSTITUIÇÃO DE 1937

Um período de muita instabilidade política, visto que Getúlio Vargas fecha o Congresso Nacional e instaura um regime de exceção, tendo início ao período denominado de "Estado Novo". A Constituição de 1937 ficou marcada como uma Constituição de caráter autoritário, sendo Vargas o então presidente. Seu momento histórico foi marcado como o início de um processo de mudanças, que a partir disso, foram construídas as bases que originaram a modernização do Estado. (VIEIRA, 2007).

A referida época apesar de ter tido avanço na esfera trabalhista, em especial com uma edição da CLT, Consolidação das Leis Trabalhistas, motivada na Carta Del Lavoro, 1927, não houve evolução nos direitos humanos e fundamentais.

2.2.4 CONSTITUIÇÃO DE 1946

A Segunda Grande Guerra Mundial teve o seu fim no ano de 1945, e com o intuito de restabelecer a ordem no nível internacional houve a criação da Organização das Nações Unidas, no mesmo ano. Nuria Belloso Martín (1996, p. 127-128) destaca:

> Depois da segunda guerra mundial o ambiente doutrinário era favorável à reconsideração dos direitos humanos, já que ao finalizar a contenda bélica se criou o clima propício para discutir este tema e oferecer novas perspectivas e melhores garantias jurídicas. Se produziu uma superação do positivismo jurídico e se destacou a restauração do jusnaturalismo clássico e a exaltação dos valores da pessoa humana. A internacionalização constituiria um processo específico de soberania nacional e se abria a via da cooperação interestatal para a promulgação e garantia dos direitos na esfera do Direito Internacional. Depois dos acontecimentos bélicos, as declarações internacionais se interessariam por acolher o direito humanitário assim como para a proteção dos direitos individuais e coletivos violados massivamente naqueles períodos.

Dessarte no âmbito nacional ocorreu o esfacelamento da Ditadura, imposta por Getúlio Vargas, e os princípios liberais e democráticos marcam a nova Constituição. Há o restabelecimento do estado de direito e a autonomia federativa, que foram eliminados em 1937. Oliveira (2016, p. 313):

> Reestabeleceu o ideário protetivo da Constituição de 1934 e previu medidas de caráter humanitário, como a vedação à pena de morte, de banimento, de confisco e de caráter perpétuo. Foram ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro (art. 141, §31). Ademais, previu a individualização da pena; a retroatividade tão só para beneficiar o réu; a intranscendência da pena (nenhuma pena passará da pessoa do delinquente); e a vedação da prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o inadimplemento de obrigação alimentar.

Mesmo tendo um significante avanço na órbita de proteção dos direitos humanos, todo crescimento tido nesta Constituição durou apenas até o ano de 1964, quando houve o regime militar no Brasil. Conforme figura Raul Machado Horta, "os atos institucionais, numa cadeia de outorgas sucessivas, sobrepuseram-se à Constituição Federal, desfigurando os

fundamentos do regime democrático nele organizado, para alterar a estrutura dos órgãos, dos Poderes e das competências constitucionais e instaurar o regime de insegurança e da negação de direitos políticos, de direitos e garantias individuais".

2.2.5 CONSTITUIÇÃO DE 1967

A Constituição de 24 de janeiro de 1967, apesar de ter sido elaborada no regime militar foi votada pelo Congresso Nacional, tendo sido denominada de semiautoritária. Esta promoveu o enrobustecimento do Poder Executivo e o fortalecimento que o Presidente da República precisava para o controle do país. Conquanto a nova redação da Constituição mantivesse as prerrogativas previstas na anterior, as práticas dos direitos e garantias fundamentais não eram realizadas.

Celso Ribeiro Bastos (2002, pag. 198) afirma:

> Vê-se que se tratava de um período curioso da história do Brasil. Ao mesmo tempo que se desprezava o direito constitucional – porque tudo no fundo brotava de atos cujo fundamento último era o exercício sem limites do poder pelos militares – não se descurava, contudo, de procurar uma aparência de legitimidade pela invocação de dispositivos legais que estariam a embasar estas emanações de força. Para uns, como visto, esta emenda é uma nova Constituição, para outros não passa de uma mera emenda. Preferimos ficar com estes últimos, embora não se desconheça que a relevância da questão é muito pequena. De qualquer sorte, como foi um período onde prevaleceram os rótulos e as formas, com total descaso pela substância, é preferível mesmo manter o ato com a natureza com que ele veio a lume.

Ademais o artigo 158, trouxe algumas inovações na esfera trabalhistas que merecem destaque, como o direito ao salário família aos dependentes do trabalhador; proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil; aposentadoria para a mulher,

aos trinta anos de trabalho, com salário integral e fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos comerciais e industriais.

Não obstante, vale-se a ressalva que nesta Carta o país tem a denominação de República Federativa do Brasil, e não mais República Federativa dos Estados Unidos do Brasil e com a Emenda 25, deu início a próxima Magna Carta.

2.2.6 CONSTITUIÇÃO DE 1988

A atual Magna Carta foi promulgada meio a expectativas, em 05 de outubro de 1988. Depois de duas décadas com um governo ditador, a Carta Política vem para consagrar os direitos individuais, em específico à dignidade da pessoa humana, sendo dada uma atenção especial ao direito dos trabalhadores e a ordem social. Mediante tais inovações a Constituição de 1988, ficou conhecida como a Constituição Cidadã, título este dado pelo então presidente Ulisses Guimarães.

De fato, é viável salientar que no curso do regime militar (1964-1985) foi onde as lutas contra as violações dos direitos individuais nasceram e a institucionalização dos direitos humanos no Brasil teve mais força de acontecer. "Em contraponto aos ditames dos militares, uma geração de ativistas – que incluía religiosos, profissionais liberais, artistas, políticos – e entidades – como a Igreja Católica, a Ordem dos Advogados do Brasil, a Associação de Imprensa e outras – assumiram corajosamente a defesa inconstitucional dos direitos humanos, em especial para obstar a perseguição política deliberada que ocorreu após a publicação do Ato Institucional 5 em 1968 – um dos atos obscuros da história brasileira recente". (OLIVEIRA, 2016, p.320).

Flávia Piovesan (2015, p.70):

> Perceber-se-á que, em face das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional passou a reconhecer que a proteção dos direitos humanos constitui questão de legítimo interesse e preocupação internacional. Ao constituir tema de legítimo

> interesse internacional, os direitos humanos transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva.

De acordo com o caput do art. 5º, "**todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza..." pode-se concluir que o princípio da igualdade foi consagrado na Constituição de 1988, e essa igualdade formal é um dos objetivos de redução da desigualdade social e tanto assombra a população brasileira como pode ser vista na economia, cultura, educação e seguridade, apesar de todos serem garantidos na Carta Política. Os dizeres da professora Flávia Piovesan (2003, p.13):

> O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais vêm a construir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico ao sistema jurídico brasileiro. Os direitos e garantias fundamentais passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional. A Constituição de 1988 acolhe a ideia da universalidade dos direitos humanos, na medida em que consagra o valor da dignidade humana como princípio fundamental do constitucionalismo inaugurado em 1988. O texto constitucional ainda realça que os direitos humanos são tema de legítimo interesse da comunidade internacional, ao imediatamente prever, dentre os princípios a reger o Brasil nas relações internacionais, o princípio da prevalência dos direitos humanos. Trata-se, ademais, da primeira Constituição Brasileira a incluir os direitos internacionais no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos.

A prevalência dos direitos humanos norteia a República perante as relações nacionais e internacionais, vez que o Brasil tornou-se signatário dos principais documentos de direitos humanos, a exemplo: Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3. TIPOS DE VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS

> *"Sonho com o dia em que todos levantar-se-ão e compreenderão que foram feitos para viverem como irmãos".*
> Nelson Mandela

O existir humano vai da integridade física e moral as condições de bem estar, com isso deve-se concluir que quaisquer tipos de violações aos direitos fundamentais e humanos evidenciam tipos de discriminações contra os seres. Impedir ou impossibilitar o exercício de tais propósitos é limitar a igualdade de oportunidades e de direitos que são inerentes a todos.

O presente capítulo abordará os principais grupos com o desenvolvimento dos direitos fundamentais carentes de atenção no Brasil, bem como, (i) Crianças e Adolescentes, (ii) Refugiados e (iii) Liberdade Religiosa.

3.1 CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A prioridade no tratamento das crianças e adolescentes se faz necessário em virtude da fragilidade que esse grupo apresenta. A proteção e o compromisso com os direitos destes traz a tona diversas situações que necessitam de políticas públicas efetivas, como por exemplo, a captação deles pelo crime organizado, exploração sexual, violência urbana, envolvimento com drogas e entorpecentes, dentre outros. Cabe ao Estado, sociedade e a família o dever de zelo com essa classe de indivíduos.

A Convenção Internacional dos direitos das Crianças, aprovada pela ONU em 1989, e ratificada pelo Congresso Nacional em 14 de setembro de 1990, pelo Decreto Legislativo 28, é o documento principal de proteção a crianças e adolescentes. O Fundo das Nações Unidas para a Infância, UNICEF, tal documento delibera em quatro pilares: (i) a não discriminação, (ii) o interesse superior da criança, (iii) a sobrevivência e desenvolvimento da criança e (iv) a opinião da criança. Pode-se dizer que, "a Convenção acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade" (PIOVESAN, 2003, p.279).

No Brasil a lei que prioriza a criança e o adolescente é o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 13 de JULHO de 1990, já traz em seu artigo 1º "Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente" (grifo e sublinhado nosso), ou seja, a República tem além de outras legislações dois entendimentos consolidados e aprovados no ordenamento jurídico a respeito das crianças e adolescentes, onde a característica principal é a proteção integral destes em relação às mazelas que o mundo pode proporcionar.

Válido lembrar e ressaltar que para a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, criança tem idade até 18 anos e o ECA traz no seu artigo 2º uma divisão em dois períodos "Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade".

3.2 REFUGIADOS

O Direito Internacional Público é o qual se destina a proteção das pessoas que saem de sua terra natal e buscam oportunidades em outros países, seja por motivos de perseguição a religião, opinião política, raça, dentre outros. A Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, traz em seu artigo 14: "1. Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países"; Mas continua, "2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos das Nações Unidas". Ademais, tal Declaração traz outros artigos que retratam o assunto e deve relevância:

> Art. 9: Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado.
> Art. 13: Toda pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado.
> Art. 15: Todo o indivíduo tem o direito de ter uma nacionalidade.

Apesar de haver a declaração Universal de Direitos Humanos, o Brasil possui a Lei 9.474, de 22 de julho de 1997, onde definiu mecanismos para

a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951. Para tal lei, é considerado refugiado:

> Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:
> I- devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
> II- não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
> III- devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

O CONARE, Comitê Nacional para os Refugiados, é um órgão brasileiro e que está em consonância com ambas às legislações acima citadas. Ademais é este órgão que analisa e declara ao reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado. O site UOL (2017, p. de internet) fez entrevista com um refugiado chamado Sarker, e o mesmo diz: "Eu não conseguia viver, perdi meu emprego, quase perdi a minha vida não uma, mas algumas vezes. Eu, meu pai e minha irmã fomos ameaçados, então o melhor que eu fiz foi deixar meu país. Se eu ficasse, eu não estaria vivo hoje". A imigração de refugiados ao Brasil é uma realidade e tende a aumentar com o passar dos anos, como é possível constatar com os refugiados venezuelanos no Estado de Roraima. Basta saber se os brasileiros colocarão sua cordialidade em prática ou a xenofobia far-se-á presente cada vez mais.

3.3 LIBERDADE RELIGIOSA

A religião é parte da vida pessoal da maioria dos seres humanos, portanto não se trata apenas de sociologia ou história. A escolha de seguir ou não uma religião e fazer dela as suas concepções acerca do sentido da sua vida

e de sua existência, é um direito que não pode ser privado de ninguém. Salienta Jorge Miranda (2000, p. 409):

> A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinar crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres.

Apesar da laicidade presente no Brasil existe intolerância a religião no país, em especial a religiões de matriz africana. No Rio de Janeiro, uma menina de 11 anos recebeu uma pedrada na cabeça ao voltar para casa com um grupo de oito religiosos vestidos com os trajes brancos do Candomblé. Após vários insultos, uma pedra foi arremessada, acabando por ferir a adolescente que além do trauma físico, provavelmente precisou ingressar em tratamento psicológico (EXTRA GLOBO, 2017, p. de internet).

Os exemplos de intolerância são vários e haver uma educação em direitos humanos a fim de efetivar ao livre exercício religioso, seria uma das formas de que o Estado possa estruturar com primazia um plano de política educacional em termos de liberdade religiosa, e desfazer as atitudes de desrespeito e intolerância. Pereira nos diz (2017, p.66):

> No dia a dia, é bastante comum a constatação de que muitos indivíduos componentes de diversas sociedades nacionais, não sabem em que consistem exatamente os direitos humanos, não sendo um exagero afirmar que a expressão tem até um cunho pejorativo no meio social. No âmbito do senso comum, alguns os definem como ―direitos dos bandidos‖ ou ―direitos dos manos‖, outros dizem que ―não servem para nada‖ ou que ―só protegem os maus.

Por fim, a abrangência e continuidade dessas medidas políticas socioeducativas são fatores de total relevância para o cumprimento do compromisso internacional do Estado em 49 proteger efetivamente a liberdade de crença e para a transformação de pensamento de cada indivíduo no quesito direito humano à liberdade religiosa.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em termos conclusivos é verificado que houve um fantástico avanço quanto à evolução de direitos humanos e fundamentais no Brasil e no mundo, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, onde houve a criação das Organizações das Nações Unidas, ONU, que tem como um de seus pilares o equilíbrio entre os países.

A atuação compromissada do Estado nas questões que envolvem os direitos fundamentais e com o efetivo desenvolvimento de políticas públicas torna-se tão necessário quanto somente a elaboração de normas. Se apenas a elaboração de normas e livros sobre o assunto resolvessem o problema, não haveria tantas violações a direitos fundamentais a existência da vida humana. A falta de empatia e respeito entre as pessoas é tão presente quanto o dinheiro que é ofertado aos bares na compra de alguma bebida alcoólica.

A educação diária se faz necessária e é um desafio para a humanidade, a fim de não esquecer que os direitos fundamentais e humanos são a todos, sem distinção; inclusive aos que estão em situações de vulnerabilidade social, pois o egoísmo tem o poder de cegar pessoas e faz com que o menosprezo surja nas mais diversas situações.

Portanto o desrespeito aos direitos humanos pode resultar a atos bárbaros e cruéis, como por exemplo, as Guerras Mundiais sofridas, onde pessoas sentem-se desprotegidas e sem o amparo necessário a sua sobrevivência. A dignidade da pessoa humana é o progresso de vida social e com progresso de uma liberdade ampla de escolha.

5. REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. La fundamentacion de lós derechos humanos em La doctrina española actual. In: Estudios Filosófico. Salamanca, San Esteban, v.45, nº128, 1996.

EXTRA GLOBO. Vítima de intolerância religiosa, menina de 11 anos é apedrejada na cabeça após festa de Candomblé, 18 set. 2015. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-depolicia/vitima-de-intolerancia-religiosa-menina-de-11-anosapedrejada-na-cabeca-apos-festade-candomble-16456208.html>. Acesso em: 03 ago. 2018.

HERKENHOFF, João Batista. Gênese dos Direitos Humanos.

Aparecida: Santuário, 2002. HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Tomo IV, Direitos Fundamentais. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2016.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. Educação em direitos humanos: a necessidade de uma cultura de respeito à liberdade religiosa na América Latina. In: Revista Fides, Natal. v. 8, n. 1, p.49-73, Jan/jun.2017

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Trabalho. Revista da AMATRA II, São Paulo, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10 ed.. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2009.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. UOL. Refugiados. Disponível em: https://tab.uol.com.br/refugiados/. Acesso em 15 de Setembro de 2018.

VIEIRA, Sofia Lerche. A educação nas constituições brasileiras: texto e contexto. Revista Brasileira de Estudos. Pedagógicos, Brasília, v. 88, n. 219, p. 291-309, maio/ago.2007. Disponível em: http://rbep.inep.gov.br/index.php/rbep/article/view/749/725 Acesso em: 15 de Agosto de 2018.

DIREITO DO TRABALHO

O PRINCÍPIO DA INTANGIBILIDADE SALARIAL NA PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

CAMILA GARIBALDI SANTOS CRUZ

INTRODUÇÃO. TEMA E PROBLEMATIZAÇÃO

A relação de trabalho é, em regra, desigual já que de um lado temos o empregador, sendo este o possuidor dos meios de produção ou circulação de bens e serviços, já do outro lado da relação está o empregado, sendo este um mero detentor de sua força de trabalho.

Em razão disso, o Direito do Trabalho possui princípios que regem as relações de trabalho, visando proporcionar às partes igualdade material, garantindo assim que o trabalhador tenha seus direitos fundamentais respeitados.

O presente terá por temática especificamente o princípio da intangibilidade salarial visando analisar de que forma verifica-se sua violação nos contratos de trabalho por meio de descontos indevidos.

O trabalho será organizado em quatro capítulos, tendo como ponto inicial uma visão geral do Direito do Trabalho inserido nos direitos humanos, por ser fundamental para garantir o mínimo existencial aos trabalhadores que vendem sua força de trabalho em troca de um salário.

No segundo capítulo será dado ênfase aos princípios aplicáveis no âmbito do direito material do trabalho, em especial o princípio da intangibilidade salarial que tem como base legal o artigo 462 da CLT, o qual confere a devida proteção ao salário e, consequentemente, proteção aos próprios trabalhadores.

Na visão de Mauricio Delgado (2007) tal princípio abrange diversas garantias como: "garantia do valor do salário; garantias contra mudanças contratuais e normativas que provoquem a redução do salário; garantias contra práticas que prejudiquem seu efetivo montante; garantias contra interesses contrapostos de credores diversos".

No terceiro capítulo serão analisados quais são os descontos que podem ser realizados no contracheque dos obreiros, seja por estarem definidos em lei, seja por serem possíveis em razão de acordo ou convenção coletiva.

No quarto capítulo, por sua vez, serão abordados os descontos indevidos sofridos pelos trabalhadores incluindo-se para tanto jurisprudência baseada em sentenças proferidas por juízes do Egrégio TRT 1ª Região sobre o tema abordado

Com este trabalho não se tem a pretensão de esgotar o tema tendo em vista a grande diversidade de conceitos envolvidos, mas com o estudo pretende-se ao final que se chegue a uma conclusão a respeito do entendimento jurisprudencial sobre a violação do princípio da intangibilidade salarial.

1. DIREITOS TRABALHISTAS COMO DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos, também chamados direitos naturais, direitos de liberdades públicas, liberdades fundamentais dentre outras nomenclaturas, são um tema global possuindo relevante importância na agenda internacional por serem inerentes à todas as pessoas.

O conceito basilar é de garantir direitos mínimos que possam permitir a existência dos seres humanos por meio da atuação do Estado sobre o indivíduo, garantindo o respeito de seus direitos e obrigações fundamentais com base na dignidade da pessoa humana, seja de forma positivada ou não. Os direitos da pessoa humana têm por escopo resguardar a dignidade e condições de vida minimamente adequadas ao indivíduo, bem como proibir excessos que porventura sejam cometidos por parte o Estado ou por particulares (GUERRA, 2014).

Os direitos humanos englobam diversos tipos de direitos e garantias

como o direito à vida, liberdade de pensamento e expressão, direitos políticos, proteção à família, direito ao trabalho, proteção da honra e dignidade dentre outros.

Quanto ao direito ao trabalho, em específico, encontramos na declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, documento datado de 1948, que estabeleceu pela primeira vez a proteção universal dos direitos humanos, quatro posicionamentos em seu artigo 23, abaixo transcritos:

> 1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
> 2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
> 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
> 4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

A ideia do trabalho como um direito inerente ao ser humano foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro, sendo institucionalizado no plano constitucional e em leis esparsas.

Na Carta Magna de 1988 encontramos os valores sociais do trabalho como fundamentos da República Federativa do Brasil, pois é por meio do trabalho que o homem garante sua subsistência e o crescimento do país, prevendo em diversas passagens a liberdade, o respeito e a dignidade ao trabalhador (DE MORAES, 2013).

No entanto, o trabalhador vê-se em posição de inferioridade por empregar sua força de trabalho, sendo que o poder diretivo e organizacional da atividade fica a cargo do empregador. Em razão disso, foram criados princípios trabalhistas para nortear as relações de emprego e fundamentar a positivação dos direitos dos trabalhadores no ordenamento jurídico brasileiro.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Um bom entendimento dos princípios facilita a compreensão do ramo do direito estudado, pois estes constituem o fundamento do ordenamento jurídico, orientando assim a aplicação das normas nos casos concretos.

Os princípios que regem as relações de trabalho encontram-se tanto na Constituição da República Federativa do Brasil, como o princípio da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e emprego, da proporcionalidade e razoabilidade, dentre outros, como também nos estudos realizados pelos doutrinadores do Direito.

Neste capítulo serão estudados cinco princípios gerais do ramo do Direito material do trabalho adequados a este ramo jurídico personalizado, que dentre todos os princípios existentes possuem especial atuação na tentativa de garantir o mínimo existencial aos trabalhadores.

2.1 PRINCÍPIO DA INTANGIBILIDADE SALARIAL

O artigo 462 da CLT dá base ao princípio estudado, possuindo em seu caput a seguinte redação: "Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo."

Há também previsão expressa na Constituição Federal em seu artigo 7º, que trata dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, sem no caso esgotá-los, especificamente em seu inciso VI, quando estabelece a "irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo".

Conforme pontua Ariane dos Santos (2018) o salário do empregado é verba de natureza alimentar, não merecendo sofrer descontos, como ocorre nos casso em que o empregador transfere o risco da atividade econômica ao empregado descontando valores de seu salário a título de prejuízos financeiros em decorrência da crise ou do insucesso no modo de gestão empresarial.

Outro fundamento legal é o artigo 7, inciso X, da Constituição Federal que define ainda como prática criminosa a retenção dolosa do salário,

pois este é protegido por lei, o que demonstra a importância do princípio aqui analisado.

As exceções que estão previstas nos parágrafos do citado artigo serão tratados no capítulo seguinte , o qual refere-se aos descontos permitidos que o trabalhador sofra em seu contracheque. Assim como também serão analisadas outras deduções legais como, por exemplo, o desconto da contribuição previdenciária.

2.2 PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE DE GARANTIAS LEGAIS

Tal princípio traz uma limitação ao poder de escolha das partes por não permitir que os empregados tenha autonomia de vontade para renunciar aos seus direitos adquiridos.

A renúncia a qualquer direito trabalhista será considerada nula, pois esta poderá ser prejudicial ao trabalhador, em razão disso o ato praticado não terá efeitos no mundo jurídico.

Sobre o assunto, o estudioso Augusto Carvalho (2016) afirma que: "no contrato trabalhista, a cláusula que previr aquém da garantia normativa é automaticamente substituída por esta garantia: a cláusula legal substitui a cláusula contratual."

No ordenamento jurídico atual, podemos citar, como exemplo de tal princípio na jurisprudência a Súmula nº 276 do TST que positiva que o direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o valor respectivo, tendo como exceção para o não pagamento a necessidade de comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego.

2.3 PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE SALARIAL

Este princípio visa assegurar estabilidade financeira ao obreiro por impedir que o empregador reduza o salário do empregado sem que haja expressa previsão legal para tanto.

O próprio artigo 7º, inciso VI, da CLT, afirma ser um direito do trabalhador a irredutibilidade do salário, podendo haver alteração em convenção ou acordo coletivo, ou seja, em sua parte final traz uma exceção ao princípio.

A definição de salário foi alterada com a reforma trabalhista, passando o parágrafo primeiro do artigo 457 da CLT ter a seguinte redação: Integram o salário a importância fixa estipulada, as gratificações legais e as comissões pagas pelo empregador. Em razão disso não possuem natureza salarial as gorjetas, ajuda de custo, diárias de viagens, abonos, dentre outros, ou seja, estas podem sofrer redução sem ferir o princípio.

Existem outras exceções ao princípio como, por exemplo, em caso de força maior, conforme artigo 503 da CLT:

> É lícita, em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, a redução geral dos salários dos empregados da empresa, proporcionalmente aos salários de cada um, não podendo, entretanto, ser superior a 25% (vinte e cinco por cento), respeitado, em qualquer caso, o salário mínimo da região.

2.4 PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA RELAÇÃO DE EMPREGO

Os contratos firmados por prazo indeterminado possuem prioridade, sendo estes regra, em detrimento dos contratos por prazo determinado, sendo estes exceção. A intenção é que o obreiro esteja protegido contra uma despedida arbitrária por parte do empregador, mantenha uma certa estabilidade financeira, buscando também evitar a precarização das relações de trabalho.

Tal princípio está baseado em preceito constitucional contido no art. 7º, inciso I, da Carta Magna, que afirma ser direito do trabalhador "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos".

Em esfera processual, encontramos como exemplo de jurisprudência

relacionada a este princípio a súmula 212 do colendo TST que possui a seguinte redação: "O ônus de provar o término do contrato, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador. Pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado".

Em esfera material, o artigo 10 da CLT, que trata de sucessão empresarial, corrobora com o princípio aqui estudado quando diz que qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados. Segue a mesma linha o artigo 448 ao definir que a mudança na propriedade ou mesmo na estrutura jurídica da empresa não poderá afetar os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

Baseada nos fundamentos legais acima citados, a Desembargadora Maria Helena Lisot proferiu decisão com o seguinte trecho:

> Os artigos 10 e 448 da CLT têm o intuito de proteger o trabalhador contra o inadimplemento de verbas trabalhistas em face de modificações introduzidas na estrutura da empregadora, instituindo-se a responsabilidade solidária, pela qual a sucessora responde em conjunto com a sucedida, independentemente da natureza jurídica do negócio entabulado entre as empresas[1].

2.5 PRINCÍPIO DA INALTERABILIDADE CONTRATUAL LESIVA

As alterações contratuais trabalhistas são comuns em razão do *jus variandi*, que permite que o empregador gerencie seu negócio, no entanto, este princípio visa evitar que tais alterações sejam lesivas ao obreiro, devendo ser de interesse de ambos os polos da relação.

Tal princípio se originou do princípio inalterabilidade dos contratos do ramo do Direito Civil, tendo como base a expressão "pacta sunt servanda", cujo significado é o de que o contrato faz lei entre as partes, não podendo ser alterado. Na visão do jurista Gilberto Kerber (2012) os contratos devem ser cumpridos, respeitados, honrados na forma pela qual forma pactuados.

1. 11ª Turma. Relatora a Exma. Desembargadora Maria Helena Lisot. Processo n. 000090767.2014.5.04.0512 RO. Publicação em 13-06-2017

Assim, a vontade, uma vez manifestada, obriga o contratante. Esse princípio significa também que o contrato faz lei entre as partes e tem como norma dar segurança ais negócios em geral.

No entanto, na jurisprudência trabalhista há certa flexibilidade, encontrando embasamento na redação do artigo 468 da CLT:

> Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, *sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.*

A Corte Superior do Trabalho ao editar a súmula do 265 demonstra ser possível a alteração do contrato já que a transferência do empregado para o período diurno resulta na perda do direito ao adicional noturno, assim este adicional é uma espécie de salário condição já que será pago enquanto o trabalhador prestar serviços no período considerado noturno (MARTINS, 2012).

Outros exemplos de possibilidade de alteração estão contidos no caput e nos parágrafos do artigo 469 da CLT já que torna possível a transferência pelo empregador caso não acarrete a mudança no domicílio do empregado, quando ocorrer a extinção do estabelecimento e em outros casos.

O empregador, seguindo o preceituado na legislação trabalhista, pode, por exemplo, mudar o local da prestação de serviços de um empregado do bairro do Centro para o bairro de Madureira, pois ambos estão no Município do Rio de Janeiro, o que não necessitaria da mudança de domicílio do empregado, não caracterizando uma alteração lesiva do contrato de trabalho.

Conclui-se então que algumas modificações no contrato são permitidas pela legislação trabalhista, mas para saber quais são prejudiciais ou não ao empregado deve-se analisar os casos concretos.

3. DESCONTOS LEGAIS

Em regra não são permitidos descontos nos salários dos trabalhadores, salvo os permitidos em lei ou contratos coletivos, desde que não sejam considerados abusivos, que permitem ao empregador proceder aos descontos, sendo estes abordados neste capítulo.

A base dos descontos na CLT está em seu artigo 462 que resumidamente informa que é possível a retenção de parte do salário do empregado quando for dado adiantamento de salário, houver dispositivo expresso em lei ou existir contrato coletivo neste sentido.

No parágrafo primeiro do referido artigo é considerado lícito o desconto em caso de dando causado pelo empregado, mas para a efetivação torna-se necessário que tal possibilidade tenha sido acordada entre as partes ou que se configura dolo por parte da atuação do empregado.

A possibilidade de desconto legal elencado pelo artigo citado encontra base em diversas leis esparsas do ramo justrabalhista que disciplinam outros tipos de descontos autorizados a serem realizados pelo empregador.

Os adiantamentos, referidos no caput do artigo, tratam-se de abatimento de pagamento parcial realizado, em média, 15 dias antes do salário. Não existe um percentual fixado na CLT ou em outro dispositivo legal, em razão disso o valor deve ser definido em acordo ou convenção coletiva, que habitualmente o fixam em 40% do salário do obreiro.

Podemos citar ainda como possíveis os descontos relativos a tributos como as contribuições previdenciárias cabendo ao empregador descontar de seus empregados as alíquotas de 8%, 9% e 11%, conforme a contraprestação mensal recebida pelo trabalhador, tendo como base o Decreto 3.048/19, além do Imposto sobre a Renda Retido pela Fonte Pagadora, desconto este previsto no Decreto 3.000/99, dependo a alíquota incidente também doa valor do salário recebido pelo trabalhador.

É possível também reter parte do salário em razão de aviso prévio não cumprido pelo empregado, que deve cumpri-lo conforme os termos definidos no artigo 478 da CLT.

Poderá ocorrer ainda o desconto no contracheque do empregado em razão de suspensão, sendo esta a sustação temporária dos principais

efeitos do contrato de trabalho, dentre eles o recebimento de salário. Como exemplo de suspensão que dê ensejo a desconto salarial, podemos citar a em razão de faltas injustificadas ou suspensão disciplinar, o que acarreta na perda da remuneração de dias não trabalhados, assim como na contagem do tempo de serviço, respeitando-se o art. 474 da CLT que limita em 30 dias o tempo de suspensão do empregado. As faltas injustificadas e a suspensão podem refletir no repouso semanal remunerado, pois dependendo do caso não será devida remuneração (art. 6º, lei 605/49 c/c art. 11 do decreto 27048/49).

Existem também as previsões da lei 10.820/2003 que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento e dá outras providências. Em seu artigo 1º ficam autorizados descontos em razão de valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil. Para tanto os empregados devem ser regidos pela CLT, deverá haver contrato autorizando e, de acordo com o parágrafo 3º da referida lei, os empregados poderão solicitar o bloqueio, a qualquer tempo, de novos descontos.

Outro desconto possível de ser sofrido pelos empregados é o referente ao vale-transporte, conforme o art. 9, inciso I, do Decreto 95247/1987. Deverá ser respeitada parte custeada pelo empregado, que refere-se ao percentual de 6% do salário-base ou vencimento, excluídos adicionais ou vantagens, e o empregado deverá optar por receber tal benefício. São beneficiários do vale-transporte e por conseguinte sofrem este desconto os empregados regidos pela CLT, empregados domésticos, atletas profissionais, dentre outros especificados no art. 1 da mencionada lei.

Quando o empregador fornece alimentação como salário-utilidade, visto que este não é obrigatório pela legislação trabalhista, e a empresa está cadastrada no Programa de Alimentação ao Trabalhador – PAT (Lei 6321/76), poderá realizar o desconto, de no máximo de 20% do valor do benefício, diretamente do salário auferido pelo empregado, como determinado no artigo 458, parágrafo 3º da CLT.

Existem também descontos que podem estar previstos em convenção

ou acordo coletivo, como ratificado pela jurisprudência do colendo TST na edição da súmula 342:

> Descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativo-associativa de seus trabalhadores, em seu benefício e de seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico.

A referida súmula alargou a possibilidade de desconto no salário do obreiro e transferiu a este a responsabilidade de provar ter ocorrido erro, dolo, coação ou fraude (arts. 138 a 165 do Código Civil) para que só assim o desconto seja considerado abusivo.

Tais descontos também devem observar o disposto na OJ 18 da Sessão de Dissídios Coletivos do TST, a qual tem a seguinte redação: "Os descontos efetuados com base em cláusula de acordo firmado entre as partes não podem ser superiores a 70% do salário base percebido pelo empregado, pois deve-se assegurar um mínimo de salário em espécie ao trabalhador.".

Há a possibilidade de desconto de pensão alimentícia na folha de pagamento, devendo ser requerida, conforme artigo 529 do CPC, pelo exequente quando o executado for funcionário público, limitar, diretor ou gerente de empresa e ainda também quando for empregado sujeito à legislação trabalhista. Devendo ser respeitados os termos da decisão judicial, sendo esta condição *sine qua non* para que o desconto seja efetuado, fazendo-se necessária a expedição de ofício pelo juízo competente ao empregador.

Devemos chamar atenção para a contribuição sindical do empregado, que, até outubro de 2017, era devida por todos aqueles que participassem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ainda que profissionais autônomos, ou mesmo de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão (artigo 578 da CLT). No entanto, com a aprovação em 2017 da Lei 13.647 passou a ser necessária a autorização prévia e expressa, além de individual, por

parte do profissional para a realização de tal desconto, conforme redação do art. 579 da CLT.

A autorização pela contribuição deverá ser feita no mês de janeiro ou, para aqueles que venham a ingressar na empresa após o referido mês, na ocasião em que requererem às repartições o registro ou a licença para o exercício da respectiva atividade (art. 587, CLT), ou seja, o desconto será devido caso haja prévia autorização, caso não haja será considerado irregular devendo ser devolvido ao trabalhador.

Apesar do reconhecimento dos acordos e convenções coletivos de trabalho (art. 7ª, XXVI, da CF) como um direito do trabalhador, instrumentos estes que podem estipular a possibilidade de descontos salariais, deve permanecer garantido a proteção mínima à intangibilidade salarial.

O parágrafo primeiro do citado artigo 462 da CLT fala da possibilidade de descontos quando houver acordo entre as partes e na ocorrência de dolo por parte do empregado, como bem observa Rodrigo Trindade:

> como regra geral, é considerado lícito o desconto da título de ressarcimento por danos causados ao empregador, se houver dolo do empregado. Além disso, a lei admite que o ressarcimento dos danos culposos também possa ser descontado, mas neste caso é necessário que isso seja expressamente convencionado.[2]

Quanto aos empregados domésticos a lei específica da categoria, lei complementar 150 de 2015, especifica as possibilidades de descontos a serem efetuados nos parágrafos do artigo 18, sendo possível em caso de adiantamento salarial. Também serão lícitos os descontos efetuados, desde que previamente acordados entre as partes, em razão de inclusão do empregado em planos de assistência médico-hospitalar e odontológica, de seguro e de previdência privada, no entanto, essa dedução não poderá ultrapassar 20% do salário do obreiro.

Caso existam despesas do empregador com a moradia do empregado, devendo ser esta em local diversos da residência em q ocorrer a prestação de serviço, estará autorizado o desconto havendo concordância prévia do

2. DE SOUZA, Rodrigo Trindade. CLT Comentada: Pelos Juízes do Trabalho da 4ª Região. Ltr. 3ª ed. P. 330.

trabalhador por meio de acordo expresso.

Em relação ao dano causado pelo empregado doméstico, afirma Melchíades Martins (2019) que:

> se o empregado doméstico causou dano ao patrimônio do empregador, por ato culposo, para que este possa realizar o respectivo desconto, mister que haja tal previsão no contrato de emprego. Quando o dano for causado por ato doloso do empregado, o desconto será lícito, independentemente, de previsão contratual[3]

Outro situação que torna lícito o desconto é a referente ao recebimento de cheques sem fundos pelos frentistas, já que conforme a OJ 251 da Subseção de Dissídios Individuais 1 do TST, este deve observar as recomendações previstas em instrumento coletivo.

Qualquer outro tipo de desconto, fora das possibilidades autorizadas pela legislação justrabalhista, será considerado indevido, devendo ser devolvido pelo empregador, que ficará sujeito a punição judicial caso não o faça.

4. DESCONTOS INDEVIDOS

Os descontos indevidos sofridos pelos trabalhadores ferem o caráter alimentar dessa verba, em razão disso devem ser combatidos pelos órgão competentes que visam prevenir este tipo de atitude por parte empregador, como era o caso do extinto Ministério do Trabalho e Emprego, bem como remediados por meio da atuação da Justiça do Trabalho quando julga procedente o pedido de devolução dos descontos realizados no contracheque dos reclamantes em uma ação trabalhista.

A vedação para tal prática está expressa no artigo 462 da CLT, bem como no artigo 18 da lei complementar 150/15, sendo que todos os descontos sofridos pelos trabalhadores devem constar em seu contracheque conforme leitura *ipisis litteris* do artigo 464 da CLT, que permite a ciência da ocorrência do mesmo e uma possível contestação.

3. FREITAS, Christiano e PAIVA, Lea. Os reflexos da reforma trabalhista para o empregado doméstico. São Paulo. Ltr. p. 61

De um modo geral, os pedidos mais comuns de devolução referem-se a descontos sofridos no contracheque a título de faltas, multas de trânsito, avaria em veículos, inadimplência de clientes, aquisição de uniforme da empresa, roubos ou furto, etc.

Alguns dos descontos citados seriam possíveis, se fosse seguido o determinado pelo parágrafo primeiro do artigo 462 da CLT, devendo ser precedido de acordo entre as partes ou que tenha comprovada a ocorrência de dolo por parte do empregado. No entanto, nas ações analisadas que pedem a reversão de tais descontos na Justiça do trabalho, a parte reclamada não consegue comprovar o dano ou o acordo, o que torna a prática empresarial ilícita.

Assim, seguindo o princípio da intangibilidade salarial, entendem os nossos tribunais, quando há a prova de que o desconto foi indevidamente realizado no contracheque do trabalhador determinar a devolução da quantia, como exemplo, tempos a sentença proferida na reclamação trabalhista nº 0010746-94.2014.5.01.0029, na demanda contra a reclamada Itaú S.A.:

> A testemunha MICHELE comprovou que a Reclamada descontava da remuneração da Autora o valor médio de R$ 500,00 por mês, desconto este justificado pela inadimplência de clientes.
> ...
> Quanto aos valores descontados, tendo em consideração a prova colhida e o alegado na peça de ingresso, acredito que os descontos em comento tenham ocorrido na quantia de R$500,00 mensais.
> Defiro, diante do exposto, a devolução das quantias indevidamente descontadas da remuneração da Autora, observados o valor fixado no parágrafo anterior desta Sentença.

Outra sentença que garante ao empregado seu direito de indenização pela supressão indevida de parte de seu salário, foi proferida no processo 0001187-57.2011.5.01.0017, reclamação ajuizada contra REAL AUTO ÔNIBUS LTDA., com parte de sua fundamentação transcrita abaixo:

> A prova testemunhal produzida nos autos revelou que a Reclamada procedia a descontos na remuneração dos motoristas por multas de trânsito e por avarias encontradas nos veículos de sua propriedade, sem que a culpa de tais empregados fosse previamente apurada.
> A conduta da empregadora é eivada de ilicitude, pois constitui verdadeiro abuso de direito e viola a garantia da intangibilidade salarial prevista no artigo 462 da CLT.
> É certo que a legislação autoriza somente os descontos por dano em caso de dolo do empregado, não sendo possível presumir que a mera assinatura do obreiro nos documentos que lhe foram apresentados pela Ré valha como confissão de sua culpa. Ademais, a única testemunha ouvida disse em seu depoimento que a assinatura dos motoristas era colhida mediante a ameaça de que, assim não procedendo, tais profissionais ficariam impedidos de trabalhar (fl. 305).
> Defiro, assim, o pedido de devolução de todos os valores que foram descontados da remuneração do Autor a título de "vales" e que tenham como causa infrações de trânsito e/ou avarias cuja responsabilidade tenha sido imputada ao obreiro.

Esta prática ilícita continua a ocorrer na atualidade, o que demonstra que o empregador utiliza-se de seu poder diretivo para se beneficiar da força de trabalho de seus empregados, obtendo também vantagem econômica quando efetua tais descontos sem previsão legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O salário, como bem sabido é um a contraprestação econômica que o obreiro tem de receber pelos serviços prestados, seja em uma relação de emprego ou de trabalho, e, o tendo em sua posse, poderá dispor do mesmo como bem entender.

Infelizmente, tornou-se uma das práticas empresariais realizar descontos indevidos no contracheque dos trabalhadores, trazendo-lhes prejuízos graves pois impede a efetiva disponibilidade de seus salários.

O princípio da intangibilidade salarial, baseado no artigo 462 da CLT, é essencial ao atendimento das necessidades básicas do trabalhador, evitando-se que o empregador possa realizar tais descontos arbitrários, desta forma visa preservar um dos direitos fundamentais do trabalhador.

Pela análise das sentenças trabalhistas, de fácil acesso na internet, bem como das transcritas no presente trabalho, fica claro que o empregador se utiliza de sua posição privilegiada da relação de trabalho para efetuar descontos pelos mais diversos motivos, o que acaba por transferir o risco do negócio, um dos elementos necessários para a caracterização de uma relação de emprego, para o próprio empregado.

Em regra o trabalhador reclamada de tais descontos, mas não consegue que a supressão do valor seja desfeita, o que o faz buscar tal direito na Justiça do Trabalho quando chega ao fim seu contrato de trabalho com a empregadora.

A devolução de tais descontos passou a constar no rol de pedidos de diversas ações trabalhistas, o que faz com que torne-se urgente para a manutenção dos direitos fundamentais dos empregados, em especial de seus salários, que visam manter seu mínimo existencial, dando-lhes uma vida digna, que as empresas passem seguir à risca a legislação trabalhista e seus princípios basilares, que visam, em suma, o bem estar pessoal e social, deixando assim de violar o definido no ordenamento jurídico brasileiro.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

11ª Turma. Relatora a Exma. Desembargadora Maria Helena Lisot. Processo n. 000090767.2014.5.04.0512 RO. Publicação em 13-06-2017

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto 95247. Diário Oficial da União, 18 de novembro de 1987.

BRASIL. Decreto Lei nº 5.452: Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, 09 de agosto de 1943.

BRASIL. Lei 10460/2002. Diário Oficial da União, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei 13105/2015. Diário Oficial da União, 17 de março de 2015.

BRASIL. Lei nº 13.467/2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, 13 de julho de 2017.

BRASIL. Lei n° 605. Diário Oficial da União, 05 de janeiro de 1949.

BRASIL. Lei n° 6321. Diário Oficial da União, 19 de abril de 1976.

BRASIL. Decreto nº 27048. Diário Oficial da União, 12 de agosto de 1949.

BRASIL. Lei nº 10.820. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de dezembro de 2003.

BRASIL. Lei complementar nº 150. Diário Oficial da União, Brasília, 01 de junho de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 18 da SDC. www.tst.jus.br/ojs

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL 251 da SDI 1. www.tst.jus.br/ojs

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 212. Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. http://www.tst.jus.br/sumulas.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 276. Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. http://www.tst.jus.br/sumulas.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 342. Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. http://www.tst.jus.br/sumulas.

Sentença proferida no processo 0001187-57.2011.5.01.0017. https://consultapje.trt1.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seamp_num_pje=1876168&p_grau_pje=1&popup=0&dt_autuacao=&cid=37254

Sentença do Processo 0010746-94.2014.5.01.0029. Publicado no DO em 07/11/2016. https://www.jusbrasil.com.br/diarios/129992905/trt-1-judiciario-07-11-2016-pg-1348?ref=topic-lawsuit

BIBLIOGRAFIA

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO, Augusto César Leite. Direito do Trabalho – Curso e Discuso. 1ª ed. LTR.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 6ª ed. São Paulo: LTR, 2007.

DE SOUZA, Rodrigo Trindade. CLT Comentada: Pelo Juízes do Trabalho da 4ª Região. 3ª ed. LTR.

FREITAS, Christiano e PAIVA, Lea. Os reflexos da reforma trabalhista para o empregado doméstico. São Paulo. Ltr.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. Direitos humanos: curso elementar. 2ª ed. São Paulo. Saraiva, 2014.

KERBER, Gilberto. Direito Civil – Obrigações, Obrigações Contratuais e Responsabilidade Civil. 1ª ed. LTR.

MORAES, Alexandre de. Direitos fundamentais. 10ª ed. São Paulo. Editora Atlas. 2013.

SANTOS, Ariane Joice dos. Direito Individual do Trabalho. 1ª ed. Ltr.

O TRABALHO PARASSUBORDINADO E A SUBJETIVIDADE JURÍDICA

FELIPE CESAR JOSÉ MATOS REBÊLO

INTRODUÇÃO

O trabalho parassubordinado se revela uma realidade presente na ordem jurídica brasileira há certo tempo, apesar de não ser verificável um diploma normativo específico que regule essa situação, diferentemente do que ocorre em outros países, como a Itália.

Considerada uma situação em que se aponta, geralmente, a ausência de absoluta identidade dos requisitos para a configuração de uma relação de emprego, mormente no que concerne à subordinação, a parassubordinação tem merecido pela doutrina e jurisprudência brasileiros certa contestação para a configuração como relação laboral, e consequente aplicabilidade e submissão à Justiça do Trabalho.

No meio dessa discussão doutrinária e jurisprudencial, a própria estruturação conceitual da subjetividade jurídica vem à baila. A subjetividade jurídica entendida como a formatação jurídica derivada do capitalismo, e apta a propiciar a disponibilidade de mão-de-obra no mercado, e de submissão inter-classes, pode ser relacionada com a própria aferição da parassubordinação, e sua aceitação no mundo jurídico como um instituto a ser tutelado.

No que diz respeito a essa discussão, os citados institutos serão estudados, buscando-se compreender como é possível vislumbrar a evolução do trabalho parassubordinado na realidade pátria, reflexo de um processo em

que impera a subjetividade jurídica, tendo-se em mente os atuais posicionamentos da doutrina e jurisprudência.

Assim sendo, o método de abordagem a ser adotado na pesquisa é o método hipotético-dedutivo, pois o trabalho intelectivo se baseará na apreciação da hipótese formulada, confrontando-se esta com o conhecimento existente, expresso pelas doutrinas nacional e internacional afeitas ao tema. A jurisprudência interna, bem como a legislação internacional, serão rememoradas por oportuno.

De outra via, o método de procedimento a ser adotado na pesquisa é o que se baseia pelo levantamento bibliográfico, expresso pelo método dissertativo-argumentativo, pois se pretende apresentar o tema com a devida profundidade, pautando-se pelas doutrinas nacional e internacional afeitas ao tema, sem se ignorar, novamente, jurisprudência e legislação estrangeira. O escopo, por evidente, é se ter em mente como a subjetividade jurídica se relaciona com a parassubordinação, e seu desenvolvimento em uma realidade capitalista que prima pelo recrudescimento dos direitos sociais.

1. O TRABALHO PARASSUBORDINADO E SEUS ASPECTOS CONCEITUAIS

A parassubordinação, como mencionado, retrata-se como uma realidade oponível na evolução das relações jurídicas, e que tem merecido um maior reconhecimento pela legislação alienígena se em comparação com a legislação pátria.

Recorrendo-se aos ensinamentos da legislação italiana, é possível se distinguir como se classifica o vínculo da relação de trabalho parassubordinada (SILVA, 2002, p. 196):

> (...) pode ser genericamente descrito como um vínculo de dependência substancial e de disparidade contratual que se estabelece entre o prestador dos serviços e o sujeito que usufrui dessa prestação. Esse vínculo de dependência é semelhante ao que une empregado e empregador, a ponto de justificar a existência de garantias compensatórias equivalentes.

O trabalho parassubordinado, em suas origens, acaba se remontando ao conceito de teletrabalho, em que a subordinação à distância ganhou forma (MARTINS, 2018, p. 120). A doutrina costuma emoldurar um certo limbo sistêmico para a apreciação do trabalho parassubordinado, por não se configurar na situação todos os elementos que estruturam a relação de emprego. Nesse sentido, o contrato de trabalho é talhado usualmente com os elementos continuidade, subordinação, onerosidade, pessoalidade e alteridade, nos termos enunciados pelo art. 3º da CLT.

O trabalho parassubordinado exatamente não acolhe de forma estrita o elemento subordinação, já que não se aufere, no caso concreto, a disposição imediata do contratado ao tomador, submetendo-se às suas ordens. Portanto, o poder diretivo do empregador não se fornece em sua integralidade no aspecto específico retratado.

O que é observável, portanto, no caso específico, é uma relação de coordenação, que assim pode ser depreendida (ABRAMIDES; CARDOSO, 2017, p. 122):

> Todavia, o principal aspecto a diferenciar tais relações é o critério da coordenação, que se contrapõe ao da subordinação. Enquanto neste o empregado é submetido ao poder diretivo do empregador, ainda que de forma tênue, mas juridicamente sempre em posição inferior no que tange ao acolhimento das ordens quanto ao modo da prestação dos serviços, na coordenação o trabalhador segue um programa de prestação de serviços consensualmente definidos com o tomador, obrigando-se à prestação ajustada, mas sem submeter-se à ordens ou ficar à sua disposição.

Em virtude dessas características, fala-se na aproximação do trabalhador parassubordinado com o autônomo, o que pode se revelar um equívoco. De fato, com o trabalhador autônomo o vínculo entre as partes encontra um exaurimento com a finalização do instrumento contratual firmado, enquanto na parassubordinação a obrigação se renova ao longo do desenvolvimento da relação de coordenação, obtendo um termo de extinção apenas quando recair a vontade das partes, e não com o adentro

do termo contratual. De outra monta, cabe como destaque nessa caracterização de diferenciação o fato de o trabalhador parassubordinado não possuir a organização típica empresarial do tomador de serviços, dependendo economicamente deste para tanto, o que o coloca em uma situação de vulnerabilidade.

Um exemplo clássico da situação retratada refere-se ao profissional que domina certa técnica sobre o oferecimento de específico serviço, e passa a prestar o mesmo a determinada empresa, por uma atividade que se prolonga e se renova no tempo. A questão da coordenação da empresa, nessa atividade, guiando, de certa forma, a atividade do profissional de acordo com suas necessidades qualitativas laborais, revela-se o cerne do debate, e que gera posicionamentos tanto pela sujeição dessa relação ao direito do trabalho, como sua sujeição possível, de outra forma, também ao direito civil.

O caso italiano se revela o maior exemplo da aplicação da doutrina do trabalho parassubordinado, destacando-se a Lei 533/73, que alterou o Código de Processo Civil italiano em seu art. 499, reconhecendo a figura jurídica do trabalho parassubordinado em casos exemplificativos, como os contratos de agência e de representação comercial (PAVIONE, 2010, p. 04).

O direito espanhol também aprecia a realidade proposta. A Lei 20/2007 e o Real Decreto 197/2009 criaram a figura equivalente do trabalhador autônomo economicamente dependente, em que se prioriza a questão da dependência econômica em detrimento do próprio caractere da subordinação jurídica, como se aufere no caso brasileiro (PESSOA; CECATO, 2012, p. 13).

Portanto, é possível se vislumbrar que o trabalho parassubordinado encontra um estágio conceitual, que conta com a colaboração da experiência estrangeira, e da própria atividade jurídica pátria, em que pese não haver uma regulamentação legal sobre o tema. Os aspectos mais claros da doutrina e da jurisprudência nacionais serão melhores retratados no item 3.

2. A SUBJETIVIDADE JURÍDICA FOMENTANDO A FORMA JURÍDICA

Ao mesmo tempo que se perquire o caminho conceitual do trabalho parassubordinado, faz-se importante tecer comentários acerca da subjetividade jurídica, e seu entendimento quanto a própria evolução do instituto anteriormente retratado.

A subjetividade jurídica pode ser compreendida como um mecanismo que permite ao próprio Estado perpetrar sua manutenção, ao mesmo tempo que viabiliza a continuidade do sistema capitalista de produção. Em outras palavras, a subjetividade jurídica se identifica com um dos elementos de uma estrutura tripartite que consolida a realidade, qual seja: a forma jurídica, a forma política e a forma mercantil. A subjetividade jurídica encontra reconhecimento no primeiro elemento, sendo um permissivo derivado da própria forma mercantil, e do capitalismo como razão de reconhecimento e estruturação da própria sociedade. Por forma política, entenda-se o Estado.

No que diz respeito à subjetividade jurídica, por conseguinte, é possível se compreender como a qualificação conferida aos indivíduos de serem sujeitos de direitos, poderem firmar contratos, e dispor da sua força de trabalho no mercado para que o próprio sistema capitalista sempre reconheça sua manutenção.

Trata-se de um instrumental que se relaciona com os outros dois elementos citados, quais sejam, as formas política e mercantil. É possível se auferir no caso concreto que a forma política e a forma jurídica se conformam, e, através de um processo de derivação, originam-se das formas sociais mercantis capitalistas.

Nas palavras de Alysson Leandro Mascaro (2014, p. 39):

> O núcleo da forma jurídica reside no complexo que envolve o sujeito de direito, com seus correlatos do direito subjetivo, do dever e da obrigação – atrelados, necessariamente, à vontade autônoma e à igualdade formal no contrato como seus corolários. Por sua vez, o núcleo da forma política capitalista reside num poder separado dos agentes

> econômicos diretos, que se faz presente por meio da reprodução social a partir de um aparato específico, o Estado, que é o elemento necessário de constituição e garantia da própria dinâmica da mercadoria e da relação entre capital e trabalho.

Consagra-se conceitualmente, por consequência, a determinação da subjetividade jurídica fornecida por Evguiéni Pachukanis, e instrumental do próprio capitalismo. A sociedade capitalista encontra seu aspecto de funcionamento na troca de mercadorias. Todos podem ser vistos como aptos a adentrar essa relação circular, como mercadorias a serem trocadas. Nesse sentido, a potencial força de trabalho permanece existente, tendo-se a reificação dos produtos do trabalho e a verdade do capitalismo expressa pela compra e venda de mercadorias, qualidade também restringível à força de trabalho.

Os contratos, os direitos subjetivos, a disposição permanente de uma força de trabalho, alimentam o ciclo do capitalismo, revelando-se a subjetividade jurídica o instrumental capaz a facilitar a fortificação da forma-mercadoria ou mercantil, já que garante aos indivíduos poderem firmar termos jurídicos, contratar, fornecer sua força de trabalho para terem condições, em virtude dos restos da mais-valia, de adquirirem produtos que possam dar mais respaldo à lógica do sistema. A formulação do direito assume um conceito dentro do bloco histórico que introduz o modo de produção vigente, destacando-se o caráter superestrutural determinado pela economia (FONTAINHA, 2010, p. 389). Caso não se observasse a subjetividade jurídica, se teria uma relação construída envolvendo senhores e escravos. No exemplo dos regimes feudais, a forma da subjetividade jurídica não persistia, pois existiam sujeitos, mas perante um senhor, e não contemplando a integração das formas política e mercadoria como aqui referendado.

Dentro do Estado burguês, a lógica retratada por Pachukanis ganha relevo. O Estado pode não ser controlado totalmente por essa classe, já que aquele ou a forma política existe para permitir a reprodução do capital. O Estado é capitalista porque a forma estatal é capitalista (MARX, 2016). A lógica de Pachukanis (2017, p. 122) encontra seus requintes desenvolvendo esses conceitos:

> Aqui, a capacidade de ser um sujeito de direito finalmente se destaca da personalidade concreta viva, deixa de ser uma função de sua vontade consciente ativa e se torna pura propriedade social. A capacidade de agir é abstraída de sua capacidade jurídica. O sujeito de direito recebe um duplo de si na forma de um representante, que adquire um significado de ponto matemático, de um centro no qual se concentra certa quantidade de direitos.

A forma da subjetividade jurídica provém das práticas sociais, e não da prática normativa. A forma normativa acaba contornando a forma social. Novamente a doutrina reforça esse ponto (MASCARO, 2019, p. 12):

> O direito se perfaz nas estruturas sociais, perfazendo-as ao mesmo tempo. As relações sociais capitalistas constituem suas formas, como a jurídica, e estas as reconfiguram. Tal dinâmica é permeada de conflitos, contradições e lutas sociais. É apenas no seio dessa totalidade estruturada de relações sociais que se pode desvendar a verdade do fenômeno jurídico.

Por derradeiro, é que se diz que a forma jurídica é espelho da forma-mercadoria ou mercantil. Tem-se o processo relacionado de derivação, sendo que um dos seus principais idealizadores é Joachim Hirsch (2010). Caso exista a presença da mercadoria, há a subjetividade jurídica. Quando o trabalho torna-se assalariado, surge o capitalismo. O trabalhador adquire a forma de subjetividade jurídica para poder se vender e alimentar o ciclo inerente à forma-mercadoria, que interage com a forma social.

Quando se resgatar as visões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do trabalho parassubordinado, e sua evolução, o debate acerca da subjetividade jurídica encontrará seu maior aclaramento.

3. TENDÊNCIAS PARA A EVOLUÇÃO DO TRABALHO PARASSUBORDINADO NO DIREITO PÁTRIO

Como se pode observar, a temática do trabalho parassubordinado apresenta nuances bem específicas, o que leva, inclusive, a ponderações tópicas da própria doutrina pátria.

Como elucidam Abramides e Cardoso (2017, p. 123), clara é a divisão doutrinária de dois pensamentos básicos. De um lado, tem-se aquele pensamento que contempla a figura do trabalho parassubordinado como um novo caso de enquadramento jurídico, não se confundindo o subordinado com o autônomo, porém, merecendo o primeiro a devida regulamentação jurídica. Do outro lado, destaca-se o posicionamento que enquadra o trabalho parassubordinado dentro do quadro jurídico do subordinado, feito o alargamento do conteúdo jurídico da subordinação nos dias atuais[1].

Com efeito, cabe enfocar, no que concerne a este último posicionamento, que a subordinação jurídica, típica das relações de emprego, tem recebido uma flexibilização ou alargamento nos últimos anos, de forma mais apropriada, a partir da década de 1970. O modelo conhecido como taylorista-fordista, conhecido pela padronização e sincronização da produção, com trabalhadores dotados de referências mínimas qualitativas acerca do que era produzido (típico modelo chão de fábrica), passou a sofrer com a interface do modelo dito toyotista, tendo-se o advento da tecnologia no processo de produção, cabendo por consequência a terceirização na culminância do processo descrito (PAVIONE, 2010, p. 06).

Opõe-se, assim, a crise da subordinação jurídica ao desenvolvimento mencionado, cabendo, portanto, o alargamento conceitual da subordinação com o consequente acoplamento da parassubordinação, uma vez que clara estaria a presença da dependência econômica entre os envolvidos, um traço marcante do nascedouro do direito do trabalho e que perdeu um pouco de espaço em sua evolução pelo levantamento da questão da subordinação jurídica. Restabelecer-se-ia, portanto, sua força, com base nos próprios princípios básicos consagrados constitucionalmente, principalmente

1. Dentro do primeiro posicionamento, destacam-se, a título exemplificativo, Otávio Pinto e Silva e Amauri Mascaro Nascimento, cabendo no segundo momento teórico Vólia Bomfim Cassar.

da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

A jurisprudência trabalhista pátria também tem se referido ao tema da parassubordinação, averiguando-se que, não obstante presente a dicotomia qualitativa e de dubiedade, envolvendo autonomia e subordinação, o corpo de julgados de Tribunais Regionais do Trabalho e do próprio Tribunal Superior do Trabalho, como um todo, revelam certa preferência pelo enquadramento da relação à justiça trabalhista e devida proteção do prestador de serviço, já que presente a vulnerabilidade típica das relações trabalhistas. Isso quando os mesmos procuram abordar a questão de frente, e não de forma secundária, o que demonstram muitos julgados apreciados.

A pesquisa procurou abranger os principais dados colhidos em pesquisa eletrônica feita no site do Tribunal Superior do Trabalho, considerando decisões das duas últimas décadas, devido a relevância demonstrada[2].

Um julgamento paradigmático do Tribunal Regional do Trabalho da 3º Região merece citação de acordo com o aventado:

> PARASSUBORDINAÇÃO - JORNALISTA CORRESPONDENTE - NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO RELACIONADO COM A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Encontra-se sob o manto da legislação trabalhista, porquanto presentes os pressupostos do art. 3º. da CLT, a pessoa física que prestou pessoalmente os serviços de correspondente jornalístico, onerosamente. Ao exercer a atividade relacionada com a busca de notícias, bem como com a respectiva redação de informações e comentários sobre o fato jornalístico, o profissional inseriu-se no eixo em torno do qual gravita a atividade empresarial, de modo que, simultaneamente, como que se forças cinéticas, a não eventualidade e a subordinação, esta última ainda que de maneira mais tênue, se atritaram e legitimaram a caracterização da relação empregatícia. As novas e modernas formas de prestação de serviços avançam sobre o determi-

2. Exemplos de decisões relevantes abordando essa temática: TST - Processo n. TST-AIRR 886340-91.2001.5.09.0004, 6ª Turma, Relator Min. Aloysio Corrêa da Veiga, dj 13.06.2008; TST - Processo n. TST-RR 1765-48.2014.5.02.0018, 7ª Turma, Relator Desembargador Convocado Ubirajara Carlos Mendes, dj 23.11.2018; TRT – 10ª Região, Processo n. RO 0109520130201001DF01095-2013-020-10-00-1, 1ª Turma, Relator Juíza Maria Regina Machado Guimarães, dj 30.04.2015.

> nismo do art. 3º. da CLT, e alargam o conceito da subordinação jurídica, que, a par de possuir diversos matizes, já admite a variação periférica da parassubordinação, isto é, do trabalho coordenado, cooperativo, prestado extramuros, distante da sua original concepção clássica de subsunção direta do tomador de serviços.Com a crescente e contínua horizontalização da empresa, que se movimenta para fora de diversas maneiras, inclusive via terceirização, via parassubordinação, via micro ateliers satélites, adveio o denominado fenômeno da desverticalização da subordinação, que continua a ser o mesmo instituto, mas com traços modernos, com roupagem diferente, caracterizada por um sistema de coordenação, de amarração da prestação de serviços ao empreendimento por fios menos visíveis, por cordões menos densos. Contudo, os profissionais, principalmente os dotados de formação intelectual, transitam ao lado e se interpenetram na subordinação, para cujo centro são atraídos, não se inserindo na esfera contratual do trabalho autônomo, que, a cada dia, disputa mais espaço com o trabalho subordinado. Neste contexto social moderno, é preciso muito cuidado para que os valores jurídicos do trabalho não se curvem indistintamente aos fatores econômicos, devendo ambos serem avaliados à luz da formação histórica e dos princípios informadores do Direito do Trabalho, de onde nasce e para onde volta todo o sistema justrabalhista. O veio da integração objetiva do trabalhador num sistema de trocas coordenadas de necessidades, cria a figura da parassubordinação e não da para-autonomia. Se a região é de densa nebulosidade, isto é, de verdadeiro fogo jurídico, a atração da relação jurídica realiza-se para dentro da CLT e não para dentro do Código Civil, que pouco valoriza e dignifica o trabalho do homem, que é muito livre para contratar, mas muito pouco livre para ajustar de maneira justa as cláusulas deste contrato" (TRT - 3ª Região, Recurso Ordinário n. 00073/2005, 4ª Turma, Relator Juiz Luiz Otávio Linhares Renault, dj 01.10.2005).

Outrossim, recente julgado do Tribunal Superior do Trabalho, em análise recursal de decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, também pode ser mencionado em acordo ao exposto, mencionando o

princípio da primazia da realidade e o alargamento do conceito de subordinação jurídica:

> "A relação de emprego, consoante dispõe o artigo 3º, da CLT, somente se aperfeiçoa se presentes os pressupostos da pessoalidade, da subordinação, da contraprestação direta e da não eventualidade dos serviços. É necessária a reunião de todos esses requisitos para caracterizar a figura do empregado, bastando que falte um deles para que a relação jurídica não configure relação de empregatícia. No caso em análise, a prestação de serviços é incontroversa, discordando as partes quanto à natureza do contrato. Sustenta a reclamada que a autora integrou o quadro societário do escritório, como advogada associada, manifestando-se a affectio societatis pelo interesse mútuo em alcançar o mesmo objetivo, qual seja, a prestação de serviços advocatícios. O contrato de emprego se diferencia do contrato de sociedade especialmente pela presença da subordinação jurídica inerente ao primeiro, elemento decisivo para a definição de determinada relação de trabalho como empregatícia. E, nesse contexto, o trabalho é subordinado quando desenvolvido sob o direcionamento ou orientação do empregador ou seus prepostos, sem que o empregado tenha poder decisório sobre os destinos da atividade ou autonomia sobre a forma de prestação laboral. Registre-se que não é necessário que o empregado tenha jornada rígida ou exerça suas funções exclusivamente nas dependências do estabelecimento patronal, bastando que a prestação de serviços esteja integrada na dinâmica empresarial de outrem. Diferencia-se, também, da relação civil pelo critério da alteridade: na relação de emprego, os riscos são assumidos pelo tomador de serviços, não se transferindo aos empregados (art.3º da CLT). Na relação de emprego, o trabalho deve ser prestado de forma pessoal pelo empregado, sem que possa se fazer substituir. Além disso, a prestação de serviços deve ser não eventual, prevalecendo a continuidade da relação laboral. Por fim, a onerosidade é inerente à relação de emprego, mediante contraprestação pecuniária paga ao empregado pelo tomador de seus serviços. No caso dos autos, o caderno probatório é farto quanto à presença dos requisitos elementares da relação de

> emprego afirmada pela parte autora, inclusive quanto à subordinação jurídica" (TST - Processo n. TST-ARR 708-13.2014.5.10.0016, 5ª Turma, Relator Min. Breno Medeiros, dj 23.11.2018).

Como se vislumbra, portanto, é possível afirmar a tendência tanto da doutrina, como da jurisprudência, pelo enquadramento da relação jurídica decantada sob o manto da proteção trabalhista, já que presente princípios constitucionais e trabalhistas de tutela, bem como o alargamento interpretativo do próprio conceito de subordinação jurídica.

O conceito da subjetividade jurídica, nesse ponto, pode ser retomado. O possível enquadramento da relação jurídica do parassubordinado pode atender aos princípios constitutivos da subjetividade jurídica, a partir do momento que enxerga um aspecto mais protetivo ao trabalhador, mas que, ao final das contas, apenas possibilita que o mesmo sirva aos desígnios da forma-mercadoria, e com a tutela da forma política.

No caso concreto, buscando-se tutelar uma prestação de serviço em que a vulnerabilidade das relações trabalhistas pode ser visualizada, acaba-se fomentando o caminho em que o capital acomoda interesses discrepantes, fazendo valer o qualificativo social à relação contratual como um instrumento, em tese, mais brando e favorável àquele que se encontra em vulnerabilidade, quando, na verdade, está fortalecendo as amarras da estrutura capitalista, em seus princípios basilares.

Caso se verifique, no futuro, a estruturação de uma legislação sobre a parassubordinação, nos termos evolutivos descritos pela doutrina e jurisprudência pátrios, em acompanhamento ao direito alienígena, a mesma estará reforçando a subjetividade jurídica, ao mesmo tempo que se reforçam as amarras envolvendo esta com a forma-mercadoria e a forma política.

Em outros termos, diz-se que a tutela mais benéfica, que é a trabalhista para o caso concreto, reforça os próprios diferenciais originários e que se encontram no nascedouro da relação jurídica citada, com o prestador de serviços de um lado, e o tomador do outro. Alterações mais equânimes nessas relações não decorreriam precipuamente do processo citado, e sim da transformação das formas de sociabilidade capitalista (MASCARO, 2015, p. 25).

CONCLUSÃO

Como se observa, o trabalho parassubordinado pode ser compreendido como uma categoria de relação de trabalho, presente no mundo real, e que não pode ser negligenciado em seu papel, sob pena de afastamento dos adjetivos da cidadania e devido acesso a inclusão e direitos por parte dos prestadores de serviços relacionados.

Analisando-se a evolução doutrinária e jurisprudencial brasileira, é possível se concatenar o pensamento de que sua evolução caminha pela maior proteção dessa forma específica de labor, ensejando do Poder Legislativo a correlativa atividade de legislar em específico, e com foco de proteção, para o atendimento da realidade decantada. É mais um exemplo da judicialização da política que poderá ser verificado no caso brasileiro, concretizando-se o caminho mencionado.

O trabalho parassubordinado, na esteira do explicitado, pode encontrar como respaldo para a sua maior dignificação e proteção não só o alargamento conceitual da definição de trabalho parassubordinado, como também a apropria aplicabilidade de eficácia imediata dos princípios constitucionais e do direito do trabalho respectivos, e que se referem a tutela contra a vulnerabilidade, e reforço do caráter social do trabalho frente ao poder econômico.

Outrossim, cabe ressaltar a possibilidade positiva que o enfrentamento da questão da parassubordinação proporciona, no sentido de combater problemas econômicos e sociais reflexos, como a informalidade e a exclusão social (PESSOA; CECATO, 2012, p. 19), que encontram alimento em uma situação de desprestígio ao trabalhador que se encontra em situação de vulnerabilidade devido à falta de acato legislativo, mas que encontra pontos de acolhimento nas atividades doutrinária e jurisprudencial.

De uma forma ou de outra, seguindo-se a tendência apontada, os próprios direitos humanos podem ver uma de suas facetas recebendo uma acolhida mais determinante, no que concerne à proteção do trabalho, princípio consagrado, em âmbito nacional, pelo que dispõe a própria Constituição de 1988, com destaque para seu art. 7º.

Ademais, a subjetividade jurídica acaba encontrando respaldo também,

nos moldes propostos, pois a tutela da relação jurídica mencionada acaba fornecendo apoio à própria manutenção das formas política e mercantil elucidadas na presente exposição. Com o maior estabelecimento de uma relação contratual com bases mais aceitáveis a quem presta o trabalho, mesmo que, em tese, diminuindo-se o quinhão de poder do lado contratante, o poder econômico, preserva-se os dois lados, e o próprio sistema capitalista mantém seu ponto ótimo.

A forma política, por assim dizer, vem em sua incursão, asseverando a manutenção dessa realidade, preservando-se a subjetividade jurídica em uma integralidade aceitável que permita o contínuo desenvolvimento daquele. Como dito anteriormente, as alterações decantadas no grau de proteção à relação jurídica descrita provêm das próprias alterações da sociabilidade capitalista, que se transforma com o objetivo final de sua perene manutenção.

REFERÊNCIAS

ABRAMIDES, Natalia Marques; CARDOSO, Jair Aparecido. A tutela do trabalho parassubordinado no Brasil. In: ALMEIDA, Victor Hugo de; FONSECA, Maria Hemília; CARDOSO, Jair Aparecido (org.). **(Re)Pensando o trabalho contemporâneo**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2017. V. 1.

FONTAINHA, Fernando de Castro. Por um conceito de Direito em Marx. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; BELLO, Enzo (coord.). **Direito e Marxismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HIRSCH, Joachim. **Teoria Materialista do Estado**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 34º ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARX, Karl. **O 18 de brumário de Luís Bonaparte**. 1º ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

MASCARO, Alysson Leandro. A crítica do Estado e do direito: a forma política e a forma jurídica. In: NETTO, José Paulo (org.). **Curso Livre Marx-Engels: a criação destruidora**. 1º ed. São Paulo: Boitempo, 2015.

_____. **Estado e Forma Política**. São Paulo: Boitempo, 2014.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6º ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PACHUKANIS, Evguiéni B.. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. 1º ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

PAVIONE, Lucas dos Santos. A parassubordinação no direito do trabalho: perspectivas de uma releitura da subordinação no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília, ano 9, n. 26, p. 01-12, out./dez. 2010.

PESSOA, A. S. B. V.; CECATO, M. A. B.. A parassubordinação como instrumento de proteção laboral e social: enfrentar os impactos da dinâmica do capital no mundo do trabalho. In: Mirta Lerena Misailidis *et. al.* (org.). **Direito do Trabalho**. 1º ed. Niterói: CONPEDI, 2012, v. 1, p. 177-199.

SILVA, Otavio Pinto e. O trabalho parassubordinado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 97, p. 195-203, 2002.

A COBRANÇA DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS DE BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA NA JUSTIÇA DO TRABALHO COMO POTENCIAL VIOLADOR DO DIREITO HUMANO DE ACESSO À JUSTIÇA

KAIQUE SOUZA PEDAES

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista) introduziu no âmbito da Justiça do Trabalho os honorários de sucumbência, ao inserir o art. 791-A na Consolidação das Leis do Trabalho. Desta forma, nos processos iniciados de 11 de novembro de 2017 em diante, a parte sucumbente nas demandas trabalhistas deverá pagar honorários ao advogado da parte vencedora.

O polêmico art. 791-A previu, ainda, a possibilidade de até mesmo o beneficiário da justiça gratuita ter de pagar honorários sucumbenciais, situação que distancia o processo trabalhista da sistemática estabelecida pelo Código de Processo Civil.

Em processos cíveis, em que já havia a previsão do pagamento de honorários pela parte vencida na demanda, se o beneficiário da justiça gratuita é condenado, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficam sob condição suspensiva de exigibilidade e somente podem ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Na Justiça Trabalhista, por sua vez, as obrigações do beneficiário da justiça gratuita em decorrência de sua sucumbência somente ficarão sob

condição suspensiva de exigibilidade (por dois anos, e não cinco) caso ele não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa.

Essa hipótese deu início a diversas discussões entre juristas e operadores do Direito, levando a Procuradoria-Geral da República a propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.766, em 24 de agosto de 2017, questionando a regra prevista no §4º do art. 791-A da CLT.

A PGR alega que o direito de gratuidade da justiça (art. 5º, LXXIII da Constituição Federal de 1988) é um pressuposto do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV). Assim, colocar restrições ao primeiro, acaba violando o segundo – que é também um direito humano, previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948.

Diante desta situação, é necessário analisar se a cobrança de honorários sucumbenciais de beneficiário da justiça gratuita na Justiça do Trabalho representa uma violação à Lei Maior e, por consequência, ao direito humano de acesso à Justiça.

Ademais, este trabalho analisará as regras relativas aos honorários sucumbenciais antes da entrada em vigor da reforma, e o que diz a nova legislação.

1. ASPECTOS GERAIS DA REFORMA TRABALHISTA

Em 23 de dezembro de 2016, o então Presidente da República Michel Temer apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6787/2016, que ficou conhecido como Reforma Trabalhista.

O projeto começou a tramitar em regime de urgência, por solicitação do presidente (art. 64, §1º da Constituição), e tinha poucos artigos (era apenas uma minirreforma, que sequer continha disposição referente aos honorários sucumbenciais), mas logo se transformou em uma grande mudança na legislação do trabalho.

O Governo Federal defendia a reforma dizendo que ela geraria novos empregos, em meio a grave crise econômica vivida pelo Brasil. Havia, também, a expectativa de que, com a reforma, o número de demandas

ajuizadas perante a Justiça do Trabalho iria cair (EL PAÍS, 2017).

Por outro lado, aqueles que se opunham à lei, alegavam que haveria a supressão de direitos da classe trabalhadora – o que era constantemente negado pelo governo (FOLHA DE S. PAULO, 2017).

Na Câmara dos Deputados, a votação do texto-base da reforma teve início em 26 de abril de 2017 e, após quase 14 horas de sessão, o projeto foi aprovado, com 269 votos favoráveis e 177 contrários (G1, 2017).

Dois dias depois, sindicatos fizeram protestos e paralisações contra a Reforma Trabalhista em todos os estados e no Distrito Federal. De acordo com os organizadores dos atos, a mobilização reuniu cerca de 1,3 milhão de pessoas, em ao menos 254 cidades – a Polícia Militar estimou a presença de 97 mil pessoas (G1, 2017).

Com os protestos daquele 28 de abril, o transporte público foi afetado e muitas cidades ficaram esvaziadas. Bancos, escolas, estabelecimentos comerciais e outros setores também não funcionaram em diversas localidades (EL PAÍS, 2017).

Todavia, apesar das grandes manifestações, o texto da reforma seguiu para o Senado Federal, onde foi votado e aprovado em 11 de julho, com 50 votos a favor e 26 contra (G1, 2017). No dia 13, o projeto foi sancionado por Michel Temer, se tornando a Lei nº 13.467/2017, que entraria em vigor 120 dias depois de sua publicação oficial (no dia 14), em 11 de novembro.

Dentre os diversos assuntos abordados pela reforma, estão o fracionamento das férias em três períodos, a possibilidade de trabalho intermitente, a prevalência dos acordos coletivos sobre a legislação (o chamado "negociado sobre o legislado") e o objeto desta investigação científica, que é a instituição dos honorários de sucumbência.

Durante a *vacatio legis* da reforma (período compreendido entre a publicação oficial da lei e sua entrada em vigor), o STF recebeu diversas ações que questionam a constitucionalidade de alguns dispositivos introduzidos na CLT. Uma dessas ações impugna o §4º do art. 791-A, que levanta a possibilidade de cobrança de honorários sucumbenciais ainda que o vencido seja beneficiário da justiça gratuita – tema a ser analisado adiante.

Como o PL se tornou lei em pouco tempo (foi apresentado em 23 de dezembro de 2016 e sancionado em 13 de julho de 2017), e eventuais alterações propostas pelos parlamentares atrasariam sua aprovação (que era urgente, segundo o Governo Federal), Temer prometeu aos senadores que mudaria alguns pontos da reforma por meio de uma Medida Provisória (ÉPOCA, 2017).

Assim, no dia 14 de novembro, Temer editou a MP 808/2017, alterando algumas regras introduzidas pela Reforma Trabalhista na CLT, como as referentes a trabalho autônomo, trabalho intermitente e exercício de atividades por gestantes em locais insalubres. Contudo, em 23 de abril de 2018, a MP perdeu sua validade sem ser convertida em lei pelo Congresso Nacional (NEXO, 2018).

Em novembro de 2018, um ano após a entrada em vigor das alterações promovidas pela reforma, o Correio Braziliense divulgou que houve uma redução de 36,06% no número de ações trabalhistas, entre janeiro e setembro de 2018, em comparação com o mesmo período do ano anterior. Há quem relacione a queda no número de ações ao fato de que, com a reforma, há um temor por parte do empregado (muitas vezes hipossuficiente economicamente), que pode ser condenado ao pagamento de honorários ao advogado da parte contrária, na hipótese de rejeição de algum de seus pedidos (CORREIO BRAZILIENSE, 2018).

Enquanto isso, quanto ao número de empregos, quando a reforma entrou em vigor, em novembro de 2017, a taxa de desemprego estava no patamar de 12%, ao passo que, no trimestre encerrado em setembro de 2018, havia caído para 11,9%, de acordo com o G1 (2018).

2. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS ANTES DA REFORMA TRABALHISTA: ANÁLISE DA SÚMULA 219 DO TST

Com a Reforma Trabalhista, não há dúvidas de que a parte derrotada deverá pagar honorários ao advogado da parte vencedora. Trata-se dos honorários de sucumbência, que representam uma remuneração ao advogado pela vitória no processo.

Mas, antes da reforma, havia grande dúvida em torno da aplicação da sucumbência na Justiça do Trabalho, sendo certo que os honorários seriam devidos, mas apenas em casos bem específicos.

Para haver a condenação ao pagamento de honorários, não bastava a mera sucumbência – como é agora. Era necessária a cumulação de alguns requisitos, presentes na Súmula 219 do Tribunal Superior do Trabalho, adiante analisada.

Cléber Lúcio de Almeida explica que "a possibilidade de invocar o princípio da sucumbência para impor ao vencido a obrigação de pagar os honorários do advogado contratado pelo vencedor na demanda" era afastada, em regra, pelo fato de as partes possuírem o *jus postulandi* (direito de postular em causa própria), afinal, como as partes podem postular em causa própria, os gastos com advogado têm natureza de despesa voluntária (2008, p. 270-271).

Agora, com a Reforma Trabalhista, não há mais dúvidas: a mera sucumbência, ainda que parcial, gera a obrigação ao pagamento de honorários.

Antes da reforma, a condenação ao pagamento dos honorários sucumbenciais era regida pela Súmula 219, item I, do TST, a seguir transcrita:

> **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) - Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016**
> I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art. 14, §1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305 da SBDI-I). [...]

Da leitura do item I da súmula, depreende-se que, para que o vencido fosse condenado ao pagamento dos honorários do advogado do vencedor, não era suficiente a mera sucumbência, isto é, a rejeição de um ou mais pedidos formulados no processo; era preciso a cumulação de dois requisitos.

Em primeiro lugar, a parte deveria "estar assistida por sindicato da categoria profissional". Ademais, era necessário comprovar uma das duas situações a seguir: que a parte recebia salário inferior ao dobro do salário mínimo, ou que a parte se encontrava em situação econômica que não lhe permitia demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família.

Com a sucumbência e a presença destes dois requisitos, haveria a condenação ao pagamento dos honorários, que seriam revertidos em favor do sindicato assistente, conforme art. 16 da Lei nº 5.584/1970 (atualmente revogado).

Estas regras valem apenas para os processos iniciados antes da entrada em vigor da Reforma Trabalhista. De 11 de novembro de 2017 em diante, o que vale é o disposto no art. 791-A da CLT. Neste sentido, está o art. 6º da Instrução Normativa nº 41/2018 do TST, além de farta jurisprudência.

3. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS APÓS A REFORMA TRABALHISTA: ANÁLISE DO ART. 791-A DA CLT

Como visto anteriormente, na seara trabalhista, antes da reforma, os honorários sucumbenciais eram devidos somente quando cumulados os requisitos da Súmula 219 do TST. Com a inclusão do art. 791-A na CLT, passaram a ser devidos com a mera sucumbência.

De início, cumpre transcrever o novel artigo em sua integralidade:

> Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.
>
> §1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.
> §2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

> I - o grau de zelo do profissional;
> II - o lugar de prestação do serviço;
> III - a natureza e a importância da causa;
> IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.
>
> §3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.
>
> §4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.
>
> §5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

No processo civil, "os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa", conforme art. 85, §2º do CPC.

No processo trabalhista, por sua vez, a fixação será "entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa", conforme o caput do art. 791-A da CLT.

Apesar de a porcentagem ser diferente no processo civil e no processo trabalhista – o que representa discriminação ao profissional que atua na Justiça Especializada (CASSAR; BORGES, 2017, p. 99) –, em qualquer dos casos o juiz observará, ao fixar os honorários, os mesmos critérios, presentes

no art. 85, §2º, I a IV do CPC, e no art. 791-A, §2º, I a IV da CLT.

"Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria" (art. 791-A, §1º da CLT). Nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria, os honorários serão destinados ao advogado que houver atuado na causa, e não mais ao sindicato (o art. 16 da Lei nº 5.584/70, que previa o sindicato como destinatário dos honorários, foi expressamente revogado pela Lei nº 13.725/18).

Determina o §3º, do art. 791-A, que "na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários". Mauro Schiavi defende que a sucumbência (derrota) a justificar a condenação ao pagamento de honorários advocatícios é a rejeição total dos pedidos, ou de algum destes. Não basta a rejeição apenas em parte de um dos pedidos.

Exemplificando, se o reclamante fizer os pedidos A, B, C e D, e sucumbir apenas em parte no pedido A, "que se refere a horas extras, já que a jornada acolhida pelo juízo foi inferior à declinada na inicial, não haverá sucumbência recíproca a justificar honorários advocatícios ao reclamado" (SCHIAVI, 2017, p. 84).

Neste sentido, está o Enunciado nº 99 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, evento promovido pela Anamatra (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho) em outubro de 2017, para debater temas relativos à Reforma Trabalhista (ANAMATRA, 2017):

> **Enunciado nº 99 – Sucumbência recíproca**
> O juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca (art. 791-A, §3º, da CLT) apenas em caso de indeferimento total do pedido específico. O acolhimento do pedido, com quantificação inferior ao postulado, não caracteriza sucumbência parcial, pois a verba postulada restou acolhida. Quando o legislador mencionou "sucumbência parcial", referiu-se ao acolhimento de parte dos pedidos formulados na petição inicial.

Portanto, imaginando que o reclamante pleiteie indenização por dano extrapatrimonial no valor de R$ 10.000,00 e o juízo lhe defira apenas R$

5.000,00, o juízo não arbitrará honorários de sucumbência recíproca.

A expressão "procedência parcial" referida no §3º do art. 791-A (e não "sucumbência parcial", como consta da parte final do enunciado acima em comento) não significa acolhimento parcial de *um* pedido, mas, sim, acolhimento de *parte* dos pedidos (um pedido deferido e um pedido rejeitado, por exemplo). Conclui-se que os honorários de advogado somente podem ser exigidos se o reclamante for totalmente sucumbente em um determinado pedido, e não no caso de o pedido não ter sido acolhido em sua totalidade.

É a mesma sistemática da Súmula 326 do STJ: "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca".

Ainda sobre o tema sucumbência recíproca, dispõe o parágrafo único do art. 86 do CPC, aplicável ao processo do trabalho, como explicam Henrique Correia e Élisson Miessa (2018, p. 746), que "se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários".

Por fim, a compensação entre os honorários não é possível pois eles pertencem ao advogado, e não às partes. Assim, se cada parte deve R$ 1.000,00 ao advogado da outra, por exemplo, estes créditos não se anulam. Cada profissional terá direito a receber sua verba.

O parágrafo seguinte, o quarto do art. 791-A, é ainda mais polêmico, havendo discussão a respeito de sua constitucionalidade. Assim, fica reservado o tópico seguinte deste trabalho para sua análise.

O quinto e último parágrafo do art. 791-A determina que "são devidos honorários de sucumbência na reconvenção". Mas, e nas fases de cumprimento de sentença, execução e recursos? Também serão devidos honorários advocatícios de sucumbência?

Correia e Miessa entendem, a nosso ver corretamente, que a reforma não foi omissa. O seu silêncio é eloquente. Se o legislador quisesse prever o cabimento dos honorários nestes casos, bastaria adicionar mais palavras ao art. 791-A, §5º da CLT. Mas, não. Ele decidiu por tratar apenas da reconvenção, que tem natureza de nova ação (2018, p. 740).

4. DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO §4º DO ART. 791-A DA CLT E SUA POTENCIAL VIOLAÇÃO AO DIREITO HUMANO DE ACESSO À JUSTIÇA

Com a Reforma Trabalhista, até mesmo os beneficiários da justiça gratuita podem ter de pagar honorários de sucumbência, ainda que a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão da gratuidade não tenha deixado de existir. O art. 791-A, §4º da CLT estabelece o seguinte:

> §4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Pela leitura do dispositivo legal, entende-se que a concessão da gratuidade da justiça não afasta a responsabilidade do beneficiário pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência. Contudo, eles só poderão ser cobrados em duas hipóteses:

a) se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que condenou o beneficiário a pagar honorários de sucumbência, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade. Nesta situação, passado o prazo de dois anos sem alteração na situação financeira do beneficiário, as obrigações decorrentes da sucumbência serão extintas. Há diferença da sistemática processual civil, que estabelece prazo de cinco anos (art. 98, §3º do CPC);

b) se o beneficiário tiver obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar os honorários de sucumbência. A discussão quanto a constitucionalidade fica em torno desta hipótese.

Correia e Miessa argumentam que, para o §4º do art. 791-A da CLT ser considerado constitucional, é necessária a presença, no caso concreto, de dois requisitos cumulativos (2018, p. 750).

Em primeiro lugar, alegam que "o crédito já deve existir no momento da decisão judicial, impedindo decisão condicionada ao recebimento de créditos futuros, até porque a sentença deve ser certa e exigível".

Em segundo, o crédito recebido em juízo tem de ser capaz de retirar a condição de beneficiário do sucumbente. Ou seja, com o recebimento das verbas, é necessário que tenha deixado de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade.

Caso se aplique o dispositivo literalmente (recebimento de "créditos capazes de suportar a despesa"), sem considerar se tais créditos não atingem o próprio sustento do beneficiário ou de sua família, explicam os autores que haverá violação aos princípios do acesso à Justiça (art. 5º, LXXIV da Constituição – "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito") e da igualdade material (art. 5º, caput da CF).

Justificativas semelhantes foram utilizadas pela Procuradoria-Geral da República (PGR) ao propor, em 24 de agosto de 2017, antes mesmo da entrada em vigor da reforma, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.766, que impugna, dentre outros dispositivos, o §4º do art. 791-A.

De início, importante deixar claro que a PGR entende ser compatível com a Constituição a instituição dos honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho. O que se impugna é apenas a expressão "desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa", constante do §4º, pois ela impõe "restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovem insuficiência de recursos" (2017, p. 3).

Caso esta expressão não existisse, a regra de cobrança de honorários de beneficiário da justiça gratuita na Justiça Trabalhista seria igual à Justiça Comum.

Até a conclusão deste trabalho, o julgamento da ADI nº 5.766 no STF teve somente dois votos: o do Relator Ministro Luis Roberto Barroso e do Ministro Luiz Edson Fachin, com posições divergentes.

Não há data para o retorno do julgamento e, enquanto a Corte não se pronuncia definitivamente, alguns TRTs pelo Brasil têm proferido suas decisões quanto a validade da norma.

O TRT da 19ª Região (Estado de Alagoas), por exemplo, em um incidente

de arguição de inconstitucionalidade, deixou de aplicar a norma (a decisão só produz efeitos entre partes envolvidas naquele processo), declarando o seguinte:

> [...] Se o art. 791-A da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/17, impõe restrições às garantias fundamentais de assistência jurídica integral e gratuita (art.5º, LXXIV) e do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), afrontando também o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), além de dar, equivocadamente, o mesmo tratamento a quem se encontra materialmente em situações desiguais, numa clara violação ao princípio constitucional da igualdade (art. 5º, caput), resta ao Poder Judiciário declarar a sua inconstitucionalidade. (2018).

Estas justificativas estão na mesma linha do alegado pela PGR na ADI nº 5.766 e no voto do Ministro Fachin, que concorda com a inconstitucionalidade da norma discutida.

A PGR alega que a garantia de assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV da CF) foi restringida pelo §4º do art. 791-A e que isso não poderia ocorrer, pois este direito é uma "prerrogativa básica essencial à viabilização de direitos fundamentais, constitui veículo de garantia do mínimo existencial e assume [...] caráter extremo de direito irredutível" (2017, p. 33).

Sendo um direito irredutível, a lei não poderia impor ao beneficiário da justiça gratuita o pagamento de honorários sem estar "afastada a condição de pobreza que justificou o benefício" (PGR, 2017, p. 15), afinal, isto representaria uma redução de um direito que, aduz a PGR, é irredutível. Todavia, foi exatamente o que a Reforma Trabalhista fez, o que representaria, por consequência, violações a outros direitos, como o do acesso à Justiça e o da igualdade, além do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com esse direito, pretende-se assegurar igualdade entre as partes, a fim de que "o resultado final do processo dependa somente do mérito dos direitos discutidos e não de forças externas dos litigantes" (CAPPELLETTI; GARTH, apud PGR, 2017, p. 52). Portanto, uma consequência lógica de se impor restrições a ele é a violação do direito de igualdade (art. 5º, caput da CF).

Outro direito violado pelas restrições à gratuidade judiciária é o de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV da CF), posto que a gratuidade é um pressuposto de acesso dos trabalhadores pobres à jurisdição trabalhista (PGR, 2017, p. 5).

Também conhecido como "direito de inafastabilidade da prestação jurisdicional", o direito de acesso à Justiça não se trata apenas de um direito fundamental, mas de um direito humano, consoante o previsto no art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, ao dispor que "todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei".

Alexandre de Moraes cita em sua obra a definição genérica da Unesco (a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) para conceituar direitos humanos fundamentais, que representam:

> [...] por um lado, uma proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado, e por outro, regras para estabelecer condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana [...] (2002, p. 162-163).

É através do direito de acesso à Justiça que podem ser preservados todos os demais direitos. «Sem garantia de acesso à jurisdição trabalhista, os direitos fundamentais sociais, despidos de efetividade, reduzem-se a miragens». Justamente em decorrência disso, "a gratuidade judiciária assume caráter de extrema relevância social na Justiça do Trabalho", sendo o meio para o trabalhador pobre buscar "a tutela de direitos vinculados à contraprestação pelo trabalho" (PGR, 2017, p. 23-25).

Somado a isso, com a utilização de créditos obtidos em outros processos para o pagamento de honorários de sucumbência e a consequente violação do direito do art. 5º, LXXIV da CF, haveria também desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), porque este é um dos elementos fundamentais da Carta Magna que amparam a garantia de assistência jurídica integral e gratuita (FACHIN, 2018, p. 12).

Enquanto o Ministro Fachin votou pela procedência da ação, o Relator Ministro Barroso optou por dar interpretação conforme à Constituição ao §4º do art. 791-A da CLT. Ele defendeu que o direito de gratuidade judiciária pode, sim, ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, dizendo ainda:

> [...] As normas processuais podem e devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que seja compatível com os limites de litigiosidade que a sociedade comporta. O descasamento entre o custo individual de postular em juízo e o custo social da litigância faz com que o volume de ações siga uma lógica contrária ao interesse público. A sobreutilização do Judiciário congestiona o serviço, compromete a celeridade e a qualidade da prestação da tutela jurisdicional, incentiva demandas oportunistas e prejudica a efetividade e a credibilidade das instituições judiciais. Vale dizer: afeta, em última análise, o próprio direito constitucional de acesso à Justiça[...] (2018).

Pontuou, também, que a cobrança de honorários de beneficiário da justiça gratuita é um "mecanismo legítimo de desincentivo ao ajuizamento de demandas ou de pedidos aventureiros" (BARROSO, 2018).

Contudo, ao passo que o dispositivo inserido na CLT pela reforma permite que quaisquer verbas obtidas pelo beneficiário em outro processo sejam utilizadas para o pagamento de honorários, Barroso votou para limitar a utilização destes valores, da seguinte maneira:

> [...] A cobrança de honorários sucumbenciais poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, quando pertinentes a verbas remuneratórias [...] (2018).

Em seu voto, Barroso explica que optou pelo percentual de 30% por aplicação analógica das normas que dispõem sobre desconto em verbas alimentares: Lei 8.213/1991, art. 115, II e VI; Decreto 3.048/1999, art. 154, §

3º; e Decreto 8.690/2016, art. 5º.

Para defender que nenhuma verba obtida pelo beneficiário em outro processo seja utilizada, a PGR alega que, para o trabalhador pobre destinatário da gratuidade judiciária, os rendimentos auferidos com o trabalho "integram a noção de mínimo existencial, porque essenciais ao sustento material básico", assim como os créditos trabalhistas auferidos nas demandas propostas (2017, p. 25-27).

Pelo ora exposto, pode-se dizer que não há divergência entre o argumento da PGR e o voto de Barroso em permitir a utilização integral de verbas não alimentares, como indenizações por danos morais, para o pagamento de honorários. Há uma posição antagônica tão somente quanto as verbas remuneratórias.

Enquanto não há o retorno do julgamento deste assunto no STF, TRTs seguem aplicando a norma às suas maneiras, potencialmente violando um direito humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Reforma Trabalhista de 2017 instituiu no âmbito da Justiça do Trabalho os honorários de sucumbência. Acredita-se que esta regra tenha sido uma das causas para a queda no número de ações propostas na seara laboral após a entrada em vigor da reforma, cumprindo justamente com um dos objetivos da nova legislação.

Ao instituir os honorários de sucumbência, a reforma previu que até mesmo o beneficiário da justiça gratuita terá de pagar honorários, caso tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos suficientes para suportar esta obrigação.

Diante desta situação, a Procuradoria-Geral da República ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade. Na ação, alega a PGR que cobrar honorários de beneficiário da justiça gratuita fere o direito de gratuidade da justiça (art. 5º, LXXIII da Constituição), que é um pressuposto do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV). Assim, colocar restrições ao primeiro, teria como consequência a violação do segundo – que é também um direito humano.

Colaborando com esta tese, há decisão de Tribunal Regional do Trabalho em controle difuso de constitucionalidade, além de doutrinas e enunciados que acompanham o entendimento. Assim, a cobrança de honorários sucumbenciais de beneficiário da justiça gratuita na Justiça do Trabalho é um potencial violador do direito humano de acesso à Justiça.

Apesar de esta tese ter bastante apoio, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, ainda não se pronunciou definitivamente. Mas, ainda que houvesse se pronunciado de forma final acerca da constitucionalidade da regra em apreço, as discussões não se encerrariam. Afinal, se trata de um tema de extrema relevância e de grande impacto na vida dos trabalhadores brasileiros.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região. **Proc. 0000206-34.2018.5.19.0000**. Relator João Leite de Arruda Alencar. Maceió, 07 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.legale.com.br/uploads/e54ca30dcd387a194454664527df3a6a.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2019.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **Direito processual do trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ANAMATRA. **Reforma trabalhista: Anamatra divulga íntegra dos enunciados aprovados na 2ª Jornada**. 19 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/25797-reforma-trabalhista-anamatra-divulga-integra-dos-enunciados-aprovados-na-2-jornada>. Acesso em: 05 fev. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. **Ementa do voto na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.766**. Brasília, 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ementa-voto-barroso-custas-processos.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **REsp 278197 RJ 2000/0094875-6**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8007373/recurso-especial-resp-278197-rj-2000-0094875-6-stj>. Acesso em: 05 fev. 2019.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. 1. ed. São Paulo: Método, 2017.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. **Manual da reforma trabalhista**: o que mudou? 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

CORREIO BRAZILIENSE. **Um ano depois da reforma, ações trabalhistas caem 36,06% no Brasil**. 12 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/ap p/noticia/economia/2018/11/12/internas_economia,718899/um-ano-depois-da-reforma-ac oes-trabalhistas-caem-36-06-no-brasil.shtml>. Acesso em: 05 fev. 2019.

EL PAÍS. **Greve geral: cidades esvaziadas e bombas em frente à casa de Temer**. 29 de abril de 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/28/politica/1493375909_677524.html>. Acesso em: 04 fev. 2019.

EL PAÍS. **Temer diz que a reforma trabalhista vai trazer "emprego e harmonia"**. São Paulo, 1º de maio de 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/01/actualidad/1493660125_039251.html>. Acesso em: 04 fev. 2019.

ÉPOCA. **Temer promete alterar pontos da reforma trabalhista por meio de Medida Provisória**. 13 de junho de 2017. Disponível em: <https://epoca.globo.com/politica/expre sso/noticia/2017/06/temer-promete-alterar-pontos-da-reforma-trabalhista-por-meio-de-medida-provisoria.html>. Acesso em: 04 fev. 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Voto vogal na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.766**. Brasília, 10 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-reforma-trabalhista.pdf>. p. 12. Acesso em: 31 mar. 2019.

FOLHA DE S.PAULO. **Em rede nacional, ministro nega perda de direitos com reforma trabalhista**. Brasília, 10 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/11/1934554-em-rede-nacional-ministro-nega-perda-de-direitos-com-reforma-trabalhista.shtml>. Acesso em: 04 fev. 2019.

G1. **Câmara aprova proposta de reforma trabalhista; texto segue para o Senado**. Brasília, 26 de abril de 2017. Disponível em: <https://g1.

globo.com/politica/noticia/camara-aprova-texto-base-da-reforma-trabalhista.ghtml>. Acesso em: 04 fev. 2019.

G1. **Em dia de greve geral, todos os estados e o DF têm paralisações e protestos**. 28 de abril de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/paralisacoes-e-protestos-na-sexta-feira-dia-28.ghtml>. Acesso em: 04 fev. 2019.

G1. **Senado aprova reforma trabalhista; texto segue para sanção de Temer**. Brasília, 11 de julho de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/apos-sessao-tumultuada-senado-aprova-texto-base-da-reforma-trabalhista.ghtml>. Acesso em: 04 fev. 2019.

G1. **Reforma trabalhista completa 1 ano; veja os principais efeitos**. 11 de novembro de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2018/11/11/reforma-trabalhista-completa-1-ano-veja-os-principais-efeitos.ghtml>. Acesso em: 04 fev. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NEXO. **Medida provisória perde a validade: o que muda nas regras trabalhistas**. 23 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/04/23/Medida-provisória-perde-a-validade-o-que-muda-nas-regras-trabalhistas1>. Acesso em: 04 fev. 2019.

PARAÍBA. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Acórdão. **Proc. 0000628-32.2018.5.13.0014**. Relatora Ana Maria Ferreira Madruga. João Pessoa, 25 de março de 2019. Disponível em: <https://trt-13.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/692142724/recurso-ordinario-em-procedimento-sumarissimo-ro-62832201851300140000628-32201851300140>. Acesso em: 31 mar. 2019.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5.766**. Brasília, 24 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalhista.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2019.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. 1. ed. São Paulo: LTr Editora, 2017.

A REGULAMENTAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS DAS PROFISSIONAIS DO SEXO COMO SOLUÇÃO À SUA MARGINALIZAÇÃO NO BRASIL

MARIA JÚLIA DE FREITAS

INTRODUÇÃO

O artigo sustenta-se sobre a ineficácia do sistema normativo de regulação do trabalho sexual no Brasil. Para tanto, demonstra como o modelo abolicionista amplia os preconceitos experimentados pelas profissionais do sexo, acentuando sua marginalização social e jurídica.

Inicialmente é indispensável ressaltar que o artigo objetiva o reconhecimento de vínculo empregatício concebido pelas profissionais absolutamente capazes, quais sejam no Brasil as maiores de 18 anos e em pleno gozo de suas faculdades mentais, e mediante consentimento válido. Ademais, direciona-se às profissionais do sexo do gênero feminino, não por excluir a existência dos homens, mas por serem as componentes mais evidenciáveis do mercado sexual.

Demostra-se como o modelo abolicionista adotado no Brasil está adstrito à marginalização das trabalhadoras, pois é apto a esboçar a profissional como vítima, e perfaz-se na restrição ou aniquilação da sua autonomia e capacidade de autodeterminação, não atingindo a incolumidade da profissional do sexo, e ainda agravando o estigma. A regulamentação das relações laborais se interpõe, portanto, como garantia de direitos fundamentais e laborais.

1. O PANORAMA CONTEMPÔRANEO BRASILEIRO

A profissão do sexo, sob o viés de seu estatuto legal, pode ser classificada juridicamente em quatro modelos sistêmicos, segundo categorização adotada por Marjan Wijers (2004), quais sejam: proibicionista; regulamentarista; abolicionista; e laboral (ou laborista). A classificação não é, contudo, rígida, admitindo variações pertinentes a regras tipificadoras específicas de cada país, bem como à concepção de cada autor.

O modelo adotado no Brasil é o abolicionista, que tem como ponto comum entre o proibicionista e o regulamentarista, a tipificação segundo critérios jurídico-penais. O modelo laboral encontra-se apartado por destoar dos demais no ponto em que não recebe tratamento normativo penal, sendo regido, portanto, pelo direito civil e trabalhista.

O modelo abolicionista não incrimina a prostituição em si, mas sua intermediação por terceiros. De forma geral, os países que seguem esse sistema, costumam proibir o recrutamento de profissionais do sexo, a gerência ou aluguel de bordéis ou outro gênero de instalação que sirva à finalidade de mercantilização do sexo, bem como viver a expensas de uma profissional. Tem como pressuposto a figura da profissional do sexo enquanto vítima do contexto socioeconômico. São países que perfilham este sistema, a maioria dos componentes da União Europeia, a exemplo da Espanha, Portugal e Itália.

No Brasil, o ato de prostituir-se é legal e reconhecido pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) enquanto profissão desde 2002, com a edição da Portaria n. 397. O próprio MTE classifica o labor segundo a CBO 5198-05 como Profissional do Sexo, tendo como sinônimos as nomenclaturas: garota ou garoto de programa, meretriz, messalina, michê, mulher da vida, prostituta ou trabalhador do sexo (MTE, CBO 5198-05).

São consideradas típicas as condutas referentes ao lenocínio, isto é, rufianismo, casa de prostituição, favorecimento da prostituição, e mediação à lascívia de outrem, segundo previsão expressa nos arts. 227 a 230 do Código Penal (BRASIL, 1940). A legislação penal brasileira, portanto, muito embora não condene a disposição do próprio corpo em si, isto é, a conduta autônoma da profissional do sexo, pune todos os agentes que explorem ou

obtenham proveitos econômicos desta atividade.

Esse sistema dificulta consideravelmente a atividade profissional do sexo, não simplesmente por proibir a constituição de vínculo de emprego, mas também por entravar a prospecção de clientes, a propaganda, o aluguel de uma acomodação, etc. (WIJERS, 2004).

Não obstante a proibição legal à mantença de casas de prostituição, estas não apenas existem e funcionam normalmente, como, em regra, também são conhecidas pelos cidadãos, e "toleradas" pelas autoridades públicas que se aproveitam de um sistema de corrupção para conservá-las abertas, como destaca Rosângela Lacerda (LACERDA, 2013, p. 146-147):

> Como já asseverado, embora a finalidade almejada por este tipo de sistema seja a de eliminar a prostituição, não existem evidências de que tenha alcançado o seu escopo e, ao revés, engendra uma situação perversa de dependência da prostituta em relação a terceiras pessoas, em especial os proprietários de bordéis ou intermediários, já que não encontram nenhuma proteção legal. Em diversas oportunidades, precipuamente nos países menos desenvolvidos, observa-se ao contrário que o sistema termina por ser extremamente lucrativo para a polícia e para alguns funcionários públicos que aceitam vantagens pecuniárias, ou serviços sexuais gratuitos, em troca da não fiscalização da legislação repressiva.

O trabalho sexual é, portanto, concebido como ocupação autônoma, sendo, atualmente obrigatória a contribuição previdenciária, ainda que inexistam regras específicas de aposentadoria (MUÇOUÇAH, 2015).

Este modelo, portanto, não só não atende às necessidades das profissionais do sexo, como as conduzem a se submeterem a condições menos seguras de trabalho. Assim, por laborarem às margens da legalidade e, geralmente, em zonas de meretrício, apartadas dos centros urbanos, e pela ausência de fiscalização, as profissionais ficam expostas aos abusos de seus proxenetas, a riscos de saúde e situações de trabalho degradante, as quais são impedidas de denunciar. Em resumo, à situação de exploração e marginalização que, a princípio, se busca evitar com a criminalização. Ademais,

são impossibilitadas de ver reconhecido o vínculo empregatício, em virtude da manifesta ilicitude do objeto contratual. Verifica-se, por fim, que a estas profissionais restam-se negados seus direitos humanos e laborais.

2. SISTEMA ABOLICIONISTA: A TRATATIVA COMO VÍTIMAS SUBMETE À MARGINALIZAÇÃO?

No direito brasileiro, como sobredito, o trabalho sexual como analogia à escravidão é evidenciado pelos próprios dispositivos do Código Penal. Os artigos 227 a 230, ao passo que não criminalizam a conduta autônoma da profissional do sexo, condenam todas as circundantes praticadas por terceiros. Os agenciadores não são engendrados como "empregadores" que se prestam, muitas vezes, a proteger a garota de programa da violência policial e de clientes, mas sim como autênticos exploradores (BARBOSA, 2017).

A noção de vítima segundo esta vertente é abordada sobre duas perspectivas: da mulher vítima da sociedade capitalista, que encontra na prostituição única e última alternativa laboral; e da mulher vítima do patriarcado, mercantilizada como objeto de prazer masculino.

Os argumentos que sustentam o modelo abolicionista se pautam na impotência do consentimento autônomo da profissional, sendo a prostituição, sob qualquer conjectura, uma forma de violência contra a mulher. Outro argumento se embasa na premissa de que o sexo não é vendável. Sob essa perspectiva, a sexualidade tem direta conexão com o lado emocional, passível de causar danos ao âmago da profissional que se submete a desempenhar tal ofício (PATEMAN, 1988 apud PISCITELLI, 2013). Assim, o sexo enquanto mercadoria enseja desumanização da mulher que o negocia. Tem como pressuposto, ademais, que o ingresso no mercado sexual não ocorre por própria manifestação de vontade, desejo e convicções íntimas, sendo o labor sexual resultado de uma opressão social e capitalista. É tratado, portanto, como derradeira das opções, putativo apenas àquelas mulheres que não possuem outro meio de subsistência e obtenção de rendas; ou senão, àquelas depravadas e corruptas (as que ingressam de livre vontade).

É bem verdade que, não raro, as mulheres iniciam como profissionais do sexo em virtude de necessidades financeiras a serem supridas, igualmente em decorrência de baixa escolaridade, então, portanto, escassez de oportunidades no mercado de trabalho. Mas esta não é uma verdade absoluta e irrefragável, e ainda que fosse não destitui a mulher de sua autodeterminação. Neste sentido, Muçouçah, em entrevista realizada junto a profissionais do sexo, destaca o posicionamento de uma entrevistada (2015, p. 57):

> É, eu já fui de tudo um pouco nessa vida [...]. Num sei quem é meu pai, aliás, a maioria dos meus irmãos [são oito] também nem sabe, e minha mãe ralava pra dar o que comer pra gente. Todo mundo tinha que trabalhar desde cedo pra conseguir sustentar a casa [...] e eu vendi até droga. Já fui empregada doméstica, babá, garçonete de boteco, ah, sei lá, tudo que você imaginar. Se duvidar minha Carteira de Trabalho tá aí [...]. Se eu me arrependo de ter entrado pra vida? Eu me arrependo sim, de não ter entrado antes. Olha, não é fácil de jeito nenhum, a gente vê coisa que até Deus duvida, mas eu também vi coisa que Deus duvidava nos outros trabalhos também [...] e a diferença é a seguinte: eu sempre recebia um salário mínimo, às vezes mais, às vezes menos. Aqui eu tiro mais ou menos R$4.000,00 por mês. Preciso ainda falar alguma coisa?

Margarita Carreras também destaca outros depoimentos (2007, p. 154-155 apud LACERDA, 2015, p. 110):

> Às vezes eu trabalho como camareira de apartamentos em hotéis de quatro estrelas, porque já que eu decidi ser uma faxineira, a menos que seja em lugares melhor remunerados. A exploração do trabalho é a mesma, mas pagam mais. Eu tenho um horário e um salário fixos. Quando trabalho na prostituição, o horário sou eu que determino e não tenho salário fixo; o salário sou eu que estabeleço, eu ponho preço em meus serviços sexuais e em meu tempo. Algumas pessoas me dizem, "É que você se vende." Isto é completamente errado. Eu, simplesmente, presto uns serviços em troca de dinheiro. Todos nós empregamos o nosso tempo, porque somos pagos no fim do mês.

> Tenho trabalhado em muitos lugares, em alguns me respeitam como trabalhadora e em outros, não. No trabalho sexual acontece o mesmo. Há clientes que pensam que são os patrões, aqueles que ordenam, dentro e fora da prostituição. Eu trato todos os meus clientes com respeito e, às vezes, consigo que me tratem com o mesmo respeito. Me interessa, sobretudo, que eles sejam pacíficos, tenhamos um encontro tranquilo. Trabalho sexual não é apenas um relacionamento físico, há também diálogo, comunicação... As pessoas procuram companhia porque a pior doença deste século é a solidão. Os clientes pensam em passar um período agradável e em deixar o encontro com os seus egos alimentados.
>
> Há aqueles que, sem saber, afirmam: "É que, sendo uma prostituta, você não se sente realizada." Eu trabalhava em um navio, o busquebus, que faz o trajeto entre Barcelona e a Ilha de Maiorca, ida e volta, e perdoe-me, mas eu não me sentia nada realizada limpando o vômito dos passageiros.
>
> Acabo como comecei. Pensem sempre que, antes de tudo, somos pessoas e depois trabalhadoras. Trabalhadoras do sexo.

Nestes casos, nota-se que as mulheres em questão têm uma realidade de vida marcada pela pobreza e dificuldades financeiras que certamente corroboraram para seu ingresso no mercado do sexo. Contudo, não são raros os exemplos de mulheres pertencentes à classe média alta, e, muitas vezes, até ao contexto universitário, como é o caso de Gabriela Leite (LEITE, 2010), Lola Benvenutti (CARDOZO; MASTROIANO; MAZINI; NÉO, 2016) e tantas outras que entabularam nesta profissão por autonomia da vontade, sem que a condição monetária ou a baixa escolaridade se interpusessem, predispondo a mulher ao labor sexual. Lola Benvenutti, meretriz, que se caracteriza enquanto mulher proveniente da classe média, e estudante de uma conceituada universidade pública brasileira, deixa às claras no documentário "Entre Livros e Lençóis - Retratos da Prostituição Universitária" sua sincera intenção de integrar o mercado do sexo em vistas de considerá-lo curioso e "glamoroso" (CARDOZO; MASTROIANO; MAZINI; NÉO, 2016).

Em pesquisa realizada junto destes profissionais, 75% afirmam sentir prazer na prestação de serviços sexuais (NUCCI, 2014, p. 197). Nucci evidencia, ainda, o parecer de uma mulher prostituta de 42 anos (2014, p. 221): "pretendo exercer a prostituição eternamente. Gosto de ser prostituta". Percebe-se, desta forma, que a proteção sob o viés do vitimismo deixa ao desamparo legal e social principalmente as profissionais que elegeram a profissão livremente. Lacerda aponta (2013, p.156):

> A realidade econômica das prostitutas também é muito diversa: se por um lado há garotas de programa com vida dupla, alunas regularmente matriculadas em universidades particulares, com carros importados e roupas de marca, existem aquelas que necessitam da profissão para sobreviver, muitas vezes em condições subumanas.
> A desmistificação da imagem da prostituta, retirando toda e qualquer carga dramática ou pejorativa do seu conteúdo, em muito poderá contribuir para a regularização de sua atividade.

Ela Wiecko de Castilho ressalta ser a condição de pobreza das mulheres o ponto central de sua colocação na condição de vítimas (2008, p. 113):

> Sob um discurso de proteção está presente o não reconhecimento da capacidade das mulheres de exercer o direito sobre o seu próprio corpo bem como a estigmatização social das prostitutas como forma de estabelecer o papel e o lugar das mulheres na sociedade. Idéia de que a mulher é um ser fraco.

As propostas abolicionistas também fortalecem o estigma, ao esboçar as profissionais como mulheres desprovidas de capacidade de autodeterminação, e dependentes de proteção estatal específica capaz de promover a libertação (LACERDA, 2015, p. 116-117). Neste sentido, o discurso da "falta de oportunidade ou alternativa" só reflete franco sexismo, segundo o qual a mulher não pode exteriorizar sua sexualidade livremente, e somente se em virtude de opressão de qualquer natureza. Não importa por qual razão a profissional optou por integrar o mercado sexual, se fora por

necessidade financeira ou por desejo pessoal de realizar-se sexualmente. O fato relevante é autonomia da escolha, isto é, que não seja adjacente de um ato viciado.

Há também quem acredite no espectro do vitimismo como reflexo do dano psicológico e emocional que pode ser ocasionado às profissionais deste setor. Irrefragavelmente existe uma suscetibilidade para que as prestadoras de serviço sexual se envolvam emocionalmente. O envolvimento pessoal e sensível, contudo, não pode ser rechaçado de diversas profissões, como é o caso do terapeuta e da enfermeira, por exemplo. Os danos, outrossim, são notavelmente significativos quando a profissional não pode eleger o seu cliente em virtude de relações exploratórias junto de seus empregadores ilegítimos (CHAPKIS, 1997 apud PISCITELLI, 2013). Contardo Calligaris, acerca da perspectiva do sexo indissoluvelmente associado ao amor, aduz (2013, p. E10 apud LACERDA, 2015, p.109):

> É por isso que a prostituição continua maldita, porque se funda, em tese, no escândalo que é o prazer do sexo sem amor. Em geral, quem tolera dificilmente essa ideia considera as pessoas que se prostituem como eternos menores (seja qual for sua idade), sem liberdade, sem vontade própria – apenas vítimas de cafetões, miséria e traumas de infância.

É evidente que não é unânime que todas as profissionais do sexo estão satisfeitas com o trabalho que desempenham. Existem mulheres que apresentam conflito de identidade e, portanto, enxergam de forma negativa a categoria (MUÇOUÇAH, 2015, p. 58). Nucci ressalta o depoimento de uma profissional do sexo que quando entrevistada acerca de sua intenção de deixar o ofício, deixa clara sua percepção de repulsa (2014, p. 221): "nunca queria ter feito. Não pretendo nada. 'É o que tem pra hoje'. Preciso pagar conta. Acho tudo isso um nojo, ridículo, mas preciso pagar conta". É imprescindível, neste tocante, lançar mão de políticas públicas de reinserção das profissionais insatisfeitas em outras áreas do mercado de trabalho, além de assistência social, educacional e psicológica. Patente, ademais, que em diversas áreas existem profissionais insatisfeitos com a profissão que elegeram para si.

A prognose que traça um paralelo de semelhança entre a profissão do sexo e a exploração sexual em nível de escravidão, leva em conta apenas a condenação moral do "escambo" sexual pela sociedade, descartando o parecer das próprias trabalhadoras. Controversamente, a prostituição é tolerada pela sociedade, para não dizer perpetuada, ficando clara a hipocrisia social no clamor pela penalização do lenocínio.

O modelo laboral disjungiu-se da noção moral atrelada ao trabalho sexual, desmistificando a noção de escravidão, e tratando-o como qualquer outra forma de trabalho, como destaca Cinara Nahra (1999, p. 21-22):

> A ideia jesuítica, pois, de que os profissionais do sexo devem ser conscientizados para procurar outra profissão já que estão nela por necessidade pode ser válida para alguns casos, mas não universalmente. Trata-se exatamente da mesma coisa que acontece com a maioria das profissões. Há bancários que trabalham em banco porque necessitam, outros porque gostam e outros porque necessitam e gostam. O mesmo ocorre com professores, médicos, operários e todas as outras profissões. Mas os moralistas de plantão nunca pensaram em salvar os bancários, os médicos, os professores, enfim, todos aqueles que estão descontentes com suas profissões, exercendo-as apenas por necessidade.

A participação no mercado de trabalho é, em uma sociedade capitalista, essencial na aquisição e ratificação de direitos. Ainda que o próprio Ministério do Trabalho e Emprego reconheça formalmente a profissão sexual (MTE, CBO 5198-05), é imprescindível a possibilidade de configuração do vínculo empregatício como forma de conferir dignidade ao labor sexual, a fim de excluir a profissional do sexo do âmbito dos comportamentos desviantes, muito embora sua conduta não seja verdadeiramente penalizada.

Ainda acerca das consequências experimentadas pela profissional do sexo na casta de vítima, Marjan Wijers (2004) consigna como preço desta suposta proteção, a conversão das profissionais em objetos ao invés de sujeitos, não sendo consideradas participantes legitimas no debate, tendo em vista que não podem se quer julgar sua própria condição e formular suas próprias demandas. Destaca ainda que as prostitutas que não se identifi-

cam enquanto vítimas, e exigem seus direitos trabalhistas, ou não se deram conta da opressão que sofrem, ou são psicologicamente prejudicadas pelo abuso sofrido, necessitando, neste caso, terapia. Quando não, são identificadas como corruptas e ignorantes, pois manipuladas pelos proxenetas.

Segundo este viés, percebe-se um dualismo: a mulher que não admite sua condição de vítima explorada deverá ser compreendida como promíscua e depravada, sendo, portanto, legítima vilã social. Não são iguais aos demais cidadãos, e tampouco são companheiras de luta, são seres dependentes da tutela do Estado em face dos abusos sofridos (LACERDA, 2015).

Estas mulheres também são alijadas de seus direitos fundamentais à liberdade profissional de escolherem seu ofício; à dignidade da pessoa humana, por ser o trabalho sexual considerado ontologicamente degradante e indigno; à igualdade profissional, pois seu trabalho não é equiparado em direitos e condições laborais a qualquer outro; ao acesso à justiça, pois em decorrência da ilicitude do objeto contratual, são impossibilitadas de clamar por condições dignas e salubres. Isso sem mencionar o desamparo aos direitos trabalhistas daquelas que efetivamente elegeram a profissão livremente.

Conclui-se, portanto, que este modelo, vigente no Brasil, que converte a imagem da profissional do sexo na vítima da pobreza e déficit educacional, associados ao sistema capitalista, é ineficaz na proteção das trabalhadoras sexuais uma vez que perpetua opressões de gênero, não servindo para garantir a autonomia e emancipação feminina.

A profissão sexual, em contrapartida, deve ser interpretada segundo acepção metafísica, desprovida de valores morais, e compreendida enquanto legítima forma de emprego. Paradoxalmente, o abolicionismo que tem por finalidade a libertação da mulher "objetificada" pelo prazer masculino, acaba, indiretamente, sendo verdadeiro responsável pela transmudação da mulher prostituta em "coisa", incapaz de expor sua própria vontade, de formular suas próprias demandas e, consequentemente de exigir em juízo seus direitos. Assim, porquanto o ofício for considerado diametralmente degradante, a profissional permanecerá aprisionada ao dualismo da vítima-vilã.

3. O MODELO LABORAL

O modelo laboral caracteriza-se como único sistema que efetivamente reconhece o trabalho sexual como forma de emprego, e passa a discipliná-lo segundo regras legais do direito trabalhista e do direito civil, e não por normas penais que tratam de incriminar a "prostituição" segundo algum aspecto específico.

Objetiva-se o rompimento dos paradigmas que autorizam o Estado a legislar sobre moralidade sexual. Segue-se, assim, as regras contratuais previstas para conferir validade ao negócio jurídico e, consequentemente à relação de trabalho, como anui o art. 104 do Código Civil (BRASIL, 2002): agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.

A ilicitude do objeto, diante dos modelos tipificadores, impede o reconhecimento do vínculo de emprego e impossibilita que a profissional receba verbas tipicamente trabalhistas as quais teria direito defronte o modelo laboral.

Assim sendo, a profissional do sexo é quem mais se prejudica com os modelos que penalizam sob aspectos distintos o trabalho sexual, pois além de se submeter à situação de marginalização e violência, como versado previamente, fica impossibilitada de reaver seus direitos laborais.

O modelo laboral é, portanto, apontado como mais efetivo no combate às formas de exploração no mercado sexual, coibindo-as a partir dos mesmos mecanismos e instrumentos introduzidos desde o século XX, com a eclosão da Revolução Industrial, para conter o abuso em diversos outros setores do mercado de trabalho (WIJERS, 2004). O trabalho sexual deixa de ser regulado pelo direito penal, e passa a ser objeto do direito civil e do direito do trabalho.

Acerca dos benefícios assecuratórios dos direitos trabalhistas da profissional do sexo, Rosângela Lacerda destaca a bivalência do modelo em comento, pois ao passo que estende direitos trabalhistas às profissionais do sexo, evita que os empresários enriqueçam ilicitamente ao se eximirem de responsabilidades legais (2015).

A relação entre empregador (proxeneta) e a profissional torna-se mais paritária à medida que transpassa o campo da ilegalidade. Acerca

das substanciais diferenças que passam a integrar este vínculo jurídico, Wijers (2004) ressalta a viabilidade de processar abusos cometidos pelos empregadores ou seus clientes, de receber auxílio desemprego e doença, de reclamar benefícios e pensões, e todos os demais direitos concedidos ao empregado regular.

Tem-se em vista que é objetivo do Direito do Trabalho assegurar a proteção da parte hipossuficiente, quais sejam os trabalhadores, garantindo o resguardo aos seus direitos e a "paridade de armas" para com seus empregadores, que estão naturalmente em posição preponderante (CASSAR, 2014).

A prostituição, diante o modelo laboral, é destituída de seu aspecto moral, e passa a integrar a esfera das relações de trabalho. Assim sendo, existirá vínculo empregatício sempre que presentes os quatro requisitos previstos pelo art. 3º da Consolidação das Leis de Trabalho (BRASIL, 1943): pessoalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade.

Ressalta-se, ademais, que este sistema compreende melhor adequação à realidade fática. Os dados indicam que, apesar da forte tentativa de liquidação da prostituição, o mercado sexual segue crescente e representante de fonte altamente lucrativa. Neste sentido, uma pesquisa realizada pela fundação francesa Scelles revela que cerca de mais de 40 milhões de pessoas são profissionais do sexo no mundo, sendo que 90% delas estão ligadas a proxenetas (CHARPENEL, 2012). O mercado sexual é, ademais, um grande produtor de riquezas movimentando cerca de 186 bilhões de dólares no mundo todo (HAVOCSCOPE, 2015). Sob esse prisma, dever-se-ia ser considerada atividade lícita e legítima, propulsora do mercado financeiro e, portanto, passível de ser tutelada.

Trabalho é conceituado por Rosângela Lacerda, segundo seu aspecto econômico, como "qualquer atividade que se realiza para obter recursos econômicos – assim a atividade sexual, por autodefinição e pela lógica de mercado, deve ser considerada um trabalho" (2015, p. 112). A profissão do sexo, segundo esta lógica de raciocínio, nunca sequer deveria haver recebido custódia penal, por se tratar de uma atividade que sendo acordada entre adultos, não enseja prejuízo a terceiros, então, portanto, não poderia incidir na esfera das ilicitudes. Contudo, o peso moral e a ojeriza que

recebe o ofício impede que ele seja tratado com o mesmo respeito e o mesmo prestígio que tantas outras profissões.

Ademais, as relações de trabalho sexual não deixam de ser constituídas à revelia de sua regulação legal, o que, como sobredito, configura nulidade contratual, prejudicando às profissionais do sexo, que ficam impedidas de reaver seus direitos perante o Poder Judiciário. Lacerda destaca (2015, p. 114):

> No âmbito trabalhista, cumpre gizar ainda que sustentar a tese da nulidade do contrato e, por consequência, de ausência de direitos, significa deixar à margem da jurisdição pessoas que necessitam da proteção jurídica e que a todo momento têm os seus direitos violados devido a uma compreensão equivocada de que a sua atividade não é trabalho, mas "vadiagem". Em outras palavras, a nulidade do contrato somente favorece o empregador, que mantém a atividade, dele obtendo lucros, muitas vezes com exploração extorsiva dos valores auferidos, e não têm em contrapartida quaisquer deveres em face dos contratados. Ao invés da proteção do hipossuficiente, a nulidade beneficia a torpeza do dono do empreendimento, que deixa de recolher impostos, não paga as verbas trabalhistas e ainda submete seus empregados a condições de meio ambiente de trabalho insalubres.

Em pesquisa realizada pelos pesquisadores André Vinícius Monteiro, Juliana Burri e Rafael Barone Zimmaro, junto de autoridades policiais, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 248-259) destaca que 75% das autoridades são favoráveis à legalização, sendo que 45% compreende que não subsistiria nenhum malefício subjacente desta.

No que tange a mercantilização do sexo no âmbito virtual, constata-se, a partir da mencionada pesquisa, que as autoridades policiais não se dedicam a investigação neste campo, por não haver reclamação social. Assim, "os proxenetas virtuais enriquecem, sem violência, ameaça ou fraude. Tudo às claras, mas não materializado numa casa, situada em determinada rua, onde haja vizinho e cause algum incômodo à aflita sociedade, fiscal dos bons costumes alheios." (NUCCI, 2014, p. 258). Os maiores prejudicados

legalmente são, em regra, as casas de prostituição físicas, pequenas e que atingem o público de baixa renda, pois os grandes empresários do mercado sexual recebem absoluta impunidade.

Neste sentido, conclui-se que os dispositivos de Código Penal Brasileiro que objetivam a criminalização de condutas relacionadas ao mercado sexual são mera ficção jurídica (NUCCI, 2014), de serventia a usurpar direitos trabalhistas das profissionais do sexo, flagrante a inaplicabilidade das sanções penais.

O trabalho sexual deve, portanto, ser regulado enquanto forma de emprego, de maneira a promover o desenvolvimento da indústria sexual mediante fiscalização da legalidade e das condições nas quais o serviço é prestado, e, conjuntamente, garantir que estas mulheres, em sua maioria, que laboram para casas de prostituição tenham seus direitos profissionais e fundamentais respeitados, visando reduzir a violência, promover o acesso à justiça e às verbas tipicamente trabalhistas, bem como assegurar o meio ambiente laboral salubre.

CONCLUSÃO

A marginalização social das profissionais do sexo perpetrada pelo modelo abolicionista é engendrada em seu status de vítima do sistema capitalista patriarcal. Esta perspectiva descarta a autonomia da vontade feminina e institui o labor sexual como ontologicamente degradante, inviabilizando a possibilidade de a profissional autodeterminar acerca de sua própria profissão, e restringindo, assim, seus direitos fundamentais à liberdade e igualdade profissional. A casta da vítima-vilã é responsável, ademais, por agravar o estigma disseminado pela sociedade.

Conclui-se que o modelo adotado no Brasil não cumpre seu objetivo de proteger a mulher, uma vez que somente beneficiam os seus empregadores. É inegável que, em que pese a proibição às casas de prostituição, elas não deixam de existir e, muito pelo contrário, são largamente toleradas em diversos países do mundo, e igualmente no Brasil. É bem verdade também que a população de uma cidade conhece os bordéis que lá existem e que,

contudo, não são cerrados em decorrência de acordos que são efetivados junto às próprias autoridades fiscalizadoras, configurando flagrante abuso de poder. Esta conjuntura só lesa a profissional do sexo de aceder em seus direitos trabalhistas e reavê-los judicialmente, e de ter assegurados meio ambiente de trabalho salubre e condições de emprego adequadas e justas.

A profissional que não tem seu labor formalmente reconhecido, também não acede a seus direitos fundamentais como a liberdade e a igualdade profissional, nem a seus direitos trabalhistas. Igualmente vê-se impossibilitada, pelas razões previamente aduzidas, a ingressar em Juízo. Conclui-se, portanto, que a não regulamentação das relações laborais incute não somente à marginalização social, mas também jurídica das profissionais do sexo.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Marcela Dias. **Perspectivas em disputa**: olhares das garotas de programa de Franca sobre a violência sexual e o estupro. 2017. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", São Paulo, 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 18 jul. 2018.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 11 ago. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

CARDOZO, Paulo; MASTROIANO, Daniel; MAZINI, Jhonatan; NÉO, João Victor. **Entre Livros e Lençóis** - Retratos da Prostituição Universitária. Publicado em 18 de maio de 2016. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=bZSwz6nCpP0&t=44s>. Acesso em: 04 ago. 2018.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. A criminalização do tráfico de mulheres: proteção das mulheres ou reforço da violência de gênero? **Cadernos Pagu**, Campinas, v. 31, p. 101-124, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n31/n31a06>. Acesso em: 20 jul. 2018.

CHARPENEL, Yves (Org.). **Sexual Exploitation**: Prostitution and Organized Crime. Fondation Scelles. Paris: Economica, 2012. Disponível em: <http://www.fondationscelles.org/pdf/rapport_mondial/sexual_exploitation_prostitution_Fondation_Scelles.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2018.

HAVOCSCOPE. **Prostitution**: Prices and Statistics on the Global Sex Trade. [s.l.], 2015. Disponível em: <https://www.havocscope.com/prostitution-statistics/>. Acesso em: 06 set. 2018.

LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias. Proteção do Trabalho da Prostituta: Modelo Laboral e Princípio da Justiça Social. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; BASSFELD GNATA, Noa Piatã (Coord.). **Trabalhos Marginais**. São Paulo: LTr, 2013.

LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias. **Reconhecimento do Vínculo Empregatício para o Trabalho da Prostituta**. 2015. 261 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

LEITE, Gabriela. **Filha, Mãe, Avó e Puta**: a história de uma mulher que decidiu ser prostituta. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **CBO 5198**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.ocupacoes.com.br/cbo-mte/5198-profissionais-do-sexo>. Acesso em: 21 jul. 2018.

MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. **Trabalhadores do sexo e seu exercício profissional**: Delimitações entre as esferas Penal e Trabalhista. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

NAHRA, Cinara Maria Leite. **Malditas defesas morais**. Natal: Cooperativa Cultural UFRN, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prostituição, Lenocínio e Tráfico de Pessoas**: Aspectos Constitucionais e Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PISCITELLI, Adriana. Exploração sexual, trabalho sexual: noções e limites. In: SILVA, Daniele Andrade da et al (Org.). **Feminilidades**: corpos e sexualidades em debate. Rio de Janeiro: Uerj, 2013.

WIJERS, Marjan. **Criminal, victim, social evil or working girl**: legal approaches to prostitution and their impact on sex workers. Presentation Seminario Internacional sobre Prostitución, Instituto de la Mujer, UNED. Madrid, 2001. Publicado em espanhol: **Delincuente, victima, mal social o mujer trabajadora**: perspectivas legales sobre la prostitución. In: OSBORNE, Raquel (ed.). Trabajador@s del sexo: derechos, migraciones y tráfico en el siglo XXI. Madrid: Bellaterra, 2004. Disponível em: <http://www.nswp.org/sites/nswp.org/files/WIJERS-CRIMINAL.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2018.

DIREITO DE GREVE: UM DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL

SUELEN AGUM DOS REIS
DÉBORA PINHEIRO FERREIRA

1. INTRODUÇÃO

Este artigo se propõe inicialmente a realizar uma análise sobre a diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais para, posteriormente, examinar a greve sob esses enfoques.

É recorrente a utilização da expressão "direitos humanos" para reivindicar quase tudo, os movimentos sociais ganham muito mais força se declaram a proteção de um direito pertencente a todo ser humano, por sua natureza transcendente e dotada de princípios universais inerentes a pessoa humana, parecem se encaixar perfeitamente a todos os clamores (GUERRA, 2013, p. 31).

No entanto, nem sempre esse é realmente o objeto do movimento que o invoca, esse termo precisa ser melhor entendido, discutido e minuciosamente estudado, principalmente para se entender quando a sociedade está diante de um direito universal, inerente ao ser humano, para dar-lhe o devido tratamento, diferenciando-o dos direitos fundamentais positivados no âmbito nacional de cada Estado os quais se reservam a constitucionalidade.

Em seguida serão apresentadas as pesquisas sobre o direito de greve na perspectiva de um direito fundamental e de um direito humano, bem como sua importância para a tutela do exercício de tal direito.

2. DIFERENÇA ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não raras vezes os operadores do direito tratam direitos humanos e direitos fundamentais como sendo sinônimos, sem dúvida devido à complexidade do assunto, assim se observa no trecho de Ricardo Lobo Torres, "Os direitos fundamentais ou direitos humanos, direitos civis, direitos da liberdade, direitos individuais, liberdades públicas, formas diferentes de expressar a mesma realidade" (TORRES *apud* GUERRA, 2013, p. 32). Partindo dessa perspectiva, se faz necessária, oportunamente, uma tentativa de esclarecer a tratativa de Direitos Humanos neste ensaio.

Tomando-se como base o livro de Sidney Guerra "Direitos Humanos, Curso Elementar", que no seu primeiro capítulo busca esclarecer a distinção entre Direitos do Homem, Direitos Fundamentais e Liberdades Públicas, extrai-se o seguinte trecho:

> Para Alberto Nogueira, o emprego dessas expressões como sinônimas é incorreto e elas possuem unicamente um núcleo comum, que é a liberdade: "As expressões Direitos do Homem, Direitos Fundamentais e Liberdades Públicas têm sido, equivocadamente, usadas indistintamente como sinônimos. Em verdade, guardam, entre si, de rigor, apenas um núcleo comum, a liberdade" (NOGUEIRA *apud* GUERRA,2013, p. 32)

Na mesma linha tem-se outros autores, como Blanca Martinez, que percebe a diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, uma vez que, para ela, estes seriam direitos positivados internamente, garantidos pelos ordenamentos jurídico-estatais e aqueles seriam os direitos positivados em nível internacional (MARTINEZ *apud* GUERRA, 2013, p.32).

Para Guerra outros posicionamentos devem ser considerados, como o de Carlos Alberto Bittar. Esse autor sustenta que os direitos do homem estão em outro plano, muito acima dos direitos positivados nos ordenamentos internos de cada país. Para ele "são direitos inerentes ao homem, que o Estado deve respeitar e, através do direito positivo, reconhecer e proteger", pois são direitos inatos ou naturais que parte da noção de transcendência

da natureza humana e, portanto, persistem a qualquer legislação, neste sentido, as liberdades públicas, para Bittar, seriam os direitos que o Estado buscou positivar (BITTAR *apud* GUERRA, 2013, p. 33).

Corrobora para este posicionamento Ada Pellegrini Grinover, que leciona:

> O plano é diverso, porque os direitos do homem indicam conceito jusnaturalista, enquanto as liberdades públicas representam um reconhecimento dos direitos do homem, através do direito positivo. Os direitos do homem constituem conceito que prescinde do reconhecimento e proteção do direito positivo, existindo ainda que a legislação não os estabeleça nem os assegure. As liberdades públicas, bem pelo contrário, são direitos do homem que o Estado, através de sua consagração, transferiu do direito natural ao direito positivo. (GRINOVER *apud* GUERRA, 2013, p. 34)

Muito embora, até aqui, se tenha observado a grande dificuldade em se distinguir as terminologias direitos do homem, direitos fundamentais e liberdades públicas, pois cada autor busca esclarecê-las de formas diferentes, uma vez que trata-se de um assunto extremamente complexo, também é importante atentar-se, ainda, para a tratativa mais utilizada no Brasil.

Guerra (2013, p.32) esclarece que "no Brasil, seguindo a tendência francesa, adota-se com muita frequência a expressão "liberdades públicas", atribuindo-lhe, porém, o significado que engloba a generalidade dos direitos fundamentais". Nessa perspectiva, utilizando-se dos conceitos que foram trazidos ao presente texto, direitos fundamentais como sinônimo de liberdades públicas seriam aqueles positivados no âmbito jurídico interno, tratados pelas constituições e oponíveis ao Estado.

Assim, Paulo Bonavides adverte que a expressão "liberdades públicas" pode ser associada aos "direitos fundamentais", e dentre estes o que a doutrina chama de direitos da liberdade (GUERRA, 2013, p.32):

> Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é o seu traço

> mais característico; enfim são direitos da resistência ou de oposição perante o Estado. Ou seja, Direitos fundamentais são aqueles aplicados diretamente, gozando de proteção especial nas Constituições dos Estados de Direito. São provenientes do amadurecimento da própria sociedade. (BONAVIDES, 2010, p.563)

De modo ainda mais claro, escreve Paulo Bonavides em seu livro "Curso de Direito Constitucional", parafraseando Carl Shmitt, acerca dos direitos fundamentais:

> Os direitos fundamentais propriamente ditos, são, na essência, entende ele, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos de liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito de Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável. (SHMITT *apud* BONAVIDES, 2010, p.561)

No livro Direitos Humanos, Volume I, Flávia Piovesan, já no primeiro parágrafo, expõe de forma abrilhantada, compilando os mais ínclitos autores, a concepção de direitos humanos:

> Como reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Norberto Bobbio (1988), os direitos humanos não nascem todos de uma vez nem de uma vez por todas. Para Hannah Arendt (1979), os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução. Compõem um construído axiológico, fruto da nossa história, de nosso passado, de nosso presente, fundamentado em um espaço simbólico de luta e ação social. No dizer de Joaquin Herrera Flores, os direitos humanos compõem a nossa racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Realçam, sobretudo,

> a esperança de um horizonte moral, pautado pela gramática da inclusão, refletindo a plataforma emancipatória de nosso tempo. (PIOVESAN, 2011, p.16)

Portanto, diante dos conceitos trazidos não se pode conceber que direitos humanos e direitos fundamentais sejam tratados indistintamente. Aqui, compreende-se, portanto nas palavras de Ada Pellegrini Grinover que "os direitos do homem constituem conceito que prescinde do reconhecimento e proteção do direito positivo, existindo ainda que a legislação não os estabeleça nem os assegure" (GRINOVER *apud* GUERRA, 2013, p.33).

Quanto aos direitos fundamentais, cabe ainda ser lembrado o que ensina Carl Schimtt, que, didaticamente, estabeleceu critérios formais e materiais de caracterização para este direito:

> Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados ou especificados no instrumento constitucional.
> Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança *dificultada* (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição)
> Já do ponto de vista material, os direitos fundamentais, segundo Schmtt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos. (SCHIMITT *apud* BONAVIDES, 2010, p.561).

Em síntese, adota-se as expressões "direitos humanos" para estudo consagrado no plano internacional ou universal e "direitos fundamentais" no plano interno ou estatal, levando-se em consideração aspectos temporais e espaciais, sendo que os direitos da pessoa humana têm por escopo resguardar a dignidade e condições de vida minimamente adequadas do indivíduo, bem como proibir excessos que porventura sejam cometidos

por parte do Estado ou de particulares (GUERRA, 2013, p. 37).

Assim em uma análise tímida da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, já se constata uma série de direitos regulados como direitos fundamentais, sejam eles emanados de uma ordem internacional, sejam reflexos da necessidade que o Estado sentiu de regulá-los. Dentre muitos outros, destaca-se o direito de greve, que, embora reconhecido por grandes juristas como sendo direito fundamental, como prega Maurício Godinho Delgado, por exemplo, ainda admite inúmeras discussões acerca de sua essência e composição (DELGADO, 2016, p.1567).

Neste ínterim, parte-se para a abordagem desse instituto na dimensão dos direitos fundamentais e na dimensão dos direitos humanos, numa tentativa de identificar a sua natureza.

3. A GREVE NA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para explicar a greve na dimensão dos direitos fundamentais é necessário, primeiramente, conceituá-la, após, procurar entender o processo de evolução histórica e jurídica desse instituto, desde sua origem, com todos os aspectos de sua natureza, até a inclusão desse mecanismo no ordenamento jurídico dos Estados e consequentemente sua modulação aos termos do que dogmaticamente poderia ser concebido como direito.

Inicialmente, na tentativa de conceituar a greve, parte-se de um ponto em que a maioria dos doutrinadores concordam: "trata-se de uma manifestação de cunho coletivo e conflitivo" (LIRA, 2006, p. 67).

Fernanda Barreto Lira, explica em sua dissertação de mestrado "A greve político-revolucionária e a emancipação social: do novo internacionalismo operário ao estado-novíssimo-movimento-social", que muitas são as definições que partem desse alicerce, mas que a maioria dos autores relacionam o fenômeno da greve como de natureza trabalhista, de paralisação do trabalho, mesmo que outras formas de elaboração conflitiva destinada à conquista de interesses sejam assemelhadas a greve.

Nesse sentido a referida autora cita López Monís, que acentua "uma compreensão mais ampla revela diversas possibilidades de perturbação

concertada do processo produtivo, com a finalidade de conquista de direitos previamente definidos pela coletividade interessada em uma pauta. (MONIS *apud* LIRA, 2006, p. 67)

Corroborando com o parágrafo anterior, aponta-se a concepção de Florivaldo Dutra de Araújo (2011, p. 197), da greve como instituto de natureza restrita trabalhista.

> Greve é a paralisação deliberada e organizada do trabalho, levada a efeito por um grupo de empregados, com a finalidade de preservação, modificação ou criação de direito. Na busca desses objetivos, a greve funcionará como instrumento apto a tornar público o conflito, alertar para a sua atual ou possível aguçadura, quebrar a intransigência da outra parte na negociação e apressar a solução

A greve, na concepção de Amauri Mascaro Nascimento (2011, p.1366) é "um direito individual de exercício coletivo, manifestando-se como autodefesa". O vocábulo autodefesa, portanto, indica o ato pelo qual alguém faz sua própria defesa. Supõe uma defesa pessoal. É a forma mais primitiva de solução dos conflitos. Daí a ideia de direito natural, que surge como uma necessidade de autoproteção dos indivíduos frente à violação ou a supressão de direitos que visam defender. Amauri (2011, p. 1367) acentua:

> A greve exerce uma pressão necessária que leva à reconstrução do direito do trabalho quando as normas vigentes não atendem às exigências do grupo social. Força o empregador a fazer concessões que não faria de outro modo. Obriga o legislador a se manter vigilante e reformular a ordem jurídica. Logo, apesar dos seus inconvenientes, a greve é necessária e compatível com as estruturas capitalistas"

Nas palavras do renomado professor, Maurício Godinho Delgado (2016, p. 1579):

> É direito que resulta da liberdade de trabalho, mas também, na mesma medida, da liberdade associativa e sindical e da autonomia

> dos sindicatos, configurando-se como manifestação relevante da chamada autonomia privada coletiva, própria às democracias. Todos esses fundamentos, que se agregam no fenômeno grevista, embora preservando suas particularidades, conferem a esse direito um *status* de essencialidade nas ordens jurídicas contemporâneas. Por isso é direito fundamental nas democracias.

O que se pretende neste trecho é destacar a importância do fenômeno da greve no processo de evolução do ser humano, seu caráter natural, coletivo e democrático. Mais precisamente, para delimitar este escrito – a fim de não incorrer na difícil missão de conceituar a greve em todos os seus aspectos – ao processo de evolução do trabalhador, embora através de uma visão restritiva, mas não menos importante, dar destaque às conquistas que não poderiam existir sem que os trabalhadores lançassem mão desta ferramenta.

Uma vez conceituado o instituto "greve", já é possível analisar o seu surgimento. Carlos Henrique Bezerra Leite explica no seu artigo "A greve do servidor público civil e os direitos humanos", que o surgimento da greve se deu na França, no final do século XVIII, onde o vocábulo foi utilizado pela primeira vez, mais precisamente, em Paris, em decorrência da reunião de alguns trabalhadores que paralisaram suas atividades laborativas para demonstrar a insatisfação com os baixos salários e jornadas excessivas. Junto aos desempregados aglomeravam-se em uma praça chamada *Place de Grève*, reivindicando melhores condições de trabalho. Durante as enchentes do Rio Sena, alguns gravetos costumavam se amontoar nesta praça, surgiu aí o termo greve, originário de graveto (BEZERRA LEITE, 2012, p.1).

Contudo, alguns autores acreditavam que a sua manifestação se deu há tempos remotos, embora não se tenha prevalecido este entendimento, cabe registrar que:

> Havia autores que consideravam que as primeiras greves surgiram no Egito Antigo durante a construção do templo de MUT e greves de caráter religioso no Império Médio. O êxodo dos hebreus, ao deixarem o Egito, também era indicado por alguns autores como um desses

> primeiros movimentos de massa, enquanto outros indicavam a saída dos plebeus de Roma para o Monte Arentino que se rebelavam contra os privilégios políticos e sociais dos patrícios (RUSSOMANO *apud* CAVALCANTE, 2009, p.29).
> [...] a rebelião de Espartaco (ano 74 A C.); a rebelião dos servos de normandia (fins do século X); a célebre greve de tipóbrafos de Lyon, ocorrida no século XVI. O professor sueco Kohringberg afirma que a primeira greve teve lugar na construção das pirâmides (reinado de Cheops, Sicfis ou Saofes I). Enquanto na Espanha, citam a promovida em Escorial (1577) por obreiros que construíram o Mosteiro [...] (PEREZ BOTIJA apud LIRA, 2006, p.53)

Amauri também defende a existência milenar do fenômeno "os movimentos de reivindicações sociais são uma constante da história. Em todos os tempos existiram grupos de pressão com objetivos determinados, de natureza profissional ou política", (NASCIMENTO, 2011, p. 1363), mas assevera:

> Com a Revolução Industrial, as greves ganharam intensidade. Em Lyon, em 1831, surgiu a primeira grande greve na França, contra os fabricantes que se recusavam a atribuir ao salário uma força obrigatória jurídica, mas simplesmente moral. Ainda na França apareceram greves de solidarité (Rue Transnonain), greves de protestation contre um texte législatif e greves gerais, muitas de fundo político, insufladas pela difusão das ideias socialistas (NASCIMENTO, 2011, p.1364).

Alice Monteiro de Barros, em um esboço histórico sobre a greve, também se reporta a esses episódios da antiguidade, mas entendendo que esses movimentos não se revestem do caráter de greve, pois em meio a escravidão e a servidão não haveria ambiente para tal, os considera mais assemelhados a motins ou rebeliões, do que a um movimento organizado e sistematizado, portanto, assinala que ""o terreno de eleição" da greve encontra-se na sociedade capitalista que emerge da Revolução Industrial" (BARROS, 2017, p. 846)

Neste mesmo sentido, Veronica Cavalcante da Fonseca ao afirmar que a chegada da greve está intimamente relacionada à Revolução Industrial, com o advento do regime do trabalho assalariado, cita:

A Greve eclodiu como uma força elementar da natureza, nos primórdios da organização industrial, como uma reação espontânea das massas operárias frente a uma situação econômica e de abandono em função da exposição a jornadas de trabalho extenuantes executados em meio a condições desumanas (Gottschalk *apud* FONSECA, 2009, p. 30)

Alice Monteiro de Barros (2017, p. 847) explica:

> A concentração das massas proletárias, advinda do nascimento da indústria, associada à precariedade de sua situação socioeconômica frente aos patrões, impulsionada pela difusão das doutrinas socialistas, contribuíram para a formação das associações profissionais, que exaltavam a greve como forma de educar os trabalhadores, de reivindicar e de obter melhorias das condições de trabalho. Em consequência a greve não foi, inicialmente, acolhida pelo sistema liberal que imperava na época. A greve tem o mesmo fundamento social do Direito Coletivo: o próprio interesse coletivo.

Até que a greve chegasse ao status de direito, um processo lento e gradual a fez passar pela fase de proibição, de tolerância até ser reconhecida como direito no plano constitucional e vista como forma legítima de defesa dos trabalhadores (BARROS, 2017, p. 847).

Para Alice Monteiro de Barros (2017, p. 847):

> Afirma-se que a Inglaterra e a França (Lei Chapellier de 1791 e Código Penal de 1810) foram os países que mais reprimiram a greve, considerando-a delito, enquanto a Bélgica ficou à margem dessa restrição. Em Portugal, a greve, embora penalmente punida, não ensejava sanções aos grevistas. Na Itália, até 1889, a greve era considerada delito; com a promulgação do Código Zanardelli, foi revogada a proibição de coalizão e a greve deixou de constituir delito, desde que realizada sem violência ou ameaça. Com o advento do regime corporativo, em 1926,

> retornou a repressão, até que a Constituição Republicana da Itália, no art. 40, assegurou o direito de greve.

No Brasil, tanto o Direito do Trabalho quanto seu movimento sindical e o instituto da greve, estão correlatos ao mesmo marco histórico, qual seja, a relação empregatícia que insere o trabalhador livre no sistema produtivo, isso se deu pela extinção da escravatura em 1888 (DELGADO, 2016, p. 1583).

Nos primeiros anos da República as greves eram esporádicas e acentuaram-se no começo do século XIX. Em 1900, no Rio de Janeiro, na Bahia, em Santos. Em 1901 São Paulo, nas cidades de Sorocabana e Rio Claro. No Rio de Janeiro, de 8 a 12 de novembro, numa fábrica de tecidos de Vila Isabel, protestando contra maus-tratos e imposições do diretor-gerente, os operários pararam de trabalhar. No Recife houve paralisação de trens. No Rio de Janeiro, de 16 a 25 de agosto, houve uma greve pela redução da jornada diária e aumento de salário.

As reivindicações eram sempre por melhores salários, regulamentos mais justos, redução de hora de trabalho, passagem franca, capatazes, entre outras melhorias que os faziam fechar os comércios, abandonar seus postos de trabalho, paralisar bondes e ferrovias e etc. Seguiram-se, nos anos subsequentes, inúmeras outras paralisações: em 1904 no Ceará e no Rio; em 1905 em Santos, Rio e Recife; em 1906 em São Paulo, 3.000 operários de Jundiaí, Campinas e Rio Claro, empregados de ferrovia, e no Rio de Janeiro, empregados sapateiros, e assim sucessivamente (NASCIMENTO, 2011, p.1370).

Em 12 de junho de 1917 eclodiu uma greve de enorme repercussão em São Paulo:

> Iniciou-se no Cotonifício Rodolfo Crespi, no bairro da Mooca, quando os operários protestaram contra os salários e pararam o serviço. A fábrica fechou por tempo indeterminado. Os trabalhadores pretendiam 20% de aumento e tentaram acordo com a empresa, não o conseguindo. Diante disso, no dia 29 fizeram comício no centro da cidade. Aos 2.000 grevistas juntaram-se, em solidariedade, 1.000 trabalhadores das

> fábricas Jafet, que também passaram a reivindicar 20% de aumento de salário; em 11 de julho, o número de grevistas de várias empresas era de 15.000; no dia 12, de 20.000; os bondes, a luz, o comércio e as indústrias de São Paulo ficaram paralisados.
> [...]
> O movimento estendeu-se às empresas do interior, e ao todo treze cidades foram atingidas. Os jornalistas resolveram intermediar. No dia 15 de julho um acordo foi aceito para aumento de 20% dos salários, com a garantia de que nenhum empregado seria despedido em razão da greve, e o governo pôs em liberdade os operários presos, com a condição de que todos voltassem ao serviço, reconhecendo o direito de reunião quando exercido dentro da lei e respeitando a ordem pública, além de se comprometer a providenciar o cumprimento de disposições legais sobre trabalho de menores nas fábricas, de carestia de vida e de proteção do trabalhador (NASCIMENTO, 2011, p.89).

Amauri Mascaro Nascimento (2011) descreve ainda, o período histórico jurídico da greve no Brasil, inicialmente considerado um ilícito, pois o Código Penal de 1890 (Dec. n. 847, de 11 de outubro) proibiu a greve mesmo pacífica, por inspiração do Código Penal da Itália de 1889, sendo-lhe reservado o capítulo VI artigos 204 a 206 que criminalizava a greve e todos os seus atos. No entanto, logo foi alterado pelo Decreto n. 1.162, de 12 de dezembro de 1890, que passa a punir apenas a violência no exercício da greve.

As normas posteriores ainda criminalizaram o direito de greve, a Lei de Segurança Nacional de 1935, a Constituição de 1937 e até refletiu na CLT com o Código Penal de 1940. A primeira norma que disciplinou a greve foi o Decreto-Lei n. 9.070, de 1946, e a facultou somente nas atividades meio, sendo que depois de ajuizado o dissídio coletivo, este era o que traçava as formalidades e definia como falta grave o descumprimento de prazos e de suas determinações, que ganhavam força de lei. Nesse momento a legislação avança para o reconhecimento como direito nas constituições brasileiras:

> Sob a nova influência da Ata de Chapultepec (1945), pela qual os países americanos comprometiam-se a reconhecer o direito de greve, o Brasil, na Constituição de 1946 (art. 158), declara: "É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará". [...] Com a Revolução de 1964 entrou em vigor a Lei n. 4.330, do mesmo ano, revogando o Decreto-lei n. 9.070. Mais tarde, a Constituição de 1967 (art. 165, XXI) admite o direito de greve, proibindo-o, no entanto, nos serviços públicos e atividades essenciais (art. 162) (NASCIMENTO, 2011, p.1372).

Após esse longo período de supressão o instituto da greve ganha status de direito fundamental também no Brasil, apresentando relevante amplitude com o advento da Carta Magna de 1988. Delgado (2016, p. 1561) afirma:

> A constituição brasileira de 1988, em contraponto a todas as constituições anteriores do país, conferiu, efetivamente, amplitude ao direito de greve. É que determinou competir aos trabalhadores a decisão sobre a oportunidade de exercer o direito, assim como decidir a respeito dos interesses que devam por meio dele defender (caput do art. 9º da CF/88). Oportunidade do exercício da greve e interesses a serem nela definidos ambos sob decisão dos respectivos trabalhadores, diz a constituição.

Diante disso, atesta Carlos Henrique Bezerra Leite (2012, p.4) "que a greve, a partir do momento em que passa a ter sede nas Constituições dos países ocidentais, tal como ocorre nos ordenamentos brasileiro, espanhol e português, passa a ser considerada um direito fundamental dos trabalhadores".

Desta construção, nota-se que a greve passou, primeiramente, a ser concebida como um direito fundamental, pois antes mesmo de ser regulada no âmbito internacional, já que este ainda não havia se firmado, as constituições de diversos países a trouxeram como direito do trabalhador. A própria consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno pós-guerra, fomentado após as violações latentes desse período, o que destacou a necessidade de um efetivo sistema de proteção

internacional dos direitos humanos motivando o surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945 (GUERRA, 2013, p. 103).

No tópico seguinte a análise se estende para a natureza deste direito. Depois de verificada como ocorreram sua consolidação e seu reconhecimento como um direito fundamental, é possível compreender sua positivação nas declarações e convenções internacionais sobre direitos do homem.

4. A GREVE NA DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Após analisado o histórico desse instituto, desde incipiente e módico à sua hegemonia, hoje sendo chamado de direito fundamental por inúmeros países, volta-se agora para uma concepção ainda mais humanística e social deste fenômeno, compreendida no direito internacional.

Como já argumentado, a greve não poderia ser concebida inicialmente como direito humano porque tais direitos ainda não haviam se revelado no período em que ela foi reconhecida, nem mesmo existia uma ordem internacional de proteção aos direitos humanos.

É possível esta verificação a partir da análise do histórico da greve e da legislação internacional, a própria Declaração Universal de Direitos Humanos é de 1948, dois anos após a "Constituição brasileira de 1946 reconhecer a greve como um direito, sob influência da Ata de Chapultepec de 1945" (NASCIMENTO, 2011, p. 181). Isto reafirma Sidney Guerra (2013, p.105), ao aclarar o surgimento da ordem internacional de proteção dos direitos humanos:

> Os direitos humanos ganham força sob a égide da Organização das Nações Unidas, onde foram produzidos vários tratados internacionais para a proteção dos referidos direitos. A começar pela Declaração Universal de Direitos Humanos, pela produção normativa do Pacto de Direitos Civis e Políticos e do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção sobre discriminação racial; a Convenção sobre os direitos da mulher; a Convenção sobre a tortura; a Convenção sobre os direitos da criança etc.[..]

Não obstante, no primeiro item, foi possível diferenciar o direito fundamental do direito humano, pois bem, foi possível perceber que não se trata apenas de uma disposição espacial, em que o direito fundamental encontra-se positivado no ordenamento interno e o direito humano no ordenamento internacional, mas muito além disso, em que bem coloca Flávia Piovesan as palavras de Hannah Arendt "os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução" (HANNAH ARENDT *apud* PIOVESAN, 2011, p. 16).

Em contíguo raciocínio, Piovesan ainda cita Joaquin Herrera Flores, para ele "os direitos humanos compõem a nossa racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana" (FLORES *apud* PIOVESAN, 2011, p. 16).

Diante desses conceitos é fácil constatar que greve se trata de um direito humano, pois tem por escopo básico a melhoria das condições sociais do homem trabalhador e implica a inferência de que ela constitui um direito fundamental do trabalhador enquanto pessoa humana (BEZERRA LEITE, 2012, p.4).

Também se trata de uma construção histórica, não há dúvida de ser originalmente uma modalidade de autotutela que ganhou força e civilidade, ultrapassando o caráter de mera vontade de um sujeito sobre o outro, é direito que resulta da liberdade de trabalho, é elemento essencial à democracia, inerente às sociedades democráticas (DELGADO, 2016, p. 1579)

Uma vez considerada a greve como um direito natural, é imprescindível destacar as disposições internacionais sobre Direitos Humanos, que revelam o direito de greve implícita ou explicitamente, mormente em que o Brasil é país signatário.

Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite (2012, p. 5), a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) contempla de forma implícita o direito de greve, ao estabelecer, no seu art. XX, n. 1, que "Toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas", e no art. XXIII, n. 4, ao garantir que toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses".

Compulsando a legislação internacional também é possível encontrar a previsão de greve como um direito no artigo 6º, n. 4, da Carta Social Europeia (1961), a saber:

> Art. 6 - Com vista a assegurar o exercício efectivo [sic] do direito à negociação colectiva [sic], as Partes comprometem-se:
> 4) O direito dos trabalhadores e dos empregadores a acções [sic] colectivas [sic] no caso de conflitos de interesses, incluindo o direito de greve, sob reserva das obrigações decorrentes das convenções colectivas [sic] em vigor.

É reconhecida a extrema importância desse documento internacional, não apenas sob o aspecto político, filosófico e sociológico que historicamente representam os padrões ideais de vida oriundos das democracias ocidentais do continente europeu, mas também sob a ótica jurídico dogmática, pois consolida a ideia de que a greve constitui um legítimo e efetivo instrumento para assegurar o eficaz direito de negociação coletiva (BEZERRA LEITE, 2012, p. 4).

Outro diploma que trata do direito de greve é o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assinado em Nova York (1966), que estabelece, no art. 8, n. 1, d, n.2, in . 1. "aos Estados Partes deste Pacto o comprometimento com a garantia do direito de greve exercido em conformidade com as leis de cada país".

Destarte, nota-se que o direito de greve foi reafirmado no âmbito internacional, uma vez que se trata de um direito humano inerente a natureza do indivíduo.

5. CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou entender o surgimento e a finalidade da greve, bem como sua natureza e sua consolidação como direito humano. Fruto da revolução industrial esse instituto insurgiu de forma tão natural no meio dos trabalhadores, como forma de reivindica-

ção e efetivação de vários direitos trabalhistas que se tornou impossível sufocá-lo e assim de ilícito passou a ser considerado um direito fundamental em vários países.

Mais tarde, na consolidação do direito internacional dos direitos humanos o mecanismo da greve foi reconhecido como direito humano, sendo tratado de forma implícita e explicita em vários diplomas.

Entender essas diferentes formas de proteção do direito de greve, seja no âmbito interno como internacional, é indispensável na medida em que outros órgãos de proteção podem e devem ser acionados em caso de violação de direitos.

É indispensável lembrar que, havendo falha ou inércia do judiciário e do Estado brasileiro em face do direito de greve como um direito fundamental, amplamente protegido na esfera nacional, há um sistema internacional de proteção de tal direito para fins de garanti-lo através dos instrumentos internacionais firmados e do sistema de garantia de direitos estabelecido através das cortes internacionais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 11 ed. atual. Jessé Claudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros Meditores, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, Acesso em: 28 abr. 2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. ONU, 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>, Acesso em: 28 mar. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**.15. ed. São Paulo: LTr 2016.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos: curso elementar**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A greve do servidor público civil e os direitos humanos**. Revista Jus Navigandi, ISSN 15184862, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2612>. Acesso em: 23 mar. 2017.

LIRA, Fernanda Barreto. **A Greve Político-Revolucionária e a Emancipação Social: do novo internacionalismo operário ao estado--novíssimo-movimento-social**. 2006. 262. f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4623> Acesso em: 23 mar. 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos**. 1. ed (ano 2006), 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

A REALIDADE DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E NAS DECISÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS: UMA BUSCA DA MAIOR PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

THÁSSIA GOMES BORRALHO

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre trabalho escravo contemporâneo em decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e também de jurisprudências do ordenamento brasileiro. Ademais, com o presente estudo se busca avaliar o modo mais razoável para que gere precedentes judiciais, proporcionando assim a consciência de se enfrentar os obstáculos em prol da maior proteção ao trabalhador, garantia esta que se relaciona ao rol de direitos humanos indisponíveis e exigíveis.

Pelo o que se visualizará, o caminho traçado pela Corte Interamericana aponta para um entendimento firmado dentro dos parâmetros de responsabilidade do Estado ao não extinguir ou minimizar as formas de trabalho escravo contemporâneo, contudo, este trabalho também pretende chamar atenção daqueles que se beneficiam com a impunidade ao atribuir a responsabilidade tão somente ao Estado. Assim sendo, uma vez provocado o Poder Judiciário ele pode atuar como um poderoso instrumento na formação de políticas públicas capazes de efetivar os direitos reclamados.

Século XIX. No ano de 1815, o Congresso de Viena reprimia e condenava o tráfico de escravos nos países e territórios no hemisfério norte. Durante este mesmo século, no ano de 1841, o Tratado Quíntuplo, liderado pela Inglaterra e países liberais da Europa já promovia o combate a escravidão e tráfico de escravos (PETERKE, 2009, P.23).

Ao arrimo da Liga das Nações, a Convenção sobre a Escravatura, um dos primeiros tratados de direitos humanos universais, foi aprovada em 1926 (ratificada pelo Brasil em 1966), e a escravidão, sem exceção, proibida. Hoje a proibição da escravidão é parte do Direito Internacional Consuetudinário (PETERKE, 2009, P.24).

Metade do século XX. A modernidade encontrava-se atônita com as promessas fracassadas da Modernidade, pois os ideais do Iluminismo e a racionalidade do Positivismo científico não foram suficientes para impedir as graves violações aos direitos humanos ocorridas no período da Segunda Grande Guerra, com o extermínio de mais de 6 milhões de judeus.

O regime totalitário do nazismo escancarou a fragilidade do sistema de proteção dos direitos humanos existente até então, na medida em que foi o próprio Estado alemão quem violou as conquistas de seus próprios nacionais e praticou inúmeras agressões internacionais à pessoa humana, significando ruptura do paradigma da modernidade e criando o alerta para a criação de uma sistemática normativa de proteção internacional (PIOVESAN, 2013, p. 284).

Frente a esse estado de coisas, desenvolveu-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos com uma positivação internacionalista mediante a criação de normas e tribunais internacionais pelos Estados-membro dos organismos supranacionais, com impacto direto na vida das comunidades domésticas (RAMOS, 2013, p. 53).

O Direito, antes ligado à ideia de soberania e restrito aos limites territoriais dos Estados-membro, passa a sofrer verdadeiro influxo de normas internacionais de direitos humanos em virtude da consagração de um parâmetro internacional mínimo (PIOVESAN, 2013, p. 340), dentre as quais se destacam a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Européia de Direitos Humanos (1950) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969).

O artigo 4º da Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que "Ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos".

A América Latina experimentou, a partir da segunda metade do século XX, intensas transformações políticas, sociais, culturais e jurídicas, com

especial destaque para a superação dos regimes totalitários por regimes democráticos em vários países da região.

Nada obstante essa conquista, ainda hoje o contexto latino-americano continua sofrendo com três problemas crônicos: acentuada desigualdade, violência endêmica e centralismo do poder político mercê da baixa densidade dos insipientes Estados de Direito, marcados notadamente pelo insuficiente respeito aos direitos humanos no direito interno (PIOVESAN, 2017, p. 1358).

Neste peculiar panorama, observa-se que o Sistema Interamericano, que surgiu como parte integrante da paisagem institucional regional das Américas (ENGSTROM, 2017, p. 1253) e tem como órgão exponencial a sua Corte Interamericana, que ganha cada vez mais espaço na luta pela afirmação histórica dos direitos humanos, revelando-se como importante instrumento para o fortalecimento da temática através do exercício de suas competências consultiva e contenciosa.

A Convenção Interamericana de Diretos Humanos de 1969, ratificada pelo Brasil em 1992, estabelece a proibição do trabalho escravo, a servidão e trabalho forçado ou obrigatório que afete a dignidade e capacidade física e mental de reclusos, caso a legislação interna do país signatário estabeleça trabalho dessa ordem aos presidiários (PIOVESAN, 2013, p. 367). Tendo ratificado esta Convenção, o Brasil passa a se submeter a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Apenas a título de exemplo, destacam-se as mais importantes ocasiões em que especificamente o Brasil foi acionado perante a jurisdição internacional da Corte Interamericana: calamidades no sistema penitenciário dos Estados de Rondônia (Penitenciária de Urso Branco), São Paulo (Fundação Casa do Tatuapé), Rio Grande do Sul (Presídio Central) e Maranhão (Penitenciária de Pedrinhas), além do caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) *vs.* Brasil, que tratou sobre a Lei de Anistia, o caso dos Meninos Emasculados do Maranhão, que resultou em acordo na fase da Comissão, e, recentemente, o caso Trabalhadores da Brasil Verde *vs.* Brasil, com sentença proferida em outubro de 2016.

Este último trouxe para o debate a existência de trabalho escravo no Brasil cujo combate (ainda) se demonstra frágil ou deficiente. Embora

existam diversos tratados e convenções que visam rechaçar o trabalho escravo em que o Brasil é participante, o fato é que resistem formas contemporâneas de escravidão no país.

Outro instrumento é o Estatuto de Roma que estabeleceu a Corte Penal Internacional, ocasião em que no artigo 5º trata da sua competência para julgar crimes mais graves que afetam a comunidade internacional no seu conjunto (BRASIL, 2002), dentre eles os crimes contra a humanidade, como, por exemplo, a escravidão.

O Brasil é signatário das seguintes convenções: Convenção sobre Trabalho Forçado e Convenção sobre Abolição do Trabalho Forçado, que, respectivamente, versam sobre a eliminação do trabalho forçado ou obrigatório em todas as suas formas, admitindo apenas exceções pontuais; e a derradeira trata da proibição do uso de toda forma de trabalho forçado ou obrigatório como meio de coerção ou de educação política; castigo por expressão de opiniões políticas ou ideológicas; medida disciplinar no trabalho, punição por participação em greves; como medida de discriminação (OIT, 2010, p. 39; BRASIL, 1957; BRASIL, 1966).

Ademais, importante frisar o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, que foi ratificado pelo Brasil no ano de 2004, tratando, por sua vez, sobre a realidade brasileira do trabalho análogo à escravidão onde se busca uma ação eficaz para prevenir e combater o tráfico de pessoas, situações estas em que determinados sujeitos, comumente conhecidos como "gatos" aliciam e transportam indivíduos para locais em que serão submetidos à condições degradantes de trabalho (BRASIL, 2004).

Esses instrumentos normativos, para além de protocolos de intenção, constituíram-se em verdadeiros marcos jurídicos para a afirmação histórica dos direitos humanos nos mais diversos sistemas de proteção, uma vez que municiaram os organismos internacionais de ferramentas para a fiscalização e implementação dos direitos humanos no âmbito interno de cada Estado-nação, possibilitando, eventualmente, a aplicação de sanções internacionais.

A proteção dos direitos humanos, a partir de então, não se restringe aos ordenamentos nacionais, passando a dispor de uma gama de proteção

a fim de assegurar a efetiva implementação das normas no cotidiano das ações governamentais, promovendo, ademais, o empoderamento do Sistema mediante diálogos que permitem o fortalecimento dos direitos humanos (PIOVESAN, 2017, p. 1358).

Para além de indenizações às vítimas das violações aos direitos humanos ou aos seus familiares, as decisões da Corte nos casos supracitados que envolveram o Brasil houve determinação de obrigações de fazer dirigidas não apenas ao Judiciário, mas principalmente ao Poder Executivo do país.

Demais disso, a criação do assim chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos também passou a influenciar positivamente os aspectos políticos, especificamente no tocante à forma de governo, e a produção das leis domésticas em cada país. Essa constatação reforça a importância jurídica e social do estudo acerca das decisões da Corte Interamericana, incentivando a internalização dos seus fundamentos no trato cotidiano dos direitos humanos no Brasil a fim de promover o indispensável diálogo entre o Direito Internacional e o direito interno com vistas à proteção suficiente dessa especial categoria de direitos.

Reconheceu-se, assim, a íntima ligação entre a defesa dos direitos humanos e a democracia como forma de governo, reconduzindo os Estados à centralidade da pessoa como valor fonte do Direito (PIOVESAN, 2013, p. 571), remodelando o ordenamento jurídico interno de cada país para o fim de estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Sem adentrar nas teorias que tratam da relação entre o direito internacional e o direito interno, cabe destacar, e também em conformidade com a finalidade desta pesquisa, o chamado monismo internacionalista dialógico, segundo o qual é possível a coexistência e diálogo entre os tratados de direitos humanos e o direito interno de cada Estado, sempre com a aplicação da norma mais favorável ao ser humano (princípio *pro homine*), o que afasta a consideração de hierarquia ou separação entre as diferentes ordens jurídicas.

Isso somente é possível em razão da existência dos vasos comunicantes ou cláusulas de diálogo ou, ainda, cláusulas de retroalimentação

(MAZZUOLI, 2014, p. 89) presentes nas diversas normas jurídicas, tanto nas de ordem internacional quanto nas de caráter doméstico.

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos a cláusula de diálogo encontra-se no art. 29, alínea *b* da Convenção Americana, segundo a qual nenhuma interpretação pode limitar o gozo e exercício de direito ou liberdade reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-parte.

A busca por unidade, coerência e completude entre as normas internas e os tratados internacionais garante a sistematicidade dos Direitos Humanos, aumentando o grau de certeza/confiabilidade nas instituições envolvidas e que integram a rede de proteção dos Direitos Humanos, pressuposto básico da idéia de Justiça.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, os princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça social, da valorização do trabalho e da submissão da propriedade à sua função socioambiental foram ressaltados e com isto balizada a evolução da legislação trabalhista brasileira. Foi a partir deste instrumento normativo que o trabalho ganhou valorização e passou a ser considerado um dos princípios centrais da democracia brasileira, consistindo, assim, em uma das formas mais expressivas de afirmação do ser humano (DELGADO, 2007, p.15).

Desta maneira, segundo o entendimento do estudioso Norberto Bobbio, a democracia é um princípio igualitário na medida em que pretende fazer com que prevaleça a força do número sobre a força da individualidade singular, assim, auferindo poder de decisão aos indivíduos (BOBBIO, 2000, p. 58).

Portanto, a proteção do trabalho, ora regulado na Constituição Federal no artigo 170, inciso VIII, indica a intenção de se proteger a mão de obra que, sujeita a proteções e garantias determinadas por lei, englobaria a tutela dos trabalhadores.

O tema aqui enfrentado versa sobre um assunto que viola direitos humanos, eis que se depara com o trabalho escravo na contemporaneidade. Esta nomenclatura encontra precedentes na Comissão e na Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de julgados internos no ordenamento pátrio, guardando, portanto, suas definições.

O reconhecimento do governo brasileiro de práticas análogas à escravidão em território nacional se deu em meados de 1995 com denúncia

ofertada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, contendo ali omissão estatal no sul do Pará (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003) e que ficou conhecido como caso "Zé Pereira". Na denúncia foram verificadas condições laborais desumanas numa fazenda localizada no sul do Pará, chamada "Espírito Santo", além disto, não havia remuneração e o sr. "José Pereira" também era impedido por pistoleiros de sair do local que trabalhava.

No referido documento foi alegada a falta de interesse e eficácia do Estado em investigar os processos relacionados às formas contemporâneas de escravidão. Com isto, houve violação dos artigos 1º (obrigação de respeitar os direitos), 6º (proibição de escravidão e servidão), 8º (garantias judiciais) e 25º (proteção judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos, o que culminou na responsabilidade internacional estatal, tendo sido reconhecida pelo Brasil num Acordo de Solução Amistosa. Por sua vez, o dono da fazenda não fora encontrado, pelo o que não recaiu efetivamente sobre ele qualquer penalidade (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2003).

A reparação dos danos materiais e morais sofridos por "José Pereira" veio através de uma lei específica – Lei nº 10.706/2003 – por meio da qual a União arcou com R$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) a título de indenização. Em decorrência do acordo entabulado entre as partes, foi também criada a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo – CONATRAE (BRASIL, 2003) que tem como objetivo acompanhar a tramitação de leis relacionadas à erradicação do trabalho escravo no Congresso Nacional; acompanhar e avaliar os projetos de cooperação técnica firmados entre o Governo brasileiro e os organismos internacionais, bem como propor elaboração de estudos e pesquisas relacionadas à erradicação do trabalho escravo, (BRASIL, 2003).

Muito embora o acordo supracitado tenha sido considerado um avanço da política do país quanto à prática contemporânea de escravidão daquele período, a resolução amistosa do caso "Zé Pereira" não foi determinante para que tal conduta deixasse de existir. Na realidade, a responsabilidade atribuída ao Estado foi limitada ao ajustado neste caso.

Tanto é verdade que no ano de 2015 chegou até à Corte Interamericana

de Direitos Humanos nova matéria tratando sobre o mesmo tema, este outro conhecido como Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil (RAMOS, 2018, p. 445). O caso está relacionado ao trabalho escravo e ao tráfico de pessoas para fins de exploração forçada, na medida em que a partir de diversas denúncias, houve o resgate de 340 trabalhadores num período de 14 anos (NODA e OLIVEIRA, 2016, p.387).

Não menos diferente da primeira situação, este caso reflete de igual maneira a vulnerabilidade social que decorre da pobreza, tendo ocasionado a desproteção das garantias fundamentais das vítimas impossibilitadas de acessar os recursos para tutelar seus direitos. Restou comprovado o contexto de captação ou aliciamento de trabalhadores rurais por meio de fraude e falsas promessas, além de devidamente configurada a situação de discriminação estrutural histórica em razão da vulnerabilidade supramencionada (RAMOS, 2018, p. 445).

Neste cenário se verificou o trabalho forçado e servidão por dívidas na Fazenda Brasil Verde que seguiu até a Corte Interamericana de Direitos Humanos, posto que o Estado não adotou medidas de prevenção e resposta, tampouco forneceu às vítimas um mecanismo judicial que vislumbrasse a proteção de seus direitos e possível reparação, bem como a punição dos responsáveis.

O caso tornou-se emblemático por ser o pioneiro na jurisprudência da Corte sobre a escravidão contemporânea. Ali se identificaram elementos fundamentais na definição da escravidão neste molde, sendo eles: estado ou condição de um indivíduo e o exercício de algum dos atributos do direito de propriedade, pelo qual o escravizador exerça poder ou controle sobre o escravizado, anulando assim a personalidade e independência da vítima (RAMOS, 2018, p. 446).

Acerca do tema, em 11/12/2018 houve o julgamento de habeas corpus (processo nº Processo nº: 1023279-03.2018.4.01.0000), que vislumbrou o trancamento da investigação de trabalho escravo na Fazenda Brasil Verde/PA. Nesta oportunidade, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, especificamente a 4ª Turma, denegou pedido em *Habeas Corpus* em favor de um proprietário da fazenda e de seu funcionário cujo intuito era trancar Procedimento Investigatório Criminal (PIC) instaurado pelo Ministério Público

Federal (MPF) atendendo à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) de abertura de investigação para averiguar fatos ocorridos no ano de 2000 na Fazenda Brasil Verde, em Marabá/PA (TRF1, 2018).

A matéria abordada no referido remédio processual tratou sobre a manutenção de empregados reduzidos à condição análoga à de escravo, por entender ausentes a possibilidade de acolhimento das teses de incompetência da CIDH para o julgamento do feito; de violação ao contraditório, à ampla defesa e à presunção de inocência, bem como de ocorrência da prescrição dos delitos investigados pela CIDH.

Assim, de arremate, o Desembargador Relator, dr. Saulo José Casali Bahia, registrou também que o fato do procedimento investigatório aberto e iniciado na 2ª Vara da Justiça Federal de Marabá/PA, não terem sido localizados em nada afeta a possibilidade de instauração do PIC que se pretendeu ver trancado, na medida em que não há notícia de denúncia (contra os pacientes) oferecida e recebida por juiz competente, sendo que uma investigação sempre pode ser reiniciada em novos autos.

Portanto, o magistrado reforçou o previsto no artigo 1º do Decreto nº 4.463/2002 (que promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José –, de 22 de novembro de 1969) que prevê expressamente a admissão da jurisdição da Corte para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

Desta maneira, houve a apreciação da inaplicabilidade da prescrição ao caso concreto, evidenciando-se a competência da CIDH sobre tal questão prevista na Convenção Interamericana, portanto, não representando isto qualquer bis in idem indevido, e sim a concretização da previsão constitucional de jurisdição de tribunal internacional de direitos humanos sobre o Estado brasileiro.

Sobre estes mesmos elementos a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos aduz que para se entender uma situação como escravidão nos dias atuais, deve-se considerar os atributos do direito de propriedade, destacando-se a restrição ou o controle da autonomia individual e a perda ou restrição da liberdade de movimento de uma pessoa (CIDH, 2016).

Diante todo o trâmite perante a Corte, o Estado foi condenado pela sua omissão na prevenção e repressão da situação de escravidão contemporânea. Tal condenação pode ser uma oportunidade para o Brasil progredir quanto a maior proteção ao trabalhador, buscando aperfeiçoar sua legislação e políticas públicas, intensificando o combate ao trabalho escravo contemporâneo e punindo os responsáveis.

Tão importante quanto a estes casos enfrentados pela Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos, existe um processo judicial (nº 611/2002) que envolve um ex-deputado federal, sr. Inocêncio Gomes de Oliveira, que mantinha cerca de 53 funcionários em condições subumanas na Fazenda Caraíba, situada no município de Gonçalves Dias no Estado do Maranhão. Pelo o que verificou no caso, nas palavras do juiz do Trabalho de 1º grau, dr. Manoel Veloso, que conduziu o caso na Vara do Trabalho de Barra do Corda/MA – TRT 16ª Região, o que se tinha ali era "um espetáculo perverso e condenável, revoltante até, pela consequência maior de degradação da própria dignidade humana".

Ainda no tocante a jurisprudência brasileira, o Supremo Tribunal Federal desenvolveu um entendimento sobre a proibição da redução à condição análoga à de escravo (artigo 149 do Código Penal) que se assemelha da classificação de escravidão contemporânea. Para o Supremo Tribunal Federal não se exige a comprovação de coação física da liberdade de ir e vir ou o cerceamento da liberdade de locomoção para que se configure a hipótese do artigo 149 do Código Penal, basta tão somente que trate alguém como coisa, ou melhor, basta que haja a coisificação do trabalhador com a reiterada ofensa a direitos fundamentais, vulnerando a dignidade como ser humano (STF, 2012; STF, 2014, p.1).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, mesmo diante deste arcabouço, ainda existem obstáculos que impedem o progresso da luta contra as formas contemporâneas de escravidão no Brasil, qual seja, a presença (sutil ou não) de uma bancada ruralista no Congresso Nacional que pode mitigar leis ou projetos que

vão contra seus interesses. Portanto, afirma-se que o direito ao trabalho e a negociação tanto individual como coletiva dos conflitos laborais é um direito que deve ser dever, não apenas do Estado, mas de outros atores sociais envolvidos no processo, sejam eles trabalhadores ou empregadores.

Em relação à exigibilidade desses direitos, se percebeu que as violações provêm do descumprimento de obrigações negativas por parte dos Estados, discriminando ou negando seu exercício e gerando os conflitos. Entrementes, é possível também que o Estado deixe de cumprir suas obrigações positivas e assim o faz, quando se omite em realizar ações capazes de satisfazer tais direitos.

Ainda que exista um dispositivo sentencial de um juiz ou outra autoridade competente, este pode se apresentar limitado e não garante ao cidadão o exercício desses direitos, seja porque o Estado está em mora, seja porque não há interesse político em solucionar os casos. Contudo, ao provocar o Poder Judiciário nesse sentido pode-se ter um influente instrumento na formação de políticas públicas capazes de efetivar os direitos reclamados, elaborando-se, portanto, um programa de governo capaz de assumir interna e externamente, as obrigações positivadas no rol dos direitos humanos referente a proteção do trabalhador, sem olvidar das responsabilidades atinentes ao Estado e aos particulares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Pleno Internacional, de 17 de julho de 1998. Disponível em**: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acessado em 04 de set.de 2018.

_____. **Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957**. Promulga as Convenções Internacionais do Trabalho de nº 11, 12, 13, 14, 19, 26, 29, 81, 88, 89, 95, 99, 100 e 101, firmadas pelo Brasil e outros países em sessões da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D41721.htm. Acessado em 04 de set.de 2018.

_____. **Decreto nº 58.822, de 14 de julho de 1966**. Promulga a Convenção nº 105 concernente à abolição do Trabalho forçado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58822.htm. Acessado em 04 de set.de 2018.

_____. **Decreto de 31 de julho de 2003**. Cria a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo - CONATRAE. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dnn/2003/Dnn9943.htm. Acessado em 1 de set.de 2018.

_____. **Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm. Acessado em 04 de set.de 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório 95/03, Solução Amistosa de José Pereira e Brasil**. 24 de outubro de 2003. Disponível em: https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm. Acessado em 1 de set.de 2018.

CIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso trabalhadores da fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil. Sentença de 20 de outubro de 2016 (Exceções, Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)**. 20 de outubro de 2016. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acessado em 5 de set.de 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direitos fundamentais na relação de trabalho**. Revista de Direitos e garantias fundamentais. n.2.2007.

ENGSTROM, Par. **Reconceptualising the Impact of the Inter-American Human Rights System**. *In:* **Revista Direito & Práxis**. Vol. 8, n. 2. Rio de Janeiro: UERJ, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional público**: parte geral. 8 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: RT, 2014.

NODA, Juliana Markendorf; OLIVEIRA, Thamisa Gonzalez de. **Trabalho escravo contemporâneo: o caso trabalhadores da Fazenda Verde Brasil vs. Brasil**. Conjuntura Global, vol. 5, n.2. Curitiba: 2016. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/conjgloblal/article/download/49353/29548. Acessado em 5 de set.de 2018.

OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Combatendo o Trabalho Escravo Contemporâneo: o exemplo do Brasil**. Brasília: OIT, 2010. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo brasilia/documents/publication/wcms_227300.pdf. Acessado em 2 de set.de 2018.

PETERKE, Sven (coord). **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios**. *In:* **Revista Direito & Práxis**. Vol. 8, n. 2. Rio de Janeiro: UERJ, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Processo internacional de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Curso de Direitos Humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

STF. **Inquérito nº 3.412 Alagoas**. Relator(a): min. MARCO AURÉLIO, relator(a) p/ acórdão: min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29/3/2012. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869960/inquerito-inq-3412-al-stf. Acessado em: 1 de set.de 2018.

_____. **Inquérito nº 3.564 Minas Gerais**. Relator(a): min. RICARDO LEWANDOWSKI, 2ª Turma, julgado em 19/8/2014. Disponível em:

https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25295063/inquerito-inq-3564-mg-stf/inteiro-teor-146492142?ref=juris-tabs . Acessado em 1 de set.de 2018.

TRF1. **Habeas Corpus nº 1023279-03.2018.4.01.0000**. Relator(a): Juiz Federal Saulo José Casali Bahia, julgado em 11/12/2018. Disponível em: http://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/comunicacao-social/imprensa/noticias/decisao-tribunal-nega-hc-para-trancar-investigacao-de-trabalho-escravo-na-fazenda-brasil-verde-pa-determinada-pela-cidh.htm. Acessado em: 20 de fev.de 2019.

DIREITO PENAL

REFLEXÕES SOBRE AS SANÇÕES PENAIS APLICADAS AOS CASOS DE PEDOFILIA: A TEORIA DO ROSTO COMO UM GARANTISMO PENAL

ADRIANE PATRÍCIA DOS SANTOS FARIA
LUCAS DE SOUZA GIMENES

1. INTRODUÇÃO

Reconhecer a subjetividade nos entes humanos é de larga importância para as relações interpessoais. É enxergando-o como outra pessoa igual a mim que se torna possível compreendê-lo e torna-lo um sujeito de direitos.

Emmanuel Levinas, filósofo francês, se tornou um dos principais idealizadores deste conceito. Tendo conduzido seus estudos no campo da Ética, ele formulou suas teorias com base na ideia de um Rosto metafísico, uma espécie de mandamento que se estenderia de uma pessoa a outra, invocando-a para uma relação de respeito e a responsabilidade, é, pois, uma relação com base no ideal de alteridade.

Quando se trata do direito penal, ao pensarmos os bens jurídicos tutelados como o direito à vida e a liberdade sexual, podemos interpreta-los como algo além dos direitos fundamentais, englobando-os na ideia Rosto. Afinal, O delito é uma usurpação do Rosto de alguém.

Contudo, é necessário que a ideia de alteridade também oriente o julgador no processo de aplicação da sanção penal, vislumbrando o Rosto que também se faz presente no acusado, contudo, isso não significa transforma-lo em um direito penal que valora, acima de tudo, quem é o agente que comete um crime, mas apenas valer-se mais ainda das ideias que norteiam o garantismo penal.

É o que ocorre quando se trata do crime de Estupro de vulnerável

cometido pelo pedófilo; tratando-se este um portador de um transtorno sexual, a prática de uma conduta sexual com o menor de 14 anos pode não significar um ato pura e totalmente livre de sua vontade, mas poderá ser reflexo do quadro clínico de seu transtorno.

O presente artigo visa compreender melhor do que se trata do transtorno de pedofilia, e assim, delimitar uma sanção penal efetiva que venha a cumprir com as finalidades do direito penal. Para isso, valera-se da Teoria do Rosto, buscando formular, por meio do conceito de alteridade, um direito penal de índole garantista, que atue em respeito aos direitos fundamentais, frente ao acusado pedófilo.

A pesquisa utilizou-se de uma revisão bibliográfica e documental, tendo como base obras de Emanuel Levinas e Roger Scruton, livros de autores da área do direito penal, artigos e outros textos científicos dos campos da filosofia, direito e psicologia além da legislação e da jurisprudências dos tribunais brasileiros.

2. INTERSUBJETIVIDADE E RESPONSABILIDADE: DEFININDO O CONCEITO DE ROSTO.

Os entes humanos são, por natureza, seres sociáveis, que buscam pertencer a alguma comunidade. No entanto, para isso é necessário que estas sejam reconhecidas como pessoas, indivíduos capazes de criarem laços e assim firmarem responsabilidades perante os demais, obrigando-se pelos seus atos passados e assumindo as consequências de seus atos no futuro.

Na busca do que realmente seria o reconhecimento de um indivíduo pelos demais, filósofos como Husserl e Heidegger debruçaram-se em estudos sobre a verdadeira significação da relação que surgem entre os indivíduos, aqueles que, nos termos filosóficos seriam chamados de Eu e de Outro, concluindo que a relação interpessoal seria uma relação ontológica, isto é, de conhecimento. Contudo, Emmanuel Lévinas, de forma contrária, concluiu que o relacionamento entre os sujeitos se realiza por intermédio da alteridade, baseada em laços de fraternidade.

2.1 DA ONTOLOGIA À ALTERIDADE: A CRIAÇÃO DO ROSTO COMO REPRESENTATIVO DO SUJEITO

A ontologia definida por Heidegger também poderá ser entendida como uma forma de totalização; nela, anula-se a existência do outro em detrimento de que este se torne apenas *Logos*, isto é, seja simplesmente um objeto ao qual posso conhecer, independentemente de ser sujeito. A ontologia é "uma filosofia da potência cujo poder do *logos* tende a reduzir o Outro ao registro do Mesmo, submetendo-o ao seu poder ou permitindo-lhe apropriar-se dele pela negação de sua independência." (CARRARA, 2012, p.42)

A relação ontológica supõe a Totalidade, a "conjunção dos entes no ser tal, que estes perdem a sua individualidade, a sua unicidade e heterogeneidade de uns em relação aos outros. [...] A totalidade é, no fundo, uma relação entre o Mesmo e o Outro que destrói a identidade do Eu e a alteridade do Outro". (KORELC, 2006, p.165). Trata-se da dominação de um ser livre por outro, também livre; dominação está que "não pode constituir-se senão pela injustiça". (LÉVINAS, 2004, p.52)

Aqui toda a singularidade é perdida, e o outro, que tampouco existe, não é reconhecido como um sujeito igual a mim, torna-se o Eu reduzido e inferiorizado, objeto de estudo e de prazer. Por ser uma filosofia centrada na busca e manutenção do poder, a ontologia "mantem-se na obediência do anônimo e leva fatalmente a um outro poder, à dominação imperialista, à tirania". (LÉVINAS, 1988, p. 34)

Em sentido oposto, a relação de alteridade proposta por Lévinas é a relação entre sujeitos na qual impera a conservação; é a "relação em que os envolvidos não formam uma totalidade, mas conservam uma distância, a distância do discurso, da bondade e do desejo. Uma relação que não pode ser sintetizada pelo entendimento" (CARRARA, 2012, p.43-44)

A Alteridade, desta forma, é a ideia de que o indivíduo com quem me relaciono é algo exterior a mim, é uma transcendência, não embarca nos horizontes da visão como um objeto a ser estudado. Afinal, o Outro não é o *logos*, mas é algo além da compreensão dos meus horizontes.

No final, o outro é como um intruso, mas que não ataca, ele não tem

interesse em se opor a mim nem em mostrar-se superior, ao invés disso, ele convida-nos para ser conhecido como a pessoa que ele é.

A relação que surge no falar a outrem é uma relação onde "o ser cognoscente deixa o ser conhecido manifestar-se, respeitando a sua alteridade e sem o marcar, seja no que for, pela relação de conhecimento". (LÉVINAS, 1988, p. 29).

Na relação de Alteridade, o outro é conhecido pela ideia de infinito, já que "o infinito não me detém como uma força que põe a minha em cheque", (LÉVINAS, 1997, p.214) mas me convoca para o respeito mútuo e a responsabilidade, clama-me para ir de encontro a justiça. Pelo infinito curvo-me diante de sua Excelência, reconheço quem é o Outro e assim vejo seu Rosto: "Lévinas, de fato, define Outro como Rosto". (KORELC, 2006, p.193)

2.2 O ROSTO COMO A EXPRESSÃO DO SER NO MUNDO

De início, é preciso observar que o rosto é demarcada por duas perspectivas: a primeira é a anatômica, marcado pela feição física, já a segunda, é a característica metafisica, a qual interessa no estudo sobre o Ser.

O Rosto na filosofia da alteridade é aquele que se encontra além do ser corpóreo na minha frente, é onde resplandece a subjetividade do ser, onde me encontro com aquele que me relaciono.

O Rosto permite que o eu surja no mundo, não pelo simples fato de saber que ele existe ou de que ele é único, mas sim pelo fato de que é a subjetividade que o indivíduo carrega no Rosto que o faz com que crie sua identidade como uma pessoa singular, a qual age no presente tendo consciência da responsabilidade que suas ações geram para seu Rosto-identidade, em especial no futuro.

> Manifestar-se como Rosto é impor-se para além da forma, manifestada e puramente fenomenal, é apresentar-se de uma maneira irredutível à manifestação, como a própria retidão do frente a frente, sem mediação de nenhuma imagem na sua nudez, ou seja, na sua miséria e na sua fome (LÉVINAS, 1988, p.178-179).

Perceber a existência do rosto no outro durante os diálogos interpessoais significa reconhece-lo como sujeito, e assim, como quem possui responsabilidades, sentimentos e expressões. O Rosto "recusa-se à posse, aos meus poderes". (LÉVINAS, 1988, p.176), e garanti a liberdade durante a sua existência, no entanto quando negada, o indivíduo tem destruída toda a sua subjetividade, e mais do que subjuga-lo, transformo-o em animal ou um objeto.

3. DA OBJETIFICAÇÃO AO INSTRUMENTO DE PRAZER: A ANIQUILAÇÃO DO ROSTO COMO PRESSUPOSTO DE UM CRIME.

O Rosto é a característica de identidade do Ser, o que o demarca como um indivíduo independente e livre, mais que isso, ele o torna em um ente que é "intocável, inviolável, consagrado" (SCRUTON, 2015, p.149)

No entanto, nada impede que nos casos de extrema perversão, o Rosto possa ser excluído e o indivíduo seja inferiorizado, escravizado, recusando a ele qualquer reconhecimento.

A negação do Rosto geralmente ocorre na prática dos Crimes, em especial no cometimento do crime de Estupro. Entretanto, antes de adentrar mais profundamente nessa questão, convém compreender o significado de desejo sexual e como a sua destituição implica no totalitarismo e na destruição do Outro.

O desejo sexual, dentro desta perspectiva de alteridade, não se trata da busca do sujeito enquanto corpo, mas sim do sujeito corporificado (SCRUTON). Isto é, não há aqui uma busca pelo prazer, mas sim do ser do outro, há o desejo de se encontrar com o ente que se relaciona:

> O desejo não é uma necessidade. [...]. Muito pelo contrário, desejar é sobretudo sair de si para além do horizonte de compreensão do eu. É estabelecer uma relação não "alérgica" com a alteridade. [...] O desejo não parte de mim vem do outro. O desejo é o desejo do absolutamente outro que me chama à generosidade e à bondade. (NODARI, 2002, p.198)

O problema se instaura quando as formas sexuais perdem o seu caráter de desejo, e assumem, assim, o formato de necessidades, aqui não há a individualização dos indivíduos, e qualquer coisa serviria visto se buscar apenas a satisfação da lascívia; não é visto aqui não existir qualquer interesse de se criar uma relação entre as pessoas, logo, não há respeito nem reconhecimento.

É exatamente aqui onde reside a gravidade do crime de estupro: a invasão indesejável do estuprador sobre a liberdade do sujeito, anulando-a, força o ser a subsistir na forma de objeto, utilizável e descartável, "É um ataque existencial e uma aniquilação do sujeito". (SCRUTON, 2015, p. 133)

3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTUPRO DE VULNERAVEL

Conforme o código penal vigente, os crimes de estupro estão tipificados nos título VI como crimes contra a dignidade sexual, onde buscou-se garantir a preservação da dignidade humana e da liberdade das pessoas frente a seus atos sexuais.

Contudo, a proteção a dignidade sexual não se estende somente as pessoas capazes tipificas os crimes sexuais contra vulnerável, estes, são protegidos em uma modalidade especial do crime de estupro, presente no artigo 217-A

Vulnerável é o menor, a parte mais fraca de uma relação entre indivíduos, moral, física e psiquicamente que não pode entender por completo a abrangência de seus atos. Desta forma, a tutela jurídica do menor foi elencada como norma constitucional no artigo 227, §4, com a redação de que "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente" (BRASIL, 1988).

Em consonância a isso, acreditamos haver um bem jurídico tríplice protegido aqui: a dignidade sexual, a liberdade sexual e o desenvolvimento psicológico e social. Afinal, levando em consideração a forma como o constituinte buscou proteger as crianças e os adolescentes na constituição, e também atentando para o princípio constitucional da proporcionalidade, parece mais claro a razão de se pensar a pluralidade de bens jurídicos

tutelados durante todo o capítulo II dos crimes contra a dignidade sexual, pois, tendo buscado o ordenamento uma proteção mais ampla e uma repressão mais severa ao ofensor da criança e do adolescente, seria imprudente pensar num ou noutro bem jurídico, de forma que se acarretaria uma proteção deficiente por parte do Estado, e, se pensarmos em contornos mais filosóficos, uma negação do Rosto dos menores.

4. O AGRESSOR NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: PONDERAÇÕES A RESPEITO DO MOLESTADOR SEXUAL E O PORTADOR DE PEDOFILIA

Ainda que o Rosto frente ao ataques sempre se manifeste sobre a pessoa que é violada, não é errado considera-la a respeito da pessoa do agressor, em especial no que concerne para a aplicabilidade da lei penal.

Afinal, independentemente dos crimes que tenha cometido e do discurso de reprovação popular que recai sobre ele, ainda estamos no curso do processo penal diante de uma pessoa, dotada de direitos e garantias, encontramo-nos diante daquele que possui um Rosto, portanto.

Desta forma, quando se trata a respeito daquele que seria o sujeito ativo em um estupro de vulnerável, é necessário questionar a respeito das condições biológicas e psicológicas em que se encontra o agressor. Compreender isso é de suma importância, visto que significa o porquê de facultar a aplicação de uma de uma determinada medida-sanção penal e não de outra, bem como delinear os seus efeitos.

Primeiro, cabe salientar que a ideia de que a pedofilia seria a forma popular de se referir ao crime do artigo 217-A do código penal é falsa. Embora os meios midiáticos e a própria sociedade utilizem o vocábulo de forma genérica, tais institutos não guardam qualquer relação.

Da mesma forma, o termo pedófilo não se refere a todo e qualquer abusador de vulnerável. O molestador sexual oportunista é aquele que não vê na criança qualquer espécie de incentivo; diferentemente do pedófilo, portador de um transtorno, que tem os impúberes como uma espécie de atrativo.

A terminologia pedofilia surgirá dentro da área da psiquiatria sendo englobada dentro do gênero das parafilias, transtornos de identidade sexual que afetam seus portadores a nível psicológico, de forma que estes buscam a satisfação da libido através de meios incorretos, contrários a moralidade presente nas sociedades. As parafilias são caracterizadas na ciência médica:

> Por anseios, fantasias ou comportamentos sexuais recorrentes e intensos que envolvem objetos, atividades, ou situações incomuns e causam sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento social ou ocupacional ou em outras áreas importantes da vida do indivíduo. A influência da fantasia e suas manifestações comportamentais estendem-se além da esfera sexual, invadindo a globalidade da sua vida pessoa. (TRINDADE, 2012, p. 142)

Aliás, A organização mundial de saúde realiza constantes edições do cadastro internacional de doenças (CID-10), no referido documento, a pedofilia encontrasse no item F65.4 e é considerada como sendo um transtorno de preferência sexual. O CID-10 mormente define a pedofilia como:

> Uma preferência sexual por crianças, usualmente de idade pré-puberal ou no início da puberdade. Alguns pedófilos são atraídos apenas por meninas, outros apenas por meninos e outros ainda estão interessados em ambos os sexos. A pedofilia é raramente identificada em mulheres. Incluídos entre os pedófilos, entretanto, estão homens que mantêm uma preferência por parceiros sexuais adultos, mas que, por serem cronicamente frustrados em conseguir contatos apropriados, habitualmente voltam-se para crianças como substitutos. (OMS, 1993, p. 214-215)

Desta forma, o que se verifica é a grande dificuldade em se delimitar o verdadeiro quadro do que seria a pedofilia, o fato de ser vista de formas diferentes, como pela medicina conceituando-a como uma parafilia, ou pela psicologia tratando-a com viés de uma doença demonstra a complexidade que se encontra ao buscar sua definição, e, consequentemente, a forma

como for vista irá gerar largos efeitos perante o direito pena, inclusive gerar uma situação de irresponsabilidade criminal, tornando-o inimputável.

Entretanto, não é possível, dentro do convívio social, realizar uma caracterização daquele que seria o indivíduo pedófilo. Visto que não existe qualquer conjunto de características já pré-definidas que possam ser utilizadas de forma a distingui-lo de maneira mais fácil de uma pessoa que não seja portadora da patologia. Nesse sentido:

> Os pedófilos podem apresentar comportamentos imprevisíveis e, embora possam revelar uma série de características psicológicas e comportamentais comuns entre si, compõem um conjunto muito amplo e diversificado de indivíduos que agem com diferentes práticas e de variegadas maneiras. (BREIER e TRINDADE, 2013, p. 23)

Mesmo sendo possível classificar as atitudes e a forma de agir de um pedófilo como repulsivas e até mesmo como odiosas, é necessário lembrar que a própria pedofilia não se configura como crime, apenas quando o agente exterioriza os seus atos em uma das condutas tipificadas na legislação penal é que poderemos discutir a respeito de sua responsabilidade criminal. Relata-nos BREIER e TRINDADE:

> Na medida em que as pulsões internas do indivíduo alteram as condições de vida de outras pessoas, ou categorias de pessoas, tais como crianças e adolescentes, torna-se imperativa uma censura, um juízo de reprovabilidade, uma resposta social e jurídica. Essa intervenção, do ponto de vista social e antropológico, pertence ao registro das interdições, pois o desejo privado encontra satisfação no amplo campo social, onde valores e princípios reclamam defesa em proteção do outro individual, a criança, mas também da organização da vida e da sociedade. Então, padrões normativos são conclamados. Nesse aspecto, o que era originariamente interno e psicológico passa a ser também, externo e jurídico. (2013, p. 36)

Entretanto, os discursos dos defensores de uma cultura de punição extremada não se tornam legítimos pelo motivo da conduta ter sido externada. É necessário, pois, separar a conduta dada como repulsiva e que se consubstancia em um fato típico, passível da devida responsabilidade criminal por ser contrário a lei e aos valores dominantes presentes na sociedade, do seu autor, o qual deve ser enxergado como um ser humano portador de um Rosto.

No livro "Entre Nós: ensaios sobre a Alteridade", Emmanuel Lévinas afirma que o Rosto, em seus encontros com as pessoas, comunica um primeiro mandamento: o "Não Matarás!", impedindo a violação e a profanação do ser, afinal, estar de frente a alguém significa não poder mata-lo (LEVINAS).

Esta ideia é a que precisa prevalecer durante um processo criminal, lembrar que o réu ainda se trata de uma pessoa e que assim possui um sistema de garantias penais e processuais penais que exigem a devida observância.

Ainda que por diversas vezes a sociedade civil acompanhada pela mídia venham a exigir a punição exacerbada dos pedófilos, aquele que for o julgador do caso concreto deve-se ater aos princípios constitucionais e penais, buscar efetivar, no caso concreto, as finalidades do sistema criminal e jamais ater-se ao ódio da multidão. É necessário, acima de tudo, respeito ao devido processo legal e a punição real da infração cometida, independentemente quem quer que a tenha praticado.

Em consonância a esse entendimento, Israel Domingos Jório, ao analisar a pedofilia, faz a seguinte afirmação:

> A criminalização é do "agir", do "fazer". Jamais do "ser". A "criminalização do ser", que dá lugar ao Direito Penal do Autor em detrimento do Direito Penal do fato, é a base dos regimes opressivos e tirânicos, dentre os quais nos serve como exemplo privilegiado o próprio nazismo. (2018, p. 191)

5. A RESPONSABILIDADE CRIMINAL QUE RECAI SOBRE O PEDÓFILO: COMO OS TRIBUNAIS TEM PROCEDIDO NESSA SITUAÇÃO?

Como se demonstrou, é errônea qualquer assimilação entre transtorno pedofílico e o estupro de vulnerável, acreditando não haver distinção entre eles, sendo necessário observar que em uma pequena parcela dos casos cometidos, o molestador acaba por ser também portador do transtorno parafílico.

No entanto, pelo simples fato de a pedofilia ser tratada como uma doença ou transtorno, faz-se inferir que acarretaria a irresponsabilidade criminal, tornando o pedófilo inimputável, afinal, sendo definida como a causa de "sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento social ou ocupacional" (TRINDADE, 2013, p.142) induz a pensar que se trataria de um quadro clinico tão prejudicial, que chegaria ao ponto de inibir qualquer conhecimento da lei enquanto a prática de suas condutas.

Contudo, a literatura acadêmica não é uníssona a esse respeito, primeiro pelo fato de se reconhecer que, na maneira ardilosa de agir, o pedófilo sempre busca a melhor oportunidade para seus atos, bem como, quando pego, busca negar a prática de sua conduta, tal como se já depreendesse a o caráter delitivo da situação. Para Israel Jório (2018 p. 192) esta forma de agir é "demonstrativa de uma consciência da ilicitude da ação, bem como de uma capacidade de autocontenção para agir somente nos momentos mais propícios e com menores chances de risco".

Em consonância ao aqui exposto, TRINDADE e BREIER (2013) optam por descrever a pedofilia como sendo uma doença de ordem moral, visto não afetar a capacidade cognitiva do indivíduo portador, e assim poderia ter a plena responsabilidade pelos seus atos.

Ocorre que diante de um processo criminal que verse sobre uma conduta cometida por um indivíduo pedófilo, é necessário se indagar a respeito de sua culpabilidade, e, consequentemente, de sua imputabilidade criminal.

Para FABRINI e MIRABETE a culpabilidade é a "reprovabilidade da conduta típica e antijurídica" (2011, p.182). Entretanto, conforme a doutrina de CALLEGARI e PACELLI, tal instituto:

> Consiste na capacidade de obrar de outro modo, é dizer, na capacidade de adotar uma resolução de vontade diferente, de acordo com as exigências do ordenamento jurídico. A culpabilidade supõe, por isso, em primeiro lugar, um determinado desenvolvimento ou maturidade da personalidade e umas determinadas condições biopsíquicas que permitam ao sujeito conhecer a licitude e ilicitude de suas ações ou omissões e agir conforme a esse conhecimento. (2017, p. 390)

Entretanto, para a configuração da culpabilidade, a imputabilidade, isto é, faz-se necessária a possibilidade de imputar o fato típico e ilícito ao referido agente. É, para FABRINI e MIRABETE (2011) a possibilidade de se compreender a ilicitude de um fato e se firmar de conforme tal entendimento, podendo evitar ou não a prática do ilícito.

Para CALLEGARI e PACHELLI a imputabilidade seria o primeiro pressuposto para a censura e reprovabilidade, sendo imputável aquele capaz "obrar responsavelmente" (2017, p.344) entendo que a conduta não é autorizada e assim esquivando-se de pratica-la.

O problema reside, por ora, na configuração do pedófilo como imputável, semi-imputável ou inimputável. Enquanto na primeira hipótese ele será condenado a pena privativa de liberdade, nas demais é possível haver sua substituição pela medida de segurança, sendo que no caso de semi-imputabilidade esta será admitida apenas se for constatada a periculosidade do agente.

Entretanto, parece mais sensato que se prossiga ao exame pericial do acusado no caso concreto do que simplesmente tentar, de forma genérica e abstrata, classifica-lo em qualquer uma das três hipóteses citadas acima.

Sendo realizada a perícia o magistrado deverá aplicar a sanção penal que se mostre de acordo com a situação concreta a ele apresentada. No entanto, a nosso entendimento, pareceria mais prudente aplicar-se preferencialmente a medida de segurança aos casos concretos pelos motivos que passamos a expor:

Primeiro, a medida de segurança, conforme entendimento já firmado pelo STJ, não perde seu caráter de sanção penal, visto tolher o sentenciado de sua liberdade.

Segundo, embora tenha como finalidade principal ser curativa ao agente que apresente um quadro de periculosidade, a medida de segurança também possui certa natureza preventiva, visto objetivar a ressocialização e que o apenado não volte a cometer quaisquer delitos.

E por último, independente da forma como se prefira considerar a pedofilia, é necessário ater-se ao fato de que se trata de uma condição que repercuti efeitos significativos na vida de seu portador, afinal, diferente daquele que se enquadra na hipótese de molestador oportunista, o pedófilo realiza seus atos em virtude do quadro clinico que a parafilia lhe impõe.

No entanto, divergem os tribunais sobre como interpretam o fenômeno da pedofilia, em algum casos o incidente de sanidade é indeferido, sobre o pretexto de se tratar de uma mera medida protelatória no processo, noutros, ainda quando comprovada a existência do transtorno, os tribunais ainda optam por sentenciar impondo a pena privativa de liberdade.

No seguinte excerto extraído de acórdão proferido em reclamação pelo Tribunal de Justiça da Bahia, a turma recursal anulou a sentença proferida na primeira instancia em virtude de não ter sido considerado o laudo médico que atestava inimputabilidade:

> APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, C/C O ART. 226, II, AMBOS DO CP - RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL EM RAZÃO DA NÃO INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL DO ACUSADO. ABSOLVIÇÃO. INCIDENTE INSTAURADO APÓS A SENTENÇA. LAUDO CONSTATA QUE O ACUSADO APRESENTAVA DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO OU RETARDADO. RÉU INIMPUTÁVEL. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA COM APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.
> [...]
> IV – Instaurado o incidente de insanidade mental, após a sentença condenatória, tendo sido constatado que o acusado apresentava desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e, em virtude disso, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato que cometeu.

> V – Comprovada a inimputabilidade do apelante por laudo de exame de sanidade mental, imperiosa é a anulação da sentença condenatória, prolatando-se decisão de absolvição imprópria com aplicação de medida de segurança, conforme artigo 386, inciso VI do Código Penal. (BAHIA, 2012)

De outra Baila, em julgamento proferido no Estado de São Paulo, o tribunal mesmo constatando a existência da pedofilia, e a definindo como uma "compulsão doentia" que afetava a capacidade de determinação, por não vislumbrar dificuldade na capacidade de entendimento do acusado, acabou por aplicar a pena privativa de liberdade.

> O laudo pericial concluiu que o apelante era capaz de entender o caráter criminoso, mas sua determinação é marcada pela compulsão doentia da atividade sexual com crianças, ou seja, pedofilia. Ocorre que isso não o beneficia, nos termos do art. 26 do Código Penal. Tentou dissimular a sua conduta perante o juízo, mas contou com detalhes no inquérito (fls. 23, do segundo apenso). Em razão disso, a absolvição pretendida, com medida de segurança, não merece acolhimento. (SÃO PAULO, 2009)

Sobre este último julgamento, cabe indagar que a imputabilidade somente manifesta quando houver plena capacidade de entendimento e determinação, na falta de qualquer dos requisitos, como ocorreu no caso em análise, mais prudente seria, assumindo uma posição garantista, ter se considerado o acusado como semi-imputável e assim deferido a medida de segurança.

Ainda que estes sejam apenas dois julgamento de uma infinidade proferidas pelos tribunais pátrios, servem a exemplificar que não é pacífico o entendimento dos tribunais sobre a pedofilia, e estas variadas formas de se decidir não só prejudicam na formação de um precedente judicial para as decisões, como também se mostram afrontosas ao sistema de garantias no âmbito penal e ignoram o Rosto em detrimento de um processo inquisitorial e de uma cultura do punir.

6. CONCLUSÕES

O conceito de Rosto se liga intimamente aos direitos fundamentais, eis porque o Rosto possa ser entendido como uma norma do direito natural, ele é aquela norma de caráter mandamental, que se impõe a todos. O Rosto é o próprio reconhecimento do Outro como pessoa, e assim de seus direitos, é o reconhecimento de sua dignidade e de sua liberdade, seja da vítima quanto de um acusado em processo criminal.

Porém, fazer isso não significa substituir o direito penal do fato por um direito penal do agente, o que não é admitido em todo o ordenamento jurídico. A preocupação ainda é em repelir as condutas antijurídicas, volta-se o olhar ao agente apenas para que ele seja consoante as suas condições, a sua culpabilidade e imputabilidade frente ao ato.

A reconsideração das punições não é um chamado na normalização da pedofilia ou da sua retirada do rol de transtornos mentais, ou até mesmo para que se volte a repensar a antiga presunção de violência quando o agente se tratar de um molestador sexual. Considerar o Rosto durante o processo penal não significa nada disso.

Trazer a filosofia do Rosto para repensarmos as questões sobre a pedofilia, aplicar conceitos como o de alteridade para promover uma mentalidade de cunho mais garantista são algumas das formas de se reestruturar o sistema penal.

A legislação penal brasileira comina a pena privativa de liberdade àqueles que são acusados de praticar os crimes de estupro e estupro de vulnerável, contudo, estando diante de um criminoso pedófilo, seria mais razoável buscar medidas diferentes, que tenham pôr fim a prevenção e a ressocialização, e desta forma, tendo especial atenção ao seu perfil psicológico, vir a substituir a privativa de liberdade por uma outra sanção: a medida de segurança.

Visto não se tratar de um apenado que realiza os atos por sua livre escolha, que o ato sexual ali não é, por muitas vezes, um simples desígnio, mas sim ocorre em virtude de sua doença, é correto pensarmos que se trata de um caso de semi-imputabilidade, e permitir que o pedófilo seja sancionado com a medida de segurança é uma a maneira que se tem de tornar

o direito penal mais humano, fugindo de antigas concepções punitivistas.

Lembrar que durante o processo me encontro com outro igual a mim, que ele é um apelo a minha responsabilidade, é uma maneira de garantir que direitos fundamentais sejam respeitados, e de permitir que as próprias finalidades do direito penal, de retribuição e ressocialização, sejam atingidas.

REFERÊNCIAS

BAHIA. Tribunal de Justiça. Segunda Turma. **Apelação** 0002640042 0108050230 (BA – 002640-04.2010.8.05.0230). Apelante: João Queiroz da Silva. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Nágila Maria Sales Brito. Salvador, BA, 01/11/2012. Disponível em: <https://goo.gl/ddJwZF>. Acesso em: 11 de fev. 2019.

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://goo.gl/wC-7cpH>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BREIER, Ricardo; TRINDADE, Jorge. **Pedofilia**: Aspectos psicológicos e penais. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2013. 149 p.

CALLEGARI, André; PACELLI, Eugênio. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CARRARA, Ozanan Vicente. Ética e Ontologia e, Emmanuel Lévinas. **Revista Estudos Filosóficos**, São João del-Rei, v. [S.I.], n. 8. p. 33-50, Jan./jun. 2012. Disponível em: <https://goo.gl/tP9YqM>. Acesso em: 02 mai. 2018

Classificação de Transtornos Mentais e de Comportamentos da CID -10: **Descrições Clínicas e Diretrizes Diagnósticas** – Coord. Organiz. Mund. da Saúde; trad. Dorgival Caetano. - Porto Alegre: Artmed, 1993. p. 194 -215.

FABRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**: parte geral artigos 1° ao 120 do CP. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010. 464 p. v. 1.

JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais**. 1.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

KORELC, Martina, **O problema do ser na obra de E. Levinas**. 2006. 371 p. Tese (Doutorado em Ética e Filosofia política). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

LÉVINAS, Emmanuel. **Descobrindo a existência com Husserl e Heidegger**. Tradução de Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

_____. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto (Coord.). Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. **Totalidade e Infinito**. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1988.

NODARI, P. C. O rosto como apelo à responsabilidade e à justiça em Levinas. **Síntese**, Belo Horizonte, v. 29, n.94, p. 191-220, 2002. Disponível em: <https://goo.gl/zghJXP>. Acesso em: 31 abr. 2018.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia para Operadores do Direito**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 751 p. p. 142-149.

SCRUTON, Roger. **O rosto de Deus**. Tradução de Pedro Sette-Câmara. 1. ed. São Paulo: É Realizações, 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Nona Câmara Criminal. **Apelação** 481635.3/8-0000-000, Relator: Des. Roberto Midolla. São Paulo, SP, 08/03/2006. Disponível em: <https://goo.gl/BQdevs>. Acesso em: 11 de fev. 2019.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS: DOS ESPETÁCULOS PUNITIVOS Á ALTERNATIVA RESSOCIALIZADORA

ALICE DOS SANTOS OLIVEIRA
FÁBIA CAROLYNE DA SILVA FREIRE

1. INTRODUÇÃO

Em virtude da constante necessidade pela existência de formas de controle social em todas as épocas e culturas da humanidade, a pena, foi criada pelo homem, como solução mediata para corrigir e regular as consequências individuais de seus atos, em face de alguma infração cometida.

Ver-se-á, que por muito tempo, desde as épocas mais recuadas da história, a necessidade pela aplicação de sanções penais, fez-se presente em sociedade. Seja pelos espetáculos punitivos de cunho vil e cruel, consagrados pelo lamento do corpo e aplicação desproporcional de uma aparente justiça cingida apenas pelo clamor da vingança, até a instauração efetiva de um Direito Penal, que delegava, por conseguinte, a legitimação constitucional de princípios que garantiam uma maior humanização da pena e do direito de se punir.

A reformulação da pena sustentou-se neste largo período de vida da humanidade, como uma coluna que mantinha freios e contrapesos ao delito e ao criminoso, a vítima e ao controle social. Sem essa garantia de reparação, a sociedade não resistiria, seria anárquica e conheceria o seu fim. Tais considerações buscam explicitar a constante necessidade social pela existência de sanções penais em todos os períodos da humanidade, junto a sua função social como principal percussora do Direito Penal.

Para tanto, com o intuito de sistematizar os movimentos que lastrearam

o desenvolvimento das teorias condizentes a finalidade e execução da pena, seu estudo será posto a partir das quatro eras da História da Europa[1], que percutiram a criação das penalizações e ascensão do Direito Penal no Estado de Direito, quais sejam, a Idade Antiga (ou Antiguidade), a Idade Média, a Idade Moderna e a Idade Contemporânea, estas duas últimas, são estudadas por muitos historiadores como uma única fase histórica, já que não é possível dar uma explicação consistente do que seria moderno e o que seria contemporâneo.

2. CARACTERÍSTICAS HISTÓRICAS DA PENA NA ANTIGUIDADE

O direito desses povos permite descobrir sistemas jurídicos e sociais de níveis diferentes na evolução geral do direito. Suas normas eram regidas através do costume, que possuía forte influencia da crença religiosa. Cada comunidade tinha normas de comportamento diferentes, mas que ao serem observadas de fora, são de difícil percepção, é preciso ser participante da comunidade para pode compreender as distinções.

Após séculos de estudos de etnólogos e sociólogos, afirmou-se que os costumes dos povos sem escrita possuíam um caráter jurídico por existir meios de constrangimento para obedecer e respeitar as normas impostas pelo costume. Essas normas tinham objetivos claros de manter o interesse do coletivo, dando origem a uma severidade em relação a todo o comportamento.

Os grupos sociais eram adeptos às maneiras de viver e tradições com medo da reprovação e censura do grupo, e, sobretudo por medo da sanção das forças sobrenaturais. As penas mais comuns nesse período eram:

> [...] a morte, as penas corporais, as sanções sobrenaturais; ou ainda uma das sanções mais graves nas sociedades arcaicas, o banimento, ou seja a expulsão fora do grupo, que para o expulsado leva à perda da protecção do grupo. (GILISSEN, 1995, P. 37)

1. Cenário no qual a teoria da pena se desenvolveu.

Esse medo iminente de ser punido ao desobedecer a uma regra do grupo, fazia com que todos obedecessem e seguissem aquele padrão determinado ser correto pelo costume. Geralmente quem julgava e determinava a pena eram os anciões e os chefes dos grupos.

2.1 PERÍODO DA VINGANÇA

Desde os primórdios da antiguidade[2], a história, é testemunha do notável esforço do homem para conviver em sociedade. A primeira ideia de punição, lançada pelos primeiros grupos sociais na origem do nascimento da humanidade, surgiu oriunda a constante necessidade pela aplicação de meios que limitassem a atuação privada dos indivíduos no contexto social. Surge assim um período com uma grande coação social que "reflete nada mais do que a reação da sociedade proclamada pela perda da paz." (CALDEIRA, 2009, p. 260). Cabia ao infrator a responsabilidade pelo dano causasse por viver em sociedade. Tão logo, a cada regra de conduta violada, fazia-se necessária a aplicação de alguma sanção como medida de segurança.

Com efeito, talvez a característica mais marcante da idade antiga, não seja os períodos de fundamentação da pena, mais a sua forma de execução. Na China, por exemplo, as penas variavam da pena de morte para homicídio e da castração para o estupro. Penas como o espancamento não eram estranhas. Na Índia, as penas de multa eram destinadas as pessoas hierarquicamente superiores, que ficaram eximidas das penas corporais. No Egito, a revelação de segredos era punida com a amputação da língua. (CALDEIRA, 2009).

A ideia de privação de liberdade como forma de castigo era algo pouco refletido, o sentido de imediatismo na transfiguração do poder simbólico do Estado/tribo/clã estava associado com a dor física e ou a morte. A pena neste período significava apenas vingança, retribuição ura e feroz a alguma injuria cometida, esta, aplicada a maioria das vezes de forma desproporcional a dimensão do delito, dado que a justiça era legitimada

2. Período da história consagrado pelo advento e desenvolvimento da escrita (evento que marca o começo dos tempos históricos registrados), ocorrendo à transição da "história propriamente dita".

pelo sangue e mantida pela prevalência dos mais fortes. O 'corpo' era tido como o principal elemento constituinte da pena.

Como nos explica Michel Foucault, as primeiras sanções sociais eram tidas como "um fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a crueldade." (FOUCAULT, 2002, p. 12). Dessa forma, o período da vingança pode ser dividido em três respectivas fases, estas são: vingança pública, divina e privada.

2.1.1 FASE DA VINGANÇA PRIVADA

Esta fase correspondia ao momento em que o controle social era baseado na regra do mais forte, a partir da autotutela ou da submissão. Nela, a retaliação por algum mal cometido era de cunho pessoal, traçada brutalmente pelo próprio ofendido, ou pelo grupo a qual este pertencia, como meio a estabelecer poder e restaurar a honra, outrora, infligida. O duelo era tido, como um dos mais aclamados meios de execução penal.

Em períodos remotos surgiram códigos de conduta como os provenientes dos povos mesopotâmicos, entre os quais o Código de Hamurabi (século XVIII a.C.) , onde estava inserida a famosa "Lei de Talião", que mantinha a máxima da "justiça espelhada" do "olho por olho, dente por dente" ganhou destaque por ter sido a primeira compilação de normas não positivadas a sugerir os primeiros princípios de proporcionalidade [3]na aplicação da pena, agindo como instrumento moderador na aplicação do castigo.

O Código de Hamurabi era bem rígido e direto nas medidas punitivas, utilizadas na época, "195. Se um filho agrediu o seu pai, ser-lhe-á cortada a mão por altura do pulso. 196. Se alguém vazou um olho de um homem livre, ser-lhe-á vazado o olho." (GILISSEN, 1995, p. 65-66), seguindo aquilo que acontecia antes da criação desses tipos de norma acarretaria a dizimação de vários grupos, a lei de Talião vai surgir com o intuito de refrear as mortes e limitar a reação a ao mal idêntico ao praticado.

3. "tem por finalidade precípua equilibrar os direitos individuais com os anseios da sociedade." (RAMOS, Diego da Silva.)

2.1.2 FASE DA VINGANÇA DIVINA

Por muito tempo, a religião manteve um domínio absoluto sobre as coisas humanas por ver-se enraizada na consciência popular. Aqui, a religião exercerá forte influência nas decisões sociais, penais e culturais da época. Observa-se que o Direito dos povos, nesta fase, era exercido mediante, a crença inviolável em uma justiça delegada pela vontade dos deuses, era a religião que determinava as explicações necessárias para os eventuais problemas que afetassem aos interesses da comunidade. Segundo o pensamento da época a ausência de conhecimento científico era suprida pela fé em um jogo de sorte ou azar, sobre as tragédias, via-se os castigos divinos; com a fartura, via-se o prêmio.

A classe sacerdotal mantinha grande poder frente a aplicação das penas, por consagrarem-se como "mediadores da vontade divina". Por possuírem o monopólio dos conhecimentos jurídicos, cabia aos sacerdotes julgar o agressor por ter despertado a ira dos deuses ao desacatar suas leis sobrenaturais. Ademais, para que reconquistasse o perdão e acalmasse aos deuses, o réu fazia a prova das órdalias que ocorriam da seguinte forma: "se a pessoa andasse sobre o fogo e não tivesse queimaduras, seria inocente, caso contrário, seria culpada." (CALDEIRA, 2002, p. 262). É impossível que alguém pise em fogo e não sofra nenhuma queimadura. Os agressores julgados eram condenados e castigados com penas cruéis e desumanas.

O Direito Hindu é um exemplo atual do direito religioso. Suas noções de direito são o dharma (dever), que determina o conjunto de obrigações que existe entre os homens. Tem característica de ser um direito revelado, "as regras que os homens devem seguir foram <<reveladas>> pelas divindades." (GILISSEN, 1995, p. 105). Portanto, ao desobedecer às regras, quebrar a hierarquia social (sistema de castas), ou algo tão importante, estará descumprindo aquilo que os deuses dizem, sendo necessária uma sanção para aquela atitude.

No sistema de casta, cada casta tem sua localidade, seus próprios costumes e seu próprio tribunal, comumente chamando de panchayat, lá os agressores sofrem sanções, podendo ser o desprezo da comunidade até a exclusão da casta, esta última é considerada a sanção mais grave.

2.1.3 FASE DA VINGANÇA PÚBLICA

Com o advento de uma sociedade um pouco mais organizada, principalmente no que dizia respeito a uma maior organização política, surge no seio das comunidades a ideia de lideres ou assembleias. A pena, por conseguinte, perde seu caráter sacral, para passar a ser uma sanção facultada a partir da vontade de alguma autoridade pública como síntese da vontade geral da comunidade. Já não era mais o ofendido, nem mesmo os sacerdotes que aplicavam o castigo como forma de reparação a alguma inflação cometida. Agora, o poder estava mantido nas mãos do soberano, que pregava sua autoridade, como escolha legítima da vontade de Deus.

As penas ainda eram de cunho vil e cruel, reproduzidas e aclamadas pela prática aos suplícios.[4] Todavia, sugestionava uma maior segurança a criatura humana, desde que não eram mais aplicadas de forma velada, variante a vontade de terceiros, mas sim pelo estado. A aplicação da pena a partir daí, evoluiu de tal modo que ultrapassou a figura da vítima e do criminoso. Expandia-se a visão da pena como um espetáculo punitivo e eminentemente ostentoso, executado em público para satisfação própria da população, comumente atraída pelo espetáculo feito para aterrorizá-la. Michel Foucault narra em algumas passagens, julgamentos feitos em praças públicas, como acontece na seguinte passagem:

> Enquanto era feita a leitura da sentença de condenação, estava de pé no cadafalso, sustentado pelos carrascos. Era horrível aquele espetáculo: enquanto em grande mortalha, a cabeça coberta por um crepe, o parricida estava fora do alcance dos olhares da silenciosa multidão. E sob aquelas vestes, misteriosas e lúgubres, a vida só continuava a se manifestar através dos gritos horrorosos, que se extinguiram logo, sob o facão. (GAZETTEDESTRIBUNAUX apud FOUCAULT, 2002, p. 19).

Não obstante, sanções penais referentes à aplicação da pena de morte eram bastante comuns neste período da antiguidade, vistas também por

4. Arte quantitativa do sofrimento que correlaciona o tipo, a qualidade, a intensidade e o tempo dos ferimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso e seu nível social. Em relação à vítima, o suplício deve ser marcante e pelo lado da justiça, deve ser ostentoso.

diferentes modalidades: Havia a morte simplesmente precedida de torturas; a morte para sempre, em que o corpo do condenado ficava suspenso e, putrefazendo-se; a morte pelo fogo, até o corpo ser feito pó. Não bastava somente privar o condenado do usufruto ao direito a própria vida, as penas deveriam ser intensas e meticulosamente planejadas, aplicadas aos poucos, de modo a 'absolver' o criminoso pela máxima de seus delitos. A dor remetia a purificação da alma do infrator.

Pode-se citar como exemplo de modalidade de pena capital o enforcamento, a crucificação, a decapitação, o suplicio da roda, a asfixia por imersão, o enterrar vivo. Usavam-se também penas corporais, como os acoites ou a castração, penas infamantes, como a marca de fogo entre outras.

3. CARACTERÍSTICAS HISTÓRICAS DA PENA NA IDADE MÉDIA

Neste período da história o Direito Canônico possuía cada vez mais poder, suas decisões eram executadas em tribunais civis, exercendo grande influencia na legislação penal, por introduzir no mundo as primeiras noções de privação de liberdade como forma de punição. Desta forma: "Começando a ser aplicada aos religiosos que cometiam algum pecado, a privação da liberdade era uma oportunidade dada pela Igreja para que o pecador, no silêncio da reclusão, meditasse sobre sua culpa e se arrependesse dos seus pecados" (CALDEIRA, 2009, p. 264).

Não obstante, a privação de liberdade, não foi adotada somente a clérigos, mas também aos cidadãos em geral. Doravante, com a instauração do cárcere como penitência e meditação, originou-se a palavra "penitenciária", considerada como a grande contribuição deste período da história para a teoria da pena. As práticas punitivas ainda possuíam cunho vil e atroz, contudo, com o advento das prisões criam-se novos princípios de administração ou aplicação em seus cerimoniais, acarretando, assim, mudanças nas penas e na forma de executá-las.

Por conseguinte, no ano de 1215, a Igreja católica já temerosa, começa a punir todo e qualquer ato que divergisse ou atentasse contra os dogmas presentes em sua doutrina. Como forma a conter a ameaça de heresias no

seio da comunidade, o Papa Inocêncio IV, compele nova legitimidade para a pratica da tortura. Ascendia na humanidade, um dos mais célebres movimentos de execução da pena como espetáculo punitivo, denominado de: "Inquisição". Originam-se a partir daí, os tribunais do Santo Ofício.

Tatiana Chiaverini revela aspectos relevantes sobre o processo de tomada das Inquisições:

> A Santa Inquisição foi criada na Idade Média, durante o século XIII, sob os ditames da Igreja Católica Romana. Ela era composta por Tribunais que julgavam todos aqueles considerados uma ameaça ao Direito Canônico, aos dogmas e valores defendidos pela Igreja. Bastava mera denúncia anônima para que a pessoa se tornasse suspeita, fosse perseguida e condenada. As pessoas estavam sujeitas desde a prisão temporária ou perpétua até a pena de morte na fogueira, onde os condenados eram queimados vivos em plena praça pública (2011, p. 31).

Sobre esta vertente, as penas de morte e de castigos corporais bárbaros, outrora, consideradas, contrariam a doutrina cristã, eram permitidas desde que admitidas pela igreja e aplicadas pelo Estado. A igreja denunciava a existência do crime e quando obtinha o arrependimento do litigante[5] o entregava ao Estado, para que fosse executado. Fazia-se uso da conveniência e praticidade de usa-las como instrumento de controle e dominação.

Nesse sentido, Naspolini atesta que:

> Após a confissão, vinha a condenação e, em seguida, a execução da pena. Mas, antes disso, o condenado era obrigado a confessar sua culpa em uma igreja, pedindo perdão a Deus e aos Santos por ter-se entregado ao diabo. Nesse evento denominado ato-de-fé, a multidão comparecia para ouvir o relato de suas maldades e seu arrependimento. Em seguida era conduzido ao cadafalso, normalmente situado em praça pública, onde seria queimado pelo carrasco. Algumas vezes, e dependendo da gravidade do crime, o juiz concedia o estrangulamento antes que fosse acesa a fogueira; em outras, o condenado era queimado vivo.

5. Pessoa que demanda determinada ação.

> Durante a execução, a sentença era lida em público para que todos tomassem ciência dos malefícios por ele praticados (BORGHI *apud* NASPOLINI, 2014).

Vigorava entre os homens a ideia de punição ao invés de vingança, deixou-se de se punir "mais", para se punir "melhor" mediante a extensão de alguma inflação cometida. Ver-se-á que durante a idade média não havia a preocupação com a dignidade da pessoa humana nem com a legalidade. A prisão, célebre conquista da época, só funcionava como ferramenta de punição e intimidação, mantendo-se isenta de qualquer noção de proporção ou humanização.

4. CARACTERÍSTICAS HISTÓRICAS DA PENA NA IDADE CONTEMPORÂNEA

Com o fim da idade média e com começo do século XIX, que surge a fase da humanização da pena ou fase humanística. Período caracterizado por um maior afrouxamento no ato de se punir, pela aplicação de sanções penais mais suaves, com mais respeito e humanidade, com menos sofrimento. "Esse movimento tinha por raiz a palavra 'humano', o que significava que o homem era colocado no centro do universo, na condição de atenção de todas as preocupações políticas, econômica e sociais" (ANITUA, 2008, p. 70).

Foi em convergência a esse movimento, que se começou a ocorrer gradativamente à supressão dos espetáculos punitivos, isso porque se começou a assemelhar a ideia de vilão ao estado, fazendo com que o espetáculo adquirisse um cunho negativo. Nesse ínterim, a humanidade reconheceu através do direito penal, a falência da pena de morte como normativa estatal. A aplicação da pena capital (pena de morte) chegou a um plano tão alto, que em certo ponto estatuiu-se uma segunda hipótese de morte, também conhecida como "morte civil". O criminoso perdia todos os seus direitos civis como cidadão, mas mantinha-se com sua vida preservada. Sustentava-se no Direito penal a retórica de que isto era em função do próprio condenado, desde que até então a prisão era apresentada somente

como o local onde o réu esperava a execução da verdadeira pena aplicada (morte, açoite, mutilações etc.).

Nesta fase, consagra-se a primeira noção de proporcionalidade na aplicação penal, teoria que foi criada por Cesare Beccaria, em seu livro "Dos delitos e das penas" considerado "o verdadeiro ponto de partida do direito penal moderno e da própria criminologia". O monarca defendia a existência de um acordo social celebrado entre os cidadãos. Assim, com fundamento nesse acordo justifica a existência da pena como um mal necessário a qualquer ser livre que violasse o pacto. Segundo seus princípios, as penas deveriam ser realizadas de maneira moderada e de modo a serem proporcionais ao delito cometido. Segundo Beccaria:

> Se fosse possível aplicar um calculo matemático à obscura e infinita combinação de ações humanas, haveria uma escala correspondente de penas, da maior para a menor; mas, não sendo possível, basta ao legislador sábio indicar os pontos principais, sem perturbar a ordem, não decretando a delitos de primeiro grau penas de ultimo. (BECCARIA, 2012, p. 23-24).

Ademais, atribuía ideia de prevenção à pena. Defendia que a prisão apesar de servir como sanção, deveria também ser humanitária, devendo agir como instrumento de ressocialização do criminoso. Para o autor já referido: "O fim, pois é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo" (Beccaria, 2012, p. 62). A aplicação da pena passa a ser um procedimento burocrático, que buscava corrigir e reeducar. Agora, tinha como objetivo a reforma do delinquente.

Nesse sentido, Luiz Regis Prado em seu escrito "Curso de Direito Penal Brasileiro" expõe sobre as concepções inovadoras de Beccaria,o que segue:

> Sem dúvida foi ele, o autor que em primeiro lugar desenvolveu a ideia da estrita legalidade dos crimes e das penas, operando uma verdadeira sistematização, dominada por três postulados fundamentais: legalidade penal, estrita necessidade das incriminações e uma penologia utilitária. Assim resumidamente: a) a afirmação do princípio fundamental

> da legalidade pena dos delitos e das penas: só as leis podem fixar as penas em relação aos delitos e essa autoridade não pode residir senão no legislativo; b) a afirmação de que a finalidade da pena é a prevenção geral e a utilidade: a pena deve ser necessária, aplicada com presteza, determinada, suave e proporcional ao delito; c) a abolição da tortura e da pena de morte; d) a infalibilidade na execução das penas; e) a clareza das leis; f) a separação das funções estatais e; g) a igualdade de todos perante a lei penal (PRADO, 2010, p. 88).

Deste modo, buscava-se manter um equilíbrio na hora de efetuar as punições, vinculando os pesos e contrapesos entre o crime e o criminoso. Ressocializando a efetuação do modo de punir, para afastar as práticas abusivas e realizar o que é necessário para deter um determinado crime, com uma sanção que lhe compete. Atendo-se principalmente ao grau do crime cometido e deixando um pouco de lado a capacidade do criminoso, dando-lhe alternativas que facilitarão o seu castigo. "Dessa forma, o Direito Penal passa a ser uma necessidade do Estado, um instrumento de preservação e de reprodução da ordem política e social" (CHIAVERINI, 2009, p. 70).

Quando se fechou essa ideologia, a ideia de se atribuir a ressocialização do delinquente à pena de prisão se espalhou extraordinariamente no mundo. As prisões além de permitir que o criminoso não infligisse mais nenhum mal, iriam também funcionar em favor do próprio condenado. É possível notar que com essa inovação ideológica, muitos países modificaram seu sistema penal e passaram a apresentar bons índices de ressocialização, pois a tinham como prioridade.

4.1 A FALHA NA IDEIA RESSOCIALIZADORA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A atual sociedade vem observando uma verdadeira crise no sistema penitenciário brasileiro, um dos fatores desse acontecimento é a superlotação nos presídios, "com um déficit de 244 mil vagas no sistema penitenciário, o Brasil já conta com 615.933 presos. Destes, 39% estão em situação provisória,

aguardando julgamento". (G1, 2015). As prisões por estarem nesse nível de lotação, passa a reunir criminosos que fizeram coisas diferentes, como por exemplo, um homem que roubou alimento para sua família que estava necessitando fica na mesma cela que um chefe de trafico de drogas, daí este se vê muitas vezes em uma posição em que ou se envolve nesse meio criminoso ou não sairá com vida daquele lugar. Muitos estudiosos referem-se aos presídios como verdadeiras escolas de criminosos.

> Quando a punição é simplesmente imposta ao condenado, tendo ele que se deparar com situações humilhantes no cárcere, são ínfimas as chances de ele se conscientizar e almejar reintegrar na sociedade. Tal fato se torna mesmo uma utopia, pois, além de estar preso, o estigma da sociedade cria um bloqueio para o seu reingresso na mesma. (REGATIERI, 2014).

Uma parcela da sociedade repudia a ideia de dar chances aqueles que saíram da prisão. "A pena de prisão não possibilita nenhum benefício para os presos ou para a sociedade, visto que é ineficaz para "recuperar" o indivíduo. Ao revés através dela cresce "substancialmente as probabilidades de reincidência" (BITENCOURT, 2011, p. 91).

Eugenio Raúl Zaffaroni discorre em sua obra "A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar" que a regressão e a reincidência são as características principais da prisão explicando que "na realidade, o preso está submerso em um meio completamente artificial, introduzido em uma sociedade com valores que nada têm haver com os da vida em liberdade e que parece uma escola de crianças grandes bastante complicada" (2012, p. 448). Acentua que "A insanidade reside em acreditar que o criminalizado aprenderá a viver em sociedade sendo retirado dela". (2001, p. 135).

Via de regra, percebe-se, contudo, que a Pena de Prisão, ainda é vista como a máxima do Direito Penal atual. Vigorando, por mais falha e questionável que seja como principal instrumento de revelação e execução do direito em nosso ordenamento jurídico. Mesmo em falência, na atualidade, ainda é impossível a supressão da pena privativa de liberdade, que é um mal, porém um "mal menor", que cumpre uma função social, veste até hoje nenhuma outra instituição consegue comportar suas prerrogativas.

5. CONCLUSÃO

O método e a intenção do modo punitivo evoluíram gradativamente durante todos os períodos históricos. Sem olvidar que a própria sociedade foi à motivadora dessas mudanças, já que em um determinado momento, cansou de ver crueldade e o ideal de "espetáculos punitivos" cessou. Após essa evolução os povos demonstraram interesse em chegar a um método de punição em que tivesse caráter de estar em equilíbrio o crime versus a punição. Pois anteriormente, na idade antiga e média especificamente, os delinquentes mesmo executando crimes diferentes tinha uma punição aproximadamente igual e injusta (sem proporção).

Em meio a toda história e evolução da pena, fora ela, marcada por períodos que aderiram absolutamente práticas absurdas, que feriam a dignidade da pessoa humana, apesar de inexistir várias considerações acerca do ser humano, foi através do clamor do povo e com o passar do tempo, tomando um rumo que excluiria essas práticas e adicionariam uma maior proporcionalidade na aplicabilidade das sanções, que analisariam as diversas hipóteses e os diversos métodos pelo qual foi efetuado o delito, vinculando e estabelecendo essa constante balança, que estava sujeita a medir o peso entre os delitos e os delinquentes, garantindo uma penalidade proporcional ao que se foi cometido.

Após o fim dos espetáculos punitivos, passou a existir um sistema que vem evoluindo gradativamente com uma grande tentativa de inserir uma posição revolucionária , com o intuito de ressocializar os métodos punitivos, analisando o meio social, os aspectos que influenciaram todo um ciclo de modificações e os novos modelos de punir, que passaram a vigorar entre a sociedade, para frear as práticas ilícitas, regulando a aplicação dessas sanções, para que não venha utilizá-las de forma exagerada, que não fuja do que está previsto para tal delito. Sustentando o que o Direito Penal defende e sintonizando os dois lados da "moeda", ou seja, o crime e o criminoso, focando sempre nessa perspectiva para não ultrapassar do que detém o código penal na hora de concretizar a penalidade.

É importante ressalvar que, o direito está em constante evolução juntamente aos passos da sociedade, se estes dois pilares evoluem o método

punitivo vai acompanha-los. Pois após todos os momentos históricos que o povo e o delito percorreram pode-se afirmar que se uma norma for violada, a conduta deve ser reconhecida, para que assim seja aplicada uma sanção que pode estar predeterminada ou não na norma, para que o criminoso sinta a eficácia da lei perante aquele delito. Ressaltando a força coatora do Estado para com as infrações efetuadas perante a sociedade, preservando sempre o bem estar do meio social e garantindo a proteção das condutas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos.* Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BECCARIA, Cessare. *Dos delitos e das penas.* São Paulo: Hunter Books, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão:* causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BORGHI, Carla Diniz. *A história da pena de prisão.* Disponível em: <http://monografias.brasilescola.com/direito/a-historia-pena-prisao.htm>. Acesso em: 23 de novembro de 2015.

CALDEIRA, Felipe Machado. *A evolução histórica, filosófica e teórica da pena.* Revista da EMRJ, v. 12, n. 45, p. 255-272,2009.

CHIEVERINI, Tatiana. *Origem da pena de prisão.* Dissertação (Mestrado) - Filosofia do Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*: nascimento das prisões. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito.* 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 1995.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro:* Volume I, parte geral – arts. 1º a 120º. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ***A palavra dos mortos:*** conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

A RELAÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E SEGURANÇA PÚBLICA: IMPLICAÇÕES PARA A ATIVIDADE POLICIAL

ALINE RIBEIRO DA CRUZ

1. INTRODUÇÃO

A questão da segurança é decisiva para qualquer sociedade, uma vez que, sem a garantia da vida e da integridade física e moral dos cidadãos, não se pode garantir nenhum outro direito fundamental. Em virtude da história de regimes de exceção e autoritários, durante muito tempo a segurança pública no Brasil foi associada quase que exclusivamente à segurança do Estado, deste modo, a segurança, assim como todo o seu campo político e institucional de atuação, ganhou uma expressão associada à reatividade e à repressão. Diante deste contexto, o corpo social e os movimentos nele presentes protestaram ratificando a importância do debate em torno dos direitos humanos para a formulação de políticas de segurança cidadãs.

A Carta Magna de 1988, que implantou o Estado Democrático de Direito no Brasil, contém um extenso rol de direitos e garantias individuais ao cidadão, assim como determina responsabilidades ao Estado e à sociedade para a concretização destes direitos. A definição de Segurança Pública foi distendida, passando a ser admitida como direito individual e coletivo, além de atribuir responsabilidades àqueles que devem executá-la. Considerando-se essas novas concepções, desponta a seguinte inquietação: Quais as implicações dos Direitos humanos e do novo conceito de Segurança Pública para a atividade policial?

O corrente artigo pretende apontar que os Direitos Humanos se

fazem presentes na atividade policial principalmente em três perspectivas: 1) os órgãos de segurança pública devem reconhecer todo indivíduo como titular de direitos; 2) a condição de titular de direitos requer também responsabilidades para com a manutenção da ordem pública; 3) o agente de segurança pública também é um sujeito de direitos e seus direitos necessitam ser reconhecidos, para que ele compreenda e respeite os direitos de outros indivíduos.

Busca-se analisar a mudança conceitual de Segurança Pública com a promulgação da Constituição Federal de 1988, identificando sua relação com os direitos humanos e as implicações recorrentes para a atividade policial. Para atingir esses objetivos, adotou-se a metodologia de pesquisa descritiva, a abordagem do tema se deu a partir do método dedutivo e a técnica de pesquisa adotada sustentou-se em pesquisas exploratórias, bibliográficas e documentais.

Desse modo, justifica-se a escolha do tema Direitos Humanos e Segurança Pública, por ser um assunto pouco abordado pelos pesquisadores de Direito. Além disso, constatou-se que deve existir um elo permanente entre essas duas categorias, a fim de que dessa maneira se possa garantir a incorporação dos valores ligados à cidadania, à democracia e aos direitos fundamentais tanto por parte da sociedade como também pelas instituições policiais.

Assim, pode-se dizer que esta pesquisa tem possibilidades de trazer contribuições para a comunidade acadêmica, em virtude de ser um trabalho que analisa um tema bastante contundente no meio social. A aproximação entre a Segurança Pública e a temática dos Direitos Humanos é fundamental para a construção de uma sociedade democrática de direito, entendendo-se esta com sendo "os Estados onde funciona regularmente um sistema de garantias dos direitos do homem" (BOBBIO, 1992, p. 41). Hodiernamente, vislumbra-se uma nova segurança pública, que combate a violência e a sensação de insegurança dos cidadãos, unindo políticas de segurança com ações sociais.

2. CONCEITUAÇÃO DE SEGURANÇA PÚBLICA

A palavra "segurança" tem origem no latim, língua na qual significa "sem preocupações", e cuja etimologia sugere o sentido "ocupar-se de si mesmo". Nas palavras de De Plácido; Silva (1980, p.14-15):

> Segurança é derivado de segurar, exprime gramaticalmente, a ação e feito de tornar seguro, ou de assegurar e garantir alguma coisa [...] Segurança, qualquer que seja a sua aplicação, insere o sentido de tornar a coisa livre de perigos, livre de incertezas, assegurada de danos ou prejuízos, afastada de todo mal. Neste particular, portanto, traduz a mesma ideia de seguridade, que é o estado, a qualidade, ou a condição, de estar seguro, livre de perigos e riscos, de estar afastado dos danos ou prejuízos eventuais.

Nesse sentido, Lazzarini (1999) sintetiza e afirma que a segurança é o estado antidelitual resultante da observância das leis criminais, assim como da ação de polícia repressiva ou preventiva que afasta todo o perigo que possa afetar a ordem pública. De forma abrangente, a segurança pública pode ser conceituada como um sistema integrado por elementos de ordem preventiva e repressiva. Atua preventivamente ao garantir a proteção dos direitos individuais, permitindo, assim, o pleno exercício da cidadania. Outrossim, é responsável por empreender ações de repressão e oferecer estímulos ativos para que os cidadãos possam conviver tranquilamente.

A segurança pública tem por objetivos a manutenção da ordem pública, a tranquilidade, o respeito às leis e aos costumes. Busca manter a adequada convivência na sociedade, assegurando os direitos de seus cidadãos. Por conseguinte, busca afastar da sociedade qualquer ato que perturbe a ordem pública, no que se refere ao prejuízo de uma vida, da liberdade ou dos direitos de uma pessoa. Entende-se por ordem pública, de forma genérica, a ausência de perturbações nas relações sociais (PIERO, 2004).

O conceito de segurança foi sendo moldado ao perpassar dos séculos. A priori, era considerado somente sob o plano do direito individual, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais

membros da sociedade política e o próprio Estado. Hodiernamente, adquiriu as características que o faz ser tido como um direito da terceira geração de direitos humanos. São estes chamados, na falta de melhor expressão, de direitos de solidariedade, ou fraternidade, pois visam à proteção de direitos difusos e coletivos, e por isso transcendem a esfera do indivíduo, entre os quais está o direito à paz, consequentemente, a segurança pública.

Na qualidade de atividade desenvolvida pelo Estado, incumbe aos órgãos de segurança pública executar ações repressivas e conceder incentivos para que os cidadãos possam conviver, laborar, produzir e se divertir, protegendo-os dos riscos a que estão expostos. Essa ação do Estado visa garantir o direito de liberdade do cidadão, portanto é necessária a garantia de que esses direitos não serão violados.

A conceituação proposta por Bengochea (2004, p. 120) sintetiza o atual entendimento do que seja segurança pública:

> A segurança pública é um processo sistêmico e otimizado que envolve um conjunto de ações públicas e comunitárias, visando a assegurar a proteção do indivíduo e da coletividade e a aplicação da justiça na punição, recuperação e tratamento dos que violam a lei, garantindo direitos e cidadania a todos. Um processo sistêmico porque envolve, num mesmo cenário, um conjunto de conhecimentos e ferramentas de competência dos poderes constituídos e ao alcance da comunidade organizada, interagindo e compartilhando visão, compromissos e objetivos em comum; e otimizado porque depende de decisões rápidas e de resultados imediatos.

Portanto, é um direito relacionado à ausência de delitos, danos e prejuízos, ao mesmo tempo em que é um dever a ser desenvolvido pelos órgãos públicos responsáveis e pela sociedade em geral, buscando, acima de tudo, garantir a cidadania de todos, dentro dos limites da lei. A questão é tratada de modo a compartilhar com todos os cidadãos a responsabilidade na construção de uma sociedade mais segura, que viva em harmonia e em busca do desenvolvimento (MARCINEIRO, 2009).

3. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PAPEL DOS ÓRGÃOS DE SEGURANÇA PÚBLICA

A utilização dos aparatos policiais pelo regime autoritário vigente no país entre 1964 e 1984 criou um abismo entre a polícia e a sociedade. Durante esse período, a segurança pública no Brasil se encontrava exclusivamente associada à segurança do Estado, deste modo, a segurança, assim como todo o seu campo político e institucional de atuação, estava voltada à reatividade e à repressão.

A Constituição Federal de 1988, que inaugurou o Estado Democrático de Direito no Brasil, trouxe um amplo rol de direitos e garantias individuais ao cidadão, além de prever responsabilidades ao Estado e à sociedade para a efetivação destes direitos. O reconhecimento de direitos civis, políticos e sociais pela Lei Maior permitiram que o cidadão fosse tido como sujeito de direitos fundamentais e deveres para com o Estado.

Nesse contexto, a segurança pública foi estabelecida como direito, como dever e também como responsabilidade de todos. Sua importância se confunde com a própria razão de existir do Estado, sendo sua função primordial a proteção dos direitos do cidadão. Portanto, a segurança pública "deve estar articulada com ações sociais priorizando a prevenção e buscando atingir as causas que levam à violência, sem abrir mão das estratégias de ordenamento social" (SOUZA, 2008, p.8).

A segurança pública passa a ser dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo essencial para o desenvolvimento da sociedade, conforme preceitua o artigo 144, caput, da Constituição Federal. O mesmo dispositivo ainda dispõe que a segurança pública deve ser exercida pelas Polícias Federal, Rodoviária Federal, civis, militares e Corpos de Bombeiros militares.

Nessa lógica, é pertinente afirmar que, de forma genérica, cabe à polícia a manutenção da segurança pública. Carnelutti (1957, p. 262) nos ensina que a polícia é um dos ramos da administração, cujo objetivo é promover a ordem social, lutando contra o crime que é uma desordem:

> La función de policía, que es una de las ramas de la función administrativa, tiende a promover las condiciones materiales favorables al orden social. Puesto que el delito es um desorden, se comprende que la policía participe em la lucha contra el mismo [...].

Definir o conceito de polícia, segundo o entendimento de inúmeros doutrinadores, é uma tarefa árdua. Para uns, o vocábulo "polícia" não tem o mesmo significado na linguagem jurídica que na linguagem corrente. Para outros, como Castro (1947) o significado da palavra tem muitas variações. Nesse sentido, o referido autor tenta fazê-lo da maneira mais analítica possível, destacando seus elementos característicos:

> [...] impõe-nos conceituá-la, precisando-lhe os extremos de sua essencialidade, através dos seus componentes primários: – 1°) o subjetivo – Estado, que é a fonte de onde ela provém; 2°) o teleológico – a segurança da sociedade e individual contra a vis inquietativa: seu fim; 3°) o objetivo – as limitações por ela impostas à liberdade, usando até a vis coerciva: seu meio (CASTRO, 1947, p. 80).

Existe uma relação inseparável entre polícia e sociedades, pois, uma vez elaborada a ideia de governo, a gestão do bem-estar e da segurança dos grupos sociais, bem como a atividade policial passaram a existir atravessando diversas contemporaneidades e civilizações até os dias de hoje. Contudo, as forças policiais foram criadas para confrontar as classes perigosas, para controlar protestos das classes populares e preservar a estrutura social, e não apenas para combater o crime, ou promover as guerras contemporâneas contra o crime (PINHEIRO, 1998).

Com o advento da Constituição Cidadã, foi imprescindível que os órgãos de segurança pública no Brasil se adequassem à nova realidade. Nesse sentido Rodrigues (2009, p. 96) leciona: "Da antiga mentalidade militar, a polícia moderna evolui para um perfil democrático, aberto e próximo ao cidadão e à comunidade, em defesa de sua dignidade e de seus direitos". As forças policiais fazem parte da comunidade e, portanto, defendem os interesses dos cidadãos, e não os do Estado ou de dado governo.

Os agentes da segurança pública são guardiões dos direitos humanos e garantidores da democracia, da cidadania e da justiça para obter, desse modo, a ordem pública. De modo que não pode mais ser visto, na contemporaneidade, como símbolo de repressão do Estado. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 144, declara que a segurança pública é exercida pelas polícias e que suas atribuições são a preservação da ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio. Portanto, a atividade policial é uma função primordial, uma vez que deve atuar de forma a impedir que as garantias e liberdades constitucionais sejam violadas. Conforme a concepção de Goldstein (2003, p.28-29):

> A polícia não está apenas obrigada a exercer sua limitada autoridade em conformidade com a Constituição e, por meios legais, aplicar suas restrições: também está obrigada a observar que outros não infrinjam as liberdades garantidas constitucionalmente. Essas exigências introduzem na função policial a dimensão única que torna o policiamento neste país um oficio seríssimo.

Isto posto, é inaceitável uma estrutura policial aos moldes da época da ditadura militar, onde o cidadão era tido como um inimigo do Estado e tinha assim os seus direitos violados. A atividade policial deve seguir o que está posto na Lei Maior, já que, a depender da forma como for exercida, esta ratifica ou nega o Estado Democrático de Direito.

Dentro de uma sociedade onde se exerce democracia plena, a segurança pública viabiliza a proteção dos direitos individuais e garante o pleno exercício da cidadania. A segurança está intimamente ligada à qualidade de vida dos cidadãos. Desse modo, os direitos humanos e segurança pública não são opostos; são, sim, complementares.

4. DIREITOS HUMANOS E SEGURANÇA PÚBLICA NA ATIVIDADE DE POLÍCIA

Segundo Dallari (1998, p. 07), "a expressão 'direitos humanos' é uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana".

E são assim considerados porque sem eles o ser humano não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e participar plenamente da vida. Bobbio (1992, p. 18-9) leciona que:

> O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. [...] Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Pode-se inferir que os direitos humanos se amoldam conforme as necessidades de um povo em um dado momento. Os direitos humanos são as liberdades básicas de todos os seres humanos, sendo, desta forma, garantidos internacionalmente, universais e juridicamente protegidos, porque são baseados num sistema de valores comuns.

Numa sociedade em que se exerce democracia plena, a segurança pública garante a proteção dos direitos individuais e assegura o pleno exercício da cidadania. A ferramenta que o Estado possui para garantir o direito de liberdade do cidadão é a segurança pública, visto que uma vez mantida a ordem social, têm-se a garantia de que esses direitos não serão violados. Neste sentido, a segurança não se contrapõe à liberdade e é condição para o seu exercício, fazendo parte de uma das inúmeras e complexas vias por onde trafega a qualidade de vida dos cidadãos. Portanto, os direitos humanos e segurança pública não são antagônicos; são, sim, complementares.

Os Direitos Humanos se fazem presentes na atividade policial principalmente em três perspectivas: 1) os órgãos de segurança pública devem reconhecer todo indivíduo como titular de direitos; 2) a condição de titular de direitos requer também responsabilidades para com a manutenção da

ordem pública; 3) o agente de segurança pública também é um sujeito de direitos e seus direitos necessitam ser reconhecidos, para que ele compreenda e respeite os direitos de outros indivíduos.

As forças policiais devem reconhecer todos os cidadãos como titulares de direitos. As instituições policiais devem ser organizações a serviço da cidadania, com ações, conteúdos e objetivos voltados para a proteção dos direitos humanos. Destarte, não existe possibilidade de separar o trabalho policial do respeito aos direitos humanos e à cidadania.

Ocorre que no meio policial existem falhas quanto à percepção do que seja Direitos Humanos, que, corriqueiramente, são associados com a defesa dos criminosos. Tal inverdade começou a ser propagada da década de 80, por intermédio de programas de rádio e tablóides policiais da época, numa tentativa dos conservadores, que haviam acabado de perder o poder, demonstrarem que as novas lideranças democráticas não tinham condição de conter a criminalidade e que somente eles eram capazes de impor ordem à sociedade.

Enfim, vê-se que existiu uma tentativa de deslegitimar os governantes que buscavam reformar as instituições e pôr fim à práticas violentas e arbitrárias por parte dos órgãos de segurança. Disso decorre outra falha quanto à percepção do que seja Direitos Humanos no meio policial. Ao acreditar que os direitos humanos é uma proteção aos criminosos, vê-se um empecilho ao trabalho policial. Outra ideia completamente equivocada. Os policiais, assim como todos os funcionários públicos, não estão acima da lei, pelo contrário, o trabalho da polícia compreende toda a determinação legal conferida pela constituição e regimentos policiais, e, especialmente a civilidade que o profissional deve ter, no senso de responsabilidade frente à sociedade, a qual espera do agente de segurança pública.

Ao contrário do que foi disseminado, a ideia central do que prega os direitos humanos é que estes direitos devem ser estendidos a toda e qualquer classe popular, qualquer pessoa é detentora de direitos, independentemente de sua etnia, gênero, condição social ou mesmo condição de suspeito ou condenado.

Nessa perspectiva, o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), por meio do Decreto nº 1.904, de 13 de maio de 1996, destacou que as

corporações policiais deveriam abrir espaço para os Direitos Humanos como disciplina formativa. Nesse Decreto foi destacada a preocupação com o regime pedagógico dos policiais, as principais metas nele elencadas foram:

> Estimular o aperfeiçoamento dos critérios para seleção, admissão, capacitação, treinamento e reciclagem de policiais; Incluir nos cursos das academias de polícia matéria específica sobre direitos humanos; Implementar a formação de grupo de consultoria para educação em direitos humanos, conforme o Protocolo de Intenções firmado entre Ministério da Justiça e a Anistia Internacional para ministrar cursos de direitos humanos para as polícias estaduais (BRASIL, 1996).

Os cursos de integração das normas de direitos humanos na atividade policial são de extrema importância, pois conscientiza o profissional policial de que o poder a ele atribuído deve ser utilizado sempre em benefício da sociedade.

O cidadão com a condição de titular de direitos também tem responsabilidades para com a manutenção da ordem pública. A Carta Magna estabelece a segurança como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos: "Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]" (BRASIL, 1988). Observa-se que a Constituição afirma que a responsabilidade não é só do Estado e de seus entes, a segurança, além de ser um direito de todos também é um dever.

A questão foi tratada, portanto, de modo a compartilhar com todos os cidadãos a responsabilidade na construção de uma sociedade mais segura, que viva em harmonia e em busca do desenvolvimento, conforme leciona Marcineiro (2009). Cada cidadão, também é responsável pela segurança do outro. É evidente que o Estado será a figura principal nesta garantia, mas também não se isenta o cidadão de sua responsabilidade.

A tendência das estratégias na área da Segurança Pública baseia-se na aproximação do poder estatal com o cidadão. O papel dos órgãos de segurança pública nesse contexto será o de mobilização social, no sentido de empregar os cidadãos na questão da prevenção de crimes e da violência.

O relacionamento entre polícia e comunidade viabiliza a redução dos índices de criminalidade e contribui para o aumento na confiança dos serviços prestados. Tudo isso depende da percepção de que para esses avanços é imprescindível que haja a participação da comunidade nas formulações e implementações das políticas de segurança pública.

Ademais, o agente de segurança pública também é um sujeito de direitos e seus direitos necessitam ser reconhecidos, para que ele compreenda e respeite os direitos de outros indivíduos. O profissional de segurança pública, assim como qualquer cidadão, é detentor de direitos e obrigações, com a grande ressalva de que a ele se atribui o solene dever de figurar como agente promotor de Direitos Humanos.

Para que não continuem a existir as falsas aversões entre direitos humanos e segurança pública, é imprescindível entender que tais agentes são indivíduos que não podem ser igualados às instituições nas quais trabalham.

> Em muitas Academias de Polícia (é claro que não em todas) os policiais ainda são "adestrados" para a "guerra de guerrilhas", sendo submetidos a toda ordem de maus tratos (beber sangue no pescoço de galinhas, ficar em pé sobre formigueiros, ser "afogado" na lama por superior hierárquico, comer fezes, são apenas alguns dos recentes exemplos que tenho colecionado na narrativa de amigos policiais) (BALESTRERI, 2000, p. 77).

Esse tipo de tratamento acaba por revelar "personalidades sádicas e depravadas", de acordo com Balestreri (2000, p. 78), faz com que as polícias corram o risco de se reduzirem a um amontoado de funcionários da violência, que convivem com a banalização do mal e que utilizarão sua autoridade nas ruas para reproduzi-lo. Deste modo, os cursos de formação devem dispensar tratamento humano para os futuros agentes de segurança pública. O policial deve sentir-se inserido e participante dessa sociedade na mesma medida do cidadão comum.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constituição cidadã foi elaborada em resposta ao período de regime militar, buscando possibilitar a redemocratização do país. Deste modo, trouxe modificações ao conceito de segurança pública, sendo esta estabelecida como direito, dever e também responsabilidade de todos. A segurança pública passou a ser uma responsabilidade compartilhada entre todos os cidadãos, para possibilitar a construção de uma sociedade mais segura, em que todos tenham seus direitos respeitados e o desenvolvimento seja sempre uma meta.

Como visto, a origem policial no Brasil explica o porquê de seus traços de violência. Apesar disso, o agente de segurança pública não pode mais ser visto, hodiernamente, como agente de repressão a mando do Estado. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 144, declara que a segurança pública é exercida pelas polícias e que suas atribuições são a preservação da ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio. Nesse sentido, os agentes da segurança pública são guardiões dos direitos humanos e garantidores da democracia, devem atuar de forma a impedir que as garantias e liberdades constitucionais sejam violadas.

As forças policiais fazem parte da comunidade e, portanto, defendem os interesses dos cidadãos, e não os do Estado ou de dado governo. As mudanças advindas do processo de redemocratização permitiram que os direitos humanos e segurança pública não fossem mais tidos como direitos direito antagônicos, mas vistos como direitos complementares. Tais mudanças refletiram na atividade de polícia, principalmente em três perspectivas: 1) os órgãos de segurança pública devem reconhecer todo indivíduo como titular de direitos; 2) a condição de titular de direitos requer também responsabilidades para com a manutenção da ordem pública; 3) o agente de segurança pública também é um sujeito de direitos e seus direitos necessitam ser reconhecidos, para que ele compreenda e respeite os direitos de outros indivíduos.

Quanto ao primeiro ponto, os policiais devem respeitar os direitos humanos no desenvolvimento de suas atividades profissionais. Faz-se necessário que o policial reconheça que os direitos humanos devem ser

estendidos a todas e qualquer classe popular, qualquer pessoa é detentora de direitos, independentemente de sua etnia, gênero, condição social ou mesmo condição de suspeito ou condenado. Os cursos que tratam sobre os direitos humanos são de extrema importância na atividade policial, pois conscientiza o policial de que o poder a ele atribuído deve ser utilizado sempre em benefício da sociedade.

O segundo ponto trata da necessidade que há de que todos os cidadãos tenham em mente que a segurança pública é uma responsabilidade de todos. Como visto anteriormente, o papel dos órgãos de segurança pública é o de mobilização social, no sentido de empregar os cidadãos na questão da prevenção de crimes e da violência. O relacionamento entre polícia e comunidade viabiliza a redução dos índices de criminalidade e contribui para o aumento na confiança dos serviços prestados.

O terceiro ponto em que se observa a ligação estrita entre direitos humanos e segurança pública é o fato de que policial também ser um sujeito de direitos. Torna-se imprescindível que os direitos dos agentes de segurança pública sejam reconhecidos, para que eles compreendam e respeitem os direitos de outros indivíduos. Faz-se necessário que mudanças na formação dos policiais, abandonando-se práticas que possam afligir a dignidade humana.

Assim, conclui-se que o ensino dos Direitos Humanos no Curso de Formação de policiais se torna imprescindível, visto que: propicia a percepção dos policiais de que são defensores dos Direitos Humanos e que todos os cidadãos são sujeitos de direitos; proporciona a percepção que a integração comunitária torna as políticas de segurança pública mais efetivas; e que se trabalhe com os policiais no sentido de que se vejam como cidadão detentores de direito, a partir da mudança na formação destes policiais, banindo-se qualquer prática que veja a atentar contra a dignidade humana. Convém destacar que, este artigo não pretende esgotar a discussão sobre o assunto, trata-se apenas de uma introdução para reflexão sobre o tema, de suma importância para a atividade policial.

REFERÊNCIAS

BALESTRERI, Ricardo Brisola. Treze reflexões sobre polícias e direitos humanos. **Revista A Força Policial**. São Paulo, n. 28, out/nov/dez 2000, p. 73-79. 2000.

BENGOCHEA, Jorge Luiz Paz, et al. A transição de uma polícia de controle para uma polícia cidadã. **São Paulo em Perspectiva**, n. 18, p. 119-131, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. - Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. Decreto n. 1.904, de 13 de maio de 1996. I**nstitui o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH**. Poder Executivo. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1904impressao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **Leciones sobre el Processo Penal**; tradución de Santiago Sentis Melendo – vol. I. s/ed., Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.

CASTRO, Waldemar Gomes. **Polícia** - Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro/ J.M. de Carvalho Santos e José de Aguiar Dias – vol. XXXVIII, s/ed., Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1947.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna; 1998.

GOLDSTEIN, Herman. **Policiando uma sociedade livre**. Tradução Marcello Rollemberg. 9° ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2003. Série Policia e Sociedade, n.9. (organização Nancy Candia).

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARCINEIRO, Nazareno. **Polícia Comunitária**: construindo segurança nas comunidades. Florianópolis: Insular, 2009.

PIERO, Mônica Maria Costa Di. Segurança pública, **Revista do Ministério Público**, nº 19, Rio de Janeiro, 2004.

PINHEIRO, Paulo César. **Polícia e consolidação democrática**: o caso brasileiro. In: _____ .et al. (Org.). São Paulo sem medo: um diagnóstico da violência urbana. Rio de Janeiro: Garamond, 1998.

RODRIGUES, João Gaspar. **Segurança pública e comunidade**: alternativas à crise. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

SOUZA, Clóvis Henrique Leite de. **A segurança pública nas conferências brasileiras**. Ministério da Justiça, 2008.

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E O MODELO DE AUTORRESPONSABILIDADE

BÁRBARA SIMÕES NARCISO

1. INTRODUÇÃO

A responsabilização dos envolvidos em matéria de Direitos Humanos e Empresas consiste em um desafio principalmente porque as novas formas de criminalidade se caracterizam pela ausência de vítimas individuais, sendo em geral a sociedade e o Estado os atingidos. A potencialidade lesiva nos delitos econômicos causam danos cuja mensuração é complexa, atingindo número indeterminado de pessoas. SICA (1998, p. 599) complementa a assertiva dizendo que a verificação da culpabilidade nos delitos de caráter econômico é um trabalho árduo, porque, via de regra, os sujeitos ativo e passivo e as condutas ocorrem sob o manto da pessoa jurídica.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é tema interessante a ser desenvolvido e se justifica, na medida em que, além de abranger debates em que tanto defensores quanto detratores apresentam fortes argumentos, traz o questionamento do "como" esse gênero de responsabilização poderia ocorrer no Brasil, incluindo o tipo de pena a ser aplicada e o papel do Estado nesse processo. Não só, mas também compreender a dinâmica das empresas e o papel que elas desenvolvem na atualidade, visto que há empregos cada vez mais sofisticado de tecnologia. Nesse sentido, torna-se necessário adaptar a dinâmica penal para os novos desafios, sendo esta a motivação para a realização da seguinte pesquisa.

Para se compreender a responsabilização criminal empresarial é importante observar que há três posições sobre o tema. O primeiro posicionamento aceita a responsabilização por estar prevista na legislação. Já o segundo reclama ajustes no sistema penal compreendendo que, nos termos em que está posta na legislação vigente, a responsabilização das pessoas jurídicas não é possível de ser concretizada. O terceiro, por sua vez, não admite esse gênero de responsabilização – teoria da ficção (REIS, 2016, p.297).

Alguns argumentos trazidos pelos detratores da possibilidade de imputar penalmente uma empresa questionam a imputação penal, alegando que violaria princípios constitucionais penais, mais especificamente os princípios da culpabilidade, da personalidade da pena e da humanização dessas. Sem contar que o endurecimento da repressão penal ocasionaria uma exagerada edição de leis penais de caráter puramente simbólico (SICA, 2011, p.593).

Já os defensores apontam que, devido à importância e dimensão dos setores corporativos na atualidade, é necessário que o Direito Penal, principalmente o econômico, deixe de priorizar somente condutas individuais para dar espaço às condutas sem sujeitos específicos (FISHER, 2011, p.26). Ainda, aliado ao fato de os delitos empresariais se distinguirem dos comuns por serem perpetrados no âmbito de estruturas organizacionais complexas, caracterizadas pela distribuição hierárquica de poder, pela pulverização da responsabilidade pessoal, pela abrangência de sua atuação, entre outros fatores, há a defesa do modelo de autorresponsabilização regulada que, admitindo a impossibilidade técnica e recursal para regular diretamente o setor empresarial, o Estado se utiliza da própria sociedade para cumprir com diversas de suas funções (ALBUQUERQUE, 2018).

Provocar a necessidade de recorrer-se à tutela penal para os delitos econômicos é proveniente de um "necessário e imperativo processo de modernização do Direito Penal, cujo objetivo é restaurar e preencher os espaços de impunidade surgidos com a sociedade de risco" (NEVES, 2011, p.45). Portanto, revisitar o tema, desenvolvido por diversos pensadores como Edwin H.Sutherland, é importante, porque os Estados têm se mostrado incapazes de regular e prevenir de forma eficiente, o risco das atividades corporativas.

Diante de ambos os posicionamentos, questiona-se o seguinte: A escolha da via penal por meio da autorresponsabilidade é a mais adequada para regular os riscos empresariais? Isso, porque a criação de tipos penais não encontra seu ponto mais importante na expansão da tutela protetiva do Estado, mas na forma como essa será conduzida a fim de não se tornar meramente simbólica. A hipótese levantada é de que essa via, sendo possível no ordenamento brasileiro, é mais adequada, já que os modelos heterresponsabilidade não são capazes de gerir riscos, mas de atuar quando esses já ocorreram.

Para isso, utiliza-se como marco teórico as ideias desenvolvidas por Eduardo Lemos Lins de Albuquerque (2018), o qual discorrendo sobre a responsabilidade empresarial nos crimes corporativos, defende que a empresa, ao adquirir um determinado nível de complexidade, passa a ser compreendida autonomamente.

Para responder à problemática levantada, será realizada uma breve análise dos casos dos rompimentos das barragens em Brumadinho e Mariana, a fim de situar o assunto em elementos da realidade e provocar a discussão; da forma como ordenamento brasileiro aborda o gênero de responsabilidade corporativa, com necessária análise crítica da legislação a respeito; e da discussão acerca da implementação dos mecanismos de *corporate compliance*, a fim de elucidar se a escolha pela via da autorresponsabilidade é realmente mais adequada.

2. ANÁLISE DE BRUMADINHO E MARIANA

A atividade empresária, característica da sociedade contemporânea, traz riscos provenientes de decisões e ações humanas que não permitem qualquer possibilidade de compensação posterior dos danos produzidos. Por isso, é preciso realizar uma estratégia de monitoramento dessas atividades, as quais extrapolam espaços físicos determinados e apresentam consequências que se espalham no tempo (ALBUQUERQUE, 2018, p. 36-39).

Exemplos disso são Mariana (2015), referente ao rompimento das barragens de Fundão e de Santarém, na unidade industrial de Germano,

localizada no subdistrito de Bento Rodrigues, a 35 km do centro de Mariana (MG), provocando a contaminação do Rio Doce[1]. E Brumadinho (2019), referente ao rompimento das barragens da Mina de Feijão, no de Córrego de Feijão, no município de Brumadinho (MG), despejando 12 milhões de metros cúbicos de rejeitos na natureza[2].

A atividade de extração de minério de ferro consiste em separar o material valioso, comercializado, do não comercializável. Nessa separação, o material descartável – rejeito – tem que ser, seguindo leis ambientais, armazenado em reservatório para não causar danos. As estruturas que servem de reservatórios são de terra compactada e recebem o nome de barragem, estrutura complexa que envolve o trabalho de muitos profissionais qualificados para gerir riscos e apresentar soluções para esses.[3]

Por esse motivo, ambas as ocasiões provocaram discussão acerca de quais níveis hierárquicos da Vale S/A (cuja composição acionária está distribuída igualitariamente entre a SAMARCO e a BHP Billiton LTD.), responsável pelas barragens, tinham conhecimento do risco de desabamento de ambas as estruturas e qual era exatamente a situação dessas quando ocorreram os acidentes. O objetivo é analisar a responsabilidade da Vale nessas situações, visando utilizar o caso para discussões que serão levantadas.

As informações relevantes para verificar a responsabilidade da empresa são: se na época dos fatos adotava organização correta sob o ponto de vista dos padrões do meio ambiente (da indústria e da estrutura dos programas de integridade); se tinha, no momento dos fatos, histórico empresarial de cumprimento da legislação ambiental (normas de conduta ambiental da pessoa jurídica, reação frente a denúncias internas e externas e medidas sancionatórias)[4]; além de informações do Ministério Público Federal (MPF).

A metodologia utilizada para pesquisar o andamento dos casos no MPF foi a utilização das palavras-chaves "Mariana", "ação penal", "Brumadinho" e "responsabilização". Nesse sentido, foi demonstrado que

1. Informações disponíveis em <https://diariodocomercio.com.br/sitenovo/tragedias-de-brumadinho-e-mariana/> acesso em: 23 mar. 2019.

2. informações disponíveis em <https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-acompanha-situacao-da-barragem-de-mineracao-em-brumadinho.htm>

3. informações disponíveis em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-rio-doce/o-desastre> acesso em: 27 mar. 2019.

4. Parâmetros sugeridos por Carlos Gómez- Jara Díez (2013).

tal instituto dedicou um espaço em seu site para localizar as ações relativas ao caso do Rio Doce. O resultado mostrou que foram realizadas, em primeira instância, quatro ações civis públicas e uma ação penal. Esta última, em especial, será analisada, porque o presente trabalho objetiva estudar o que foi feito na seara penal. Com relação à ação penal pública , é válida a seguinte menção:

> Importante notar que, desde o início, verificou-se um elevado nível de água acumulada no reservatório do Dique 1A, fazendo com que o rejeito disposto a jusante permanecesse saturado durante o preenchimento do reservatório formado entre os Diques 1 e 1A, tendo em vista a conectividade hidráulica (por percolação) entre os referidos reservatórios (BRASIL, p.87, grifo nosso).

E mais:

> Verificou-se que a pouca distância, de aproximadamente 120 m entre as cristas das respectivas ombreiras esquerdas dos Diques 1 e 1A, criou uma condição de risco para a estabilidade do Dique 1, **que repercutiu posteriormente de forma decisiva como concausa de seu rompimento, uma vez que, apesar de Pimenta de Ávila ter alertado a SAMARCO da necessidade de alteração da geometria do eixo do Dique 1**, com deslocamento para jusante, desconsiderou-se a orientação técnica, **mantendo-se a operação em absoluta desconformidade com as medidas de segurança necessárias** [...] Em suma, constata-se que a **construção do Dique 1A objetivou unicamente viabilizar a continuidade das operações da SAMARCO** [...] **e que sua construção tornou ainda mais complexa a operação do sistema, incrementando, desnecessariamente, os elevados riscos já existentes** (BRASIL, p. 88 e p.89, grifo nosso).

Em trecho posterior, apontam os dados coletados ter havido falsidade de declaração da Samarco no Relatório de Sustentabilidade de 2010[5], no

5. Documento disponível em: <https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2015/11/Relatorio-Anual-de-Sustentabilidade-20101.pdf> acesso em: 26 mar.2019.

qual a empresa afirma ter direcionado todos os rejeitos para a barragem de Germano – situada entre Mariana e Ouro Preto – durante a recuperação da barragem de Fundão. Ademais, concluíram em registro realizado no ano de 2015, mesmo ano do rompimento da barragem de Fundão, que a empresa atuou prejudicando premissas básicas do projeto, tais como afastamento da superfície freática do pareamento e diminuição da extensão da praia, além de outros, não obedecendo às recomendações dos consultores externos e fornecendo dados que "não foram suficientes para a interpretação do comportamento das estruturas" (BRASIL, p.94).

Já em relação à Brumadinho, cuja causa do rompimento ainda está sendo investigada, nenhum resultado foi encontrado no site do MPF. Entretanto, prosseguiu-se a busca no site do Ministério Público de Minas Gerais. O resultado foi a abertura de quatro inquéritos de investigação civil e um de ação criminal, todos ainda sob sigilo ou indisponíveis à consulta popular[6].

Porém, é controverso que a empresa tenha apresentado à Agência Nacional de Mineração uma declaração, pouco antes ocorrência do fato, atestando a estabilidade da estrutura assinada por seus representantes e por uma auditoria independente. De acordo com a declaração, não foram encontrados indícios de problemas relacionados à segurança da referida estrutura, a qual se encontrava classificada na Categoria de Baixo Risco.[7]

Somado a isso, com a análise do MPF é possível estabelecer uma conexão entre os casos e compreender que a Vale ou a Samarco, sendo responsáveis por ambos os complexos industriais, não mudaram seu comportamento do evento de Mariana para o de Brumadinho. Como a responsabilização permanece pequena diante do poder econômico e da magnitude dos danos causados, os administradores da Vale continuaram agindo cientes de serem os riscos de suas condutas delituosas menores que o efeito de suas ações (FISHER, 2011).

Sob o ponto de vista formal, a empresa apresentava seguir todas as normas de caráter ambiental impostas, desenvolvendo código de conduta

6. Situação constatada em 25 mar.19.

7. Disponível em: http://www.anm.gov.br/noticias/nota-a-imprensa-1. Acesso em: 26 mar. 2019.

e relatórios de sustentabilidade ambiental. Entretanto, o questionamento que permanece situações é até que ponto ela de fato se fez cumpridora de normas.

3. COMO O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ABORDA O ILÍCITO CORPORATIVO

A Constituição Federal de 1988 tutelou expressamente a proteção ao meio ambiente. O art. 225, §3º do texto constitucional prevê o direito ao meio ambiente equilibrado – elevado pelo Constituinte ao posto de direito difuso – trazendo à tona a responsabilização civil, administrativa e penal ao infrator que pratique ações lesivas ao meio ambiente.

Em âmbito nacional, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é admitida em 1998, com a vigência da Lei nº 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais –, atribuindo sanções de natureza criminal a pessoas jurídicas em delitos contra o meio ambiente (art. 3º). Entretanto, traz o questionamento do *sistema da dupla imputação* ao sinalizar, no parágrafo único do mesmo artigo, que a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coatoras ou partícipes do mesmo fato.

Devido ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de que a dupla imputação seria condição necessária para o legítimo início de ação penal à ente coletivo, instituiu-se a *dupla imputação necessária* (BIDINO, 2016, p. 5). Esse fato traz uma dificuldade de efetivação dessa previsão legal, pois condiciona o reconhecimento da responsabilidade penal à demonstração de que existiu uma decisão de seu representante legal, contratual ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da entidade. Tal exigência representaria entrave para uma tutela penal efetiva, tornando sua aplicação tão difícil quanto a responsabilização pessoal dos dirigentes corporativos (REIS, 2016, p.296).

Além, no tocante à referida lei, o legislador não previu um procedimento específico para o processamento da pessoa jurídica. Wanderlei José dos Reis (2016, p.296) aponta a impossibilidade de realizar a dosimetria da pena para a pessoa jurídica, pois no momento da integração da Parte Geral

da lei à sua Parte Especial, as penas para as pessoas jurídicas previstas na Parte Geral do mesmo texto, em especial nos arts. 21 e 22, não são passíveis de aplicação por ausência de normas integradoras entre a Parte Geral e a Parte Especial.

A lei brasileira Anticorrupção (Lei 12.846/13), proveniente dos compromissos internacionais assumidos pelo país no combate à corrupção (GÓIS, 2015, p.108), inaugura a responsabilização das empresas pela prática de corrupção nas modalidades ativa e passiva, que se dedicavam exclusivamente a tipificar condutas individuais. Essa lacuna se justifica, dentre outras questões, pela resistência de parcela da doutrina à possibilidade de imputar responsabilidade criminal a pessoas jurídicas.

Fundamenta-se tal situação, sobretudo, na ausência de culpabilidade própria e indispensabilidade do elemento subjetivo empresarial (BRASÍLIA, 2018, p.38). Na seara administrativa restava apenas a possibilidade de sanções administrativas aplicáveis em licitações e contratos. Entretanto, a definição de competências, bem como dos procedimentos cabíveis em relação à responsabilização empresarial não é muito clara na Lei 12.846/2013.

O Recurso Especial 548.181 do Supremo Tribunal Federal traz discussão importante e amplamente rebatida ao tentar estabelecer delimitações da responsabilização penal das pessoas à luz dos deveres de proteção estabelecidos na Constituição. Nele, expressou-se o entendimento de que a relação jurídico-processual da responsabilidade corporativa independe da relação com a pessoa física, indo diametralmente em oposição ao entendimento consolidado no STJ acerca da *dupla imputação necessária.*

Já o projeto do Senado nº 236/2012 – o Novo Código Penal – institui na sua Parte Geral, Título II, art. 41, a criminalização de pessoas jurídicas de direito privado por atos praticados contra a administração pública e ordem econômico-financeira, representando uma nova perspectiva de imputação aos ilícitos corporativos. O referido diploma resolve o problema trazido pela Lei Ambiental sobre a culpabilidade dos entes coletivos. Nessa toada, Wanderlei José dos Reis traz importante contribuição:

> Tendo em vista que a principal crítica endereçada à Lei Ambiental diz respeito à medida legal de culpabilidade dos entes coletivos, as sanções previstas no projeto do novo Código Penal são compatíveis com as pessoas jurídicas, exceto as sanções de privação de liberdade trazidas pelos tipos penais, por não se coadunarem com a realidade dos entes morais, que deverão ser substituídas por aquelas elencadas nos arts. 34 e 35 do aludido Projeto. Assim, a proposta procurou tornar proporcional a sanção aplicável, diante do agravo ocorrido, fixando limites mínimos e máximos para as sanções de suspensão de atividades, interdição de estabelecimentos, proibição de contratar com o Poder Público (REIS, 2016, p. 298).

A aprovação desse projeto será de extrema contribuição à dogmática penal, porém apresenta, dentre outras falhas, a de não contemplar a responsabilidade corporativa de direito público. A forma e os requisitos de aplicação de sanções penais aos entes coletivos ainda padecem de omissão em relação à modalidade e gradação da pena aplicável em diferentes situações concretas.

O que se observa atualmente, como bem ilustra a Samarco, é que, no que tange aos riscos provenientes da inovação tecnológica, a administração estatal não dispõe de conhecimento suficiente sobre segurança técnica, produzido majoritariamente por experiência empresarial (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2013, p.17). Ademais, a legislação ainda é incipiente em termos de responsabilidade coletiva do setor empresarial. O que foi produzido até agora faz acreditar que a simples criação de novos crimes será insuficiente e ineficaz para disciplinar grupos nacionais e estrangeiros em atividades empresariais diversas (TAKADA; RUSCHEL, 2012, p.1058).

O Estado, ente regulador externo, também não possui recurso financeiro suficiente para agir diretamente na atividade empresarial, com o fito de fazer as empresas atuarem em conformidade com a norma. Provoca-se a possibilidade de ir contra o ordenamento, posto que a criminologia encontra dificuldade de difundir a vitimização primária dos ilícitos econômicos (NEVES, 2011, p.58). O crime em Mariana ilustra o ocorrido.

A investigação penal realizada pelo Ministério Público Federal demons-

tra que a empresa vinha falhando em seguir exigências desde a construção do complexo, atuando sempre de maneira a beneficiar-se economicamente. A justificativa utilizada pelo setor corporativo, quando investigado o porquê da transferência da lama de um dique para outro sem a cautela exigida quanto à contaminação do rejeito arenoso – transposição que entra nas concausas do desmoronamento –, foi a necessidade de conseguir espaço para a deposição de rejeito, sob pena de paralisação das operações. Ademais, a Samarco possuía um Comitê de Barragens, o qual reportava todas as falhas ao longo da construção e operação de Fundão que, uma vez discutidas, os membros decidiram por se omitir e não adotar as medidas necessárias e adequadas para evitar o rompimento da barragem em 2015, sabendo dos problemas e riscos associados (BRASIL, 2016, p.96).

Se o Estado tivesse assumido a inviabilidade de controlar, verdadeiramente, as ações empresariais e estimulado um mecanismo que representasse "uma verdadeira união de esforços em prol do bem comum, com um potencial qualitativo e quantitativo que dificilmente poderia ser alcançado de forma isolada" (ALBUQUERQUE, 2018, p.58), os danos causados poderiam ser evitados. O estímulo à utilização dos programas de *compliance*, por exemplo, pode se mostrar mais efetivo nesse processo do que a criação de tipos penais através da heterorresponsabilidade.[8]

O mais importante a destacar é que o ordenamento brasileiro ainda não aceita, de forma clara, a impossibilidade de controlar as empresas de forma direta. Todas a tentativa legislativa de controlar os ilícitos corporativos falham em algum momento. Seja o momento de definição das competência e esclarecimento de como será realizado esse gênero de imputação, seja o de compreender quais condutas referem-se à empresa e quais aos entes controladores dessa.

8. A empresa em questão possui código de ética e relatório de sustentabilidade anual, que se encontram disponíveis em seu site, entretanto, analisando as ações do MP, observa-se que o que a empresa se propõe a realizar e o que de fato se vislumbra, é conflitante. Devido ao espaço disponível para a realização da pesquisa, não foi possível discutir esses pontos, de forma que resta a observação sobre a questão e a defesa de não bastar a existência de códigos de conduta, mas antes a verdadeira aplicabilidade desses.

4. DIREITO PENAL E O CAMINHO DA AUTORRESPONSABILIDADE

Como explica Albuquerque (2018), com a utilização desses programas e do que se chama de autorresponsabilidade regulada, o Estado é o responsável por fixar objetos, procedimentos para a atuação, fins e normativas que devem nortear as atividades autorregulatórias. Mas antes disso, cabe à autoridade estatal criar mecanismos adequados ao controle em segundo plano, com o fito de unir as iniciativas tomadas no âmbito privado com essa supervisão pública da atividade empresarial.

Entretanto, mesmo no âmbito da anticorrupção, a legislação brasileira ainda não complementa adequadamente incentivos para que os programas de *compliance* sejam utilizados de uma forma mais ampla (FRAZÃO, p.3, parte III). O aumento da utilização do *corporate compliance* não acontecerá de forma generalizada enquanto o ordenamento continuar centrado na sanção e deixar de oferecer estímulos adequados aos programas de integridade. Conforme Ana Frazão explica:

> Enquanto estivermos concentrados prioritariamente nas sanções e não oferecermos os devidos incentivos econômicos e não econômicos para a adoção do *compliance* – dentre os quais o reconhecimento de excludentes de responsabilidade das organizações ou indicação precisa das consequências de um bom programa de *compliance*, a partir de critérios claros e objetivos, que não fiquem sujeitos à avaliação excessivamente discricionária por parte da autoridade administrativa –, certamente que estimularemos que os agentes econômicos considerem os programas a partir da ótica prioritária do temor da sanção ou do cálculo econômico. Mais grave ainda, estimularemos a adoção de programas de *compliance* que, se não propriamente de fachada, sejam planejados e executados exclusivamente a partir da análise de custo-benefício das vantagens econômicas que deles poderão decorrer" (2018, pp. 3 e 4, grifado no original).

O objetivo do programa de compliance é disseminar a figura da responsabilidade social corporativa, com estímulo a valores éticos, respeito

ao meio ambiente, aos direitos humanos e ao ordenamento jurídico. É uma medida profilática, não prioritariamente repressiva.

O injusto da pessoa jurídica que justifica a opção ou necessidade de utilizar a sanção penal é apontado, por Gómez- Jara Díez (2013, p.14), como o resultado de a empresa ter se organizado defeituosamente gerando riscos superiores ao permitido. Entretanto, não basta que a empresa tenha se organizado defeituosamente (o que consistiria na imputação objetiva), é necessário investigar se o risco produzido está relacionado com o defeito organizativo.

Nesse sentido Albuquerque complementa que "é preciso, igualmente, se determinar que a pessoa jurídica contava com uma organização, *ex ante*, ineficaz para combater o risco que finalmente produziu" (ALBUQUERQUE, 2018, p.211). Se for provado que o ilícito foi cometido por uma pessoa física que se aproveitou do cargo ocupado na empresa, essa por nada responde, atribuindo-se, exclusivamente, a responsabilidade penal à pessoa física, situação que as leis já existentes regulam.

Sobre a organização *ex ante* ineficaz para combater riscos, é válido mencionar que quando a Vale fantasia o relatório de Sustentabilidade, demonstra que há, dentro do setor corporativo uma cultura de desrespeito às normas e uma ineficácia para combater os riscos que o falseamento das informações poderia trazer à sociedade e ao meio ambiente.

Quando se trata de atribuir responsabilidade à empresa, o questionamento principal é o tipo de sanção a ser aplicada (ROYSEN, 2011, p.545). Dentre os impasses que a instauração de um modelo de responsabilidade empresarial por via penal enfrenta é a determinação da culpabilidade empresarial, uma vez que sem culpabilidade não há pena. Desse modo, é significativa a pesquisa realizada por Carlos Gómez-Jara Díez (2013) que, na tentativa de elucidar o que vem a ser, modernamente, o conceito de culpabilidade empresarial, explica que:

> conforme o modelo construtivista, culpabilidade empresarial e culpabilidade individual não são iguais, mas sim, funcionalmente equivalentes; ou expressão de outra forma: desde a perspectiva da função da culpabilidade – simbolizar a infração do papel do cidadão [corporativo

> no caso da empresa] fiel ao Direito, o questionamento da vigência da norma – culpabilidade empresarial tem como base três equivalentes funcionais que se correspondem com os três pilares do conceito de culpabilidade individual: a fidelidade ao Direito como condição para a vigência da norma, o sinalagma básico do direito penal e, por último, a capacidade de questionar a vigência da norma (2013, p.36).

Nesta toada, aponta que a vigência de uma determinada norma depende da manutenção de uma cultura empresarial de fidelidade ao direito, porque a autorregulação empresarial, oriunda da incapacidade do Estado de controlar os riscos da sociedade pós industrial moderna, impõe um controle de contexto (e não controle direto) sobre as ações das empresas, resultando necessário e adequado impor a obrigação primordial de as organizações empresariais serem fiéis ao Direito.

O estabelecimento dessa obrigação fundamental do Direito, ocorre porque, ao conferir liberdade de auto-organização, impõe-se, por efeito, responsabilidade pelas consequências da atividade empresarial. Toda empresa, nesse ínterim, deve se organizar autorresponsavelmente, visando que ninguém resulte prejudicado.

Já a capacidade de questionar a vigência da norma, por sua vez, é fruto do status de cidadania que a empresa recebe, o qual passa a ser fundamental na dimensão material de culpabilidade juridico-penal. Isso, porque gera a possibilidade de participação e intervenção nos assuntos públicos, que se procede mediante "a interpretação da liberdade de expressão reconhecida constitucionalmente às pessoas jurídicas" (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2013, P.39).

A contraposição desse modelo com o de heterorresponsabilidade, é que enquanto o modelo de autorresponsabilidade regulada tem o papel fundamental do setor corporativo na regulação dos riscos, compreendendo de que maneira eles podem ser evitados, no modelo de hetererresponsabilidade o Estado, detentor do *Jus Puniendi* vai atuar quando o dano já tiver ocorrido – uma prevenção tardia. Nesse último, não há a participação democrática das corporações, muito menos colaboração mútua para um processo que beneficia, sobretudo, a sociedade.

Diante das incertezas do panorama contemporâneo, a intervenção do Estado é de fato necessária. Instrumentos legais que outrora se fizeram desnecessários no âmbito empresarial, como é o exemplo do direito penal, passam a ocupar-se da tentativa de racionalizar o processo de produção de normas mediante a inserção de novos comandos dentro do ordenamento (ALBUQUERQUE, p.43).

O direito, em especial o direito penal, fracassará em suas pretensões regulatórias se não levar em consideração a organização interna das próprias empresas, visto que não há sujeito melhor do que a própria estrutura empresarial para estabelecer quais são os riscos inerentes a sua atividade e qual a melhor maneira de enfrentá-los, já que detém a tecnologia necessária para compreender as suas peculiaridades internas, bem como conhecimento técnico suficiente para descobrir onde e como agir. Albuquerque complementa afirmando não haver, portanto, como o Estado sozinho – por meio do modelo de heterorresponsabilidade –, dar conta de tamanha complexidade e almejar um resultado satisfatório em sua iniciativa.

Por isso, retomando os exemplos de Mariana e Brumadinho, é cabível pensar que responsabilizar criminalmente as companhias partindo de uma cultura empresarial não só é mais justo, como também eficaz. Mais justo, porque diferencia na medida as pessoas jurídicas cumpridoras da legislação e as que não são antes do fato se tornar imensurável como os ocorridos. E mais eficaz, porque permite que as próprias empresas evitem a responsabilidade por meio de uma organização correta (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2013, p.10).

E além, o Gómez-Jara (2013) complementa que a imposição de sanções penais – pela ótica aqui defendida – a uma organização empresarial se mostra legítima, na medida em que participe da produção normativa, questionou legitimamente tal norma, participou do processo de elaboração e aceitou se submeter a tal mecanismo. Sob esse ponto, só é possível a construção desse modelo de autorresponsabilidade por meio do *compliance*, se esse se constituir como um setor autônomo dentro da empresa. Se isso não ocorre e se está diante de uma cultura empresarial distorcida, o programa acaba se tornando meramente ilustrativo.

6. CONCLUSÃO

Ainda que a regulação jurídica focada na sanção se justifique sob o ponto de vista retributivo, não tem o alcance prático desejado de superar a lógica do mercado. Nesse sentido, considera-se a utilização da autorresponsabilidade a via mais adequada, por ser marcadamente antecipatória e capaz de evitar desastres.

Para isso, não basta a incorporação dos modelos de *corporate compliance,* visto que esses realizam um trabalho em conjunto com o Estado, o qual não pode deixar de prestar tutela penal. A responsabilidade penal alcança a função chave de criar uma cooperação entre Estado e poder corporativo, em que a punição continua ocorrendo, mas quando a empresa falha em manter o compromisso de gerir os riscos.

Tanto os esforços de persecução como as provas necessárias para uma condenação penal precisam ser ainda mais contundentes do que nas demais áreas do direito. Para isso, necessita-se não só de uma visão externa, mas de um acompanhamento progressivo da regulação dos riscos da atividade corporativa. Isso o modelo de heterorresponsabilidade não permite, já que não há participação empresarial nem popular na consecução da função legislativa penal. É por esses pontos que o modelo de heterorresponsabilidade não é considerado o mais adequado.

O modelo de autorresponsabilidade traz a discussão de que há muitos elementos presentes no interior de uma empresa que são independente das pessoas físicas que a comandam. Entretanto, por mais que modelo seja considerado o mais adequado, não está imune a críticas.

É preciso que desenvolvamos uma dogmática penal para as empresas coerente e capaz de cumprir com a função garantista que é ao Direito Penal atribuída, mas enquanto os modelos de heterorresponsabilidade continuarem se mostrando inadequados, os programas de *compliance* são um passo primordial para a construção democrática de uma teoria do delito coletivo. Isso, sobretudo se se analisa que os danos causados pelas práticas empresariais poderiam ser antecipados e prevenidos com a criação de programas de auditoria, uso de código de ética e/ou código de conduta, canais de denúncia, ouvidorias, desenvolvimento de controles internos

e procedimentos voltados à divulgação de temas relacionados à corrupção, treinamento de pessoal, e regulação indireta pelo Estado, que de fato sejam contundentes.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, **Eduardo Lemos Lins de**. **Compliance e crime corporativo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 23 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017

BIDINO, Claudio. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil e teoria da dupla imputação necessária: comentários ao Acórdão RE 548.181 do STF**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Jurisprudência comentada. RBCCRIM Vol. 123, setembro de 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Procuradoria da República nos Estado de Minas Gerais e Espírito Santo - Força Tarefa Rio Doce**. Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais. IPL n.º 1843/2015 SRPF/MG; Procedimento Investigatório Criminal (PIC) MPF n.º 1.22.000.000003/2016-04. 16 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-mariana/atuacao-do-mpf/atuacao-na-1a-instancia/acoes> acesso em: 21 mar. 2019.

BRASÍLIA, Corregedoria-Geral da União. **Manual de Responsabilização Administrativa da Pessoa Jurídica**. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Brasília, dezembro de 2018.

FISHER, Douglas. **O custo social da criminalidade econômica**. Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas.. Organizador: Artur de Brito Gueiros Souza – Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011

FRAZÃO, Ana. **Corrupção e compliance: um exame à luz das relações entre direito e moral**. parte III, 11 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/corrupcao-e-compliance-2-11072018> acesso em: 11 fev. 2019.

GÓIS, Veruska Sayonara de. **A Lei de Compliance e sua Configuração Enquanto Política Pública Regulatória para o Setor Privado Brasileiro**. Tribunal de Contas do Ceará. Revista Controle - Volume XII - Nº 2 - Dezembro 2014.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9.605/98**. Carlos Gómez-Jara Díez; tradução Cristina Reindolff da Motta. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MACHADO, João Claudio Faria; BIANCHI, Patrícia Nunes Lima. **A desvinculação da pessoa física na responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica: um novo paradigma no Supremo Tribunal Federal**, disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c47e6fcb58178824> acesso em: 27 mar. 2019.

NEVES, Eduardo Viana Portela. **A atualidade de Edwin H. Sutherland**. Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Organizador: Artur de Brito Gueiros Souza – Brasília :Escola Superior do Ministério Público da União, 2011.

PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico**. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. vol. 6. Coordenação: Cláudio Brandão. 2. ed. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2016.

REIS, Wanderlei José dos. **A responsabilização penal da pessoa jurídica no projeto do Novo Código Penal**. Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá e Escola da Magistratura Mato-Grossense, v. 4, p. 293-300, jan./dez. 2016. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/299-1098-1-pb.pdf> acesso em: 27 de mar. 2019.

ROYSEN, Joyce. **Histórico da criminalidade econômica**. Teoria geral da tutela da pena transindividual/ Luiz Regis Prado, René ariel Dotti organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SANCHÉZ, Jesús María Silva. **Pena e pessoa jurídica: crítica ao art.31 bis do código penal espanhol**.

_____. **A expansão do direito penal**. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SICA, Leonardo. **Caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica**. Teoria geral da tutela da pena transindividual/ Luiz Regis Prado, René ariel Dotti organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TAKADA, Mariana; RUSCHEL, Caroline Vieira. **A (in) Eficácia das penas nos crimes ambientais**. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 3, n.3, p. 1043- 1062, 3º Trimestre de 2012. Disponível em: <www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044.> acesso em: 26 de mar. 2019.

O PROTAGONISMO DA MULHER NA ATIVIDADE CRIMINOSA NO BRASIL

CARLOS ALBERTO FERREIRA DOS SANTOS
RONALDO ALVES MARINHO DA SILVA

1. INTRODUÇÃO

O número de mulheres autoras de crimes no Brasil tem crescido de forma significativa. Os dados apresentados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, através da pesquisa INFOPEN Mulheres (2017), demonstram que entre o ano de 2000 e 2016 ocorreu um aumento de 656% no número de mulheres presas no sistema penitenciário brasileiro.

Os dados absolutos apresentados pela pesquisa identificaram que no ano de 2000 eram menos de 6 mil mulheres presas, já em junho de 2016 esse número atinge a marca de 42.355 mulheres presas. Percentualmente esse número ainda é pequeno se comparado com o total de encarcerados no país (726.712 prisioneiros), mas já apresenta o desafio de incluir a questão de gênero nas políticas públicas do setor (BRASIL/MJ/INFOPEN/Mulheres, 2017).

Cabe destacar que em relação a dados estatísticos em âmbito mundial, o Brasil no que se refere ao contexto internacional das mulheres encarceradas, está em quarto lugar, perdendo apenas para os Estados Unidos com 211.870, China com 107.131 e Rússia com 48.478 (BRASIL/MJ/INFOPEN/Mulheres, 2017).

Cita-se como problema da pesquisa responder ao seguinte questionamento: O Brasil, no que se refere aos ditames elencados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), tem buscado efetivar a

dignidade das mulheres autoras de crimes que estejam encarceradas nos presídios brasileiros?

O presente estudo acadêmico tem como objetivo apontar as características da mulher na atividade criminosa no Brasil e o tratamento dado no sistema carcerário brasileiro para as prisioneiras, tendo como base os direitos humanos consagrados na Constituição Federal de 1988, nas Regras de Bangkok e na Declaração Universal do Direitos Humanos (1948).

Cabe enfatizar que o artigo científico foi elaborado a partir de uma pesquisa exploratória, descritiva e bibliográfica. O método principal foi o dedutivo, pois a pesquisa foi iniciada tendo como suporte as premissas gerais vinculadas a temática abordada, tais como legislação, doutrina e jurisprudência. Depois, chegou-se as particularidades específicas no que se refere aos assuntos abordados no decorrer do trabalho.

Frisa-se que para se obter um resultado mais aprofundado, fez-se uso também dos métodos auxiliares: o histórico, pois há uma contextualização histórica do sistema carcerário e o quali-quantitativo, já que são mensurados a opinião de doutrinadores, dos Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, sendo também imprescindível dados estatísticos que abordam a realidade do sistema carcerário feminino, sendo um notório exemplo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres (2017), produzido e divulgado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Notabiliza-se que estudos voltados para a realidade da mulher é algo de extrema importância para fomentar políticas públicas direcionadas para as suas necessidades. Ou seja, as mulheres menstruam, engravidam e possuem necessidades e peculiaridades das quais devem ser compreendidas pelos gestores do sistema carcerário brasileiro. Diante disso, evidencia-se a importância da leitura do estudo científico, para que de fato compreenda-se a necessidade de fomentar o princípio da dignidade da pessoa humana nos presídios femininos sejam eles no Brasil ou em qualquer lugar do Planeta Terra.

2. A MULHER AUTORA DE CRIMES NO TERRITÓRIO BRASILEIRO

A criminalidade feminina vem fomentado discussões acadêmicas e na mídia, pois há um grande aumento estatístico, no decorrer do século XXI, no quantitativo de mulheres aprisionadas. Ressalta-se que enquanto o número da população carcerária masculina obteve um crescimento de 293%, as mulheres aprisionadas tiveram um estrondoso crescimento de 656% como já mencionado no presente artigo.

É importante destacar que de acordo com os dados do INFOPEN Mulheres (2017), com informações acerca do período de junho de 2016, do total de mulheres presas 62% estavam encarceradas por crimes relacionados ao tráfico de drogas, sendo eles: Tráfico de drogas (Art. 12 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343/06), Associação para o tráfico (Art. 14 da Lei 6.368/76 e Art. 35 da Lei 11.343/06) e Tráfico internacional de drogas (Art. 18 da Lei 6.368/76 e Art. 33 e 40, inciso I da Lei 11.343/06). Já no que se refere aos homens que estão presos por crimes vinculados ao tráfico de drogas, o índice é bem menor, chegando a um total de 26% no mesmo período (BRASIL/MJ/INFOPEN/Mulheres, 2017).

Cabe ressaltar que além dos crimes vinculados ao tráfico de drogas, em segundo lugar há, a prática de roubo (11%) e em terceiro lugar a prática de furto (9%) (BRASIL/MJ/INFOPEN/Mulheres, 2017).

No que concerne a natureza da prisão e o tipo de regime, o INFOPEN Mulheres (2017) informa que 19.223, ou sejam, 45% das mulheres encarceradas ainda não foram condenadas, são presas provisórias em fase de julgamento. Cita-se também que 13.536, aproximadamente 32% delas estão em regime fechado, 6.609 (16%) em regime semiaberto e 2.755 (7%) em regime aberto (BRASIL/MJ/INFOPEN/Mulheres, 2017).

Insta salientar em relação as mulheres presas no tráfico, que em sua maioria, sua relação com o tráfico não é de chefe, ou seja, possui um papel de coadjuvante. Tendo sido, em regra, iniciadas por seus pais, companheiros ou irmãos (por homens), substituindo-os quando de suas prisões. Explica Elaine Pimentel (2008) no que se refere a papel da mulher no tráfico do Brasil:

> De fato, o culto feminino ao amor, ainda no contexto da contemporaneidade, subsiste como uma realidade cultural, figurando como elemento formador de representações sociais. Ainda que as mulheres participem ativamente do mercado de trabalho, adquirindo autonomia profissional e financeira, lutando pela igualdade e rompendo com a forte tradição de permanência no espaço doméstico, suas concepções acerca do amor e suas expectativas amorosas são bem diferentes daquelas vividas pelos homens. A mulher age em nome do afeto, na medida em que suas práticas estão diretamente relacionadas a sua identidade na relação afetiva. Por isso, as práticas sociais femininas no contexto do tráfico de drogas, não têm os mesmos fundamentos representacionais que as práticas masculinas, notadamente justificadas a partir de aspectos financeiros e da necessidade do homem de se firmar como sujeito em determinado grupo social. (PIMENTEL, 2008).

Vislumbra-se a partir da leitura de Elaine Pimentel (2008) que as mulheres presas por tráfico de drogas, em sua grande maioria, não são as chefes do tráfico. Ressalta-se que nos dias atuais esse quadro não foi modificado.

Em sua dissertação de Mestrado Laisa Dannielle Feitosa de Lima (2016) fala sobre o aumento de mulheres autoras de crimes vinculados ao tráfico de drogas:

> Dessa maneira, o narcotráfico tem representado uma oportunidade de retorno financeiro, para uma parcela da população que não consegue melhores oportunidades de emprego. Os níveis educacionais das mulheres presas pelo tráfico, normalmente, não chegam ao ensino médio e, dificilmente, ao ensino superior. São raras as exceções que encontramos alguma com uma qualificação que lhes colocaria no mercado formal em trabalhos financeiramente melhores. (LIMA, 2016, p.106).

Prossegue Laisa Dannielle Feitosa de Lima ao confirmar o entendimento de Elaine Pimentel (2008) no que se refere ao fato da grande maioria das mulheres possuírem papeis coadjuvantes no domínio do tráfico de drogas no Brasil:

> As mulheres no tráfico de drogas assumem funções de menos complexidade, e em postos subalternos. Estão na maioria das vezes vinculadas ao espaço doméstico, o que representa também o universo privado que estão acostumadas. O comércio da droga, acaba por envolver todos os integrantes de uma família em alguns casos, e a rua se coloca como um lugar que possibilita um maior risco de prisão. (LIMA, 2016, p. 107).

Destarte, torna-se importante destacar que a maioria das mulheres estão presas no Brasil pelo cometimento de crimes vinculados ao tráfico de drogas, mas uma grandiosa parte delas não são as chefes do tráfico. Ou seja, o papel de comando está diretamente ligado aos homens que em muitos casos influenciam diretamente no caminho do crime a ser seguido pelo sexo feminino.

3. O ENCARCERAMENTO DA MULHER AUTORA DE CRIMES E O TRATAMENTO DADO NOS PRESÍDIOS FEMININOS SOB OS PARAMETROS DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O sistema carcerário brasileiro, diante do que aponta recentes estudos, não apresentou mudanças na sua estrutura de funcionamento mesmo com o aumento das mulheres encarceradas nos últimos anos, pois essa afirmação é perceptível diante dos dados apresentados pelo INFOPEN Mulheres (2017), a saber: 74% dos estabelecimentos prisionais são voltados para o gênero masculino, sendo um total de 1067 unidades prisionais; 17% dos estabelecimentos prisionais são mistos, ou seja, 244 unidades prisionais comportam homens e mulheres, mas obviamente em alas diferentes, sendo que a sua construção foi voltada para as necessidades masculinas; apenas 7% são espaços prisionais exclusivamente femininos (BRASIL/MJ/INFOPEN/Mulheres, 2017).

Além do fato de estarem aprisionadas em um local inadequado para as suas necessidades, já que a maioria dos estabelecimentos prisionais foram construídos para encarcerar homens, sendo que a mulher possui sofrimento

distinto do gênero masculino. Afirma Drauzio Varella relatando as peculiaridades das dores do sofrimento da mulher encarcerada:

> De todos os tormentos do cárcere, o abandono é o que mais aflige as detentas. Cumprem suas penas esquecidas pelos familiares, amigos, maridos, namorados e até pelos filhos. A sociedade é capaz de encarar com alguma complacência a prisão de um parente homem, mas a da mulher envergonha a família inteira.
> Enquanto estiver preso, o homem contará com a visita de uma mulher, seja a mãe, esposa, namorada, prima ou a vizinha, esteja ele num presídio de São Paulo ou a centenas de quilômetros. A mulher é esquecida. (VARELLA, 2017, p. 38).

Percebe-se, a partir da compreensão de Drauzio Varella (2017), que a mulher autora de crime, além de ser punida com base no ordenamento jurídico pátrio, também em sua maioria sofrerá o afastamento de entes queridos, a discriminação da sociedade e, com isso, amplia seu sofrimento psicológico que trará prejuízos imensuráveis para a sua vida, com reflexo no processo de reintegração social.

Outro ponto também a merecer atenção do Estado e que também Drauzio Varella (2017) relata em seu trabalho, é sobre a relação da prisioneira e a maternidade:

> A separação dos filhos é um martírio à parte. Privado da liberdade, resta ao homem o consolo de que a mãe de seus filhos cuidará deles. Poderão lhes falar recursos materiais, mas não serão abandonados. A mulher, ao contrário, sabe que é insubstituível e que a perda do convívio com as crianças, ainda que temporária, será irreparável, porque se ressentirão da ausência de cuidados maternos, serão maltratadas por familiares e estranhos, poderão enveredar pelo caminho das drogas e do crime, e ela não os verá crescer, a dor mais pungente.
> Mães de muitos filhos, como é o caso da maioria, são forçadas a aceitar a solução de vê-los espalhados por casas de parentes ou vizinhos e, na falta de ambos, em instituições públicas sob a responsabilidade do

> Conselho Tutelar, condições em que podem passar anos sem vê-los ou até perdê-los para sempre. (VARELLA, 2017, p. 45).

Torna-se importante enfatizar que em relação a maternidade da mulher presa está sendo delineado um novo quadro de respeito aos direitos fundamentais da criança e da mãe. Neste caminho citamos a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), no ano de 2018, que concedeu um Habeas Corpus Coletivo (HC 143641) para beneficiar mulheres gestantes e com filhos de até doze anos de idade para que cumprissem suas penas em prisão domiciliar seguindo alguns critérios objetivos e subjetivos. Informa o *site* do Supremo Tribunal Federal acerca da supracitada decisão:

> A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, na sessão desta terça-feira (20), por maioria de votos, conceder Habeas Corpus (HC 143641) coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal (CPP). (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018).

Salienta-se que a decisão do STF foi importante para trazer dignidade para mulheres no cárcere e seus filhos. Importante citar que o ordenamento jurídico respaldou a citada decisão, pois entrou em vigor em dezembro de 2018 a Lei nº 13.769 que trouxe benéficas modificações para as mulheres autoras de crimes, alterando o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984) e a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990) para estabelecer o direito da mulher presa em permanecer na prisão domiciliar no caso de estarem gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência que sejam dependentes da mulher.

Informam os artigos 318-A e 318-B do Código de Processo Penal, criados a partir da referida legislação:

> Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:
> I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
> II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.
> Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código. (BRASIL, 2018).

Esta nova lei (Lei nº 13.769/2018) resgatou o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois propiciou o bem-estar de crianças e pessoas com deficiência através do não afastamento do vínculo materno, tão importante nesta fase da vida. Esclarece Ingo Wolfgang Sarlet (2012) sobre a importância de respeitar a vida e a integridade física do ser humano, tendo como respaldo da dignidade da pessoa humana:

> O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2012, p.71).

A partir da compreensão de Ingo Wolfgang Sarlet (2012) é possível visualizar que o ordenamento jurídico brasileiro tem seguido o que é proposto na Carta Magna. Ou seja, as leis penais têm buscado enaltecer a dignidade humana, buscam assegurado os direitos fundamentais dos cidadãos. Mas, diante do que se apresenta através de pesquisas e até mesmo nos meios de comunicação de massa, falta efetividade no seu cumprimento, seja por falta de recursos ou até mesmo ausência de políticas públicas para melhorias, tanto no sistema carcerário como também no enfrentamento ao

aumento nos índices de criminalidade, tais como um grande quantitativo de mulheres presas por crimes vinculados ao tráfico de drogas.

Aponta Grasielle Borges Vieira de Carvalho et al. (2018) sobre a importância de pesquisas que tratem acerca do sistema prisional brasileiro e também da participação do legislador e do Poder Executivo como modificador da cruel realidade do cárcere:

> O fomento a pesquisas sobre a temática é de suma importância, é previsível que apontamentos em prol de melhorias só venham a surgir, por quem conheça a causa. Certo é que significativos avanços foram dados, mas não se pode discorrer sobre suficiência quando o parâmetro compreende exclusiva penitenciária feminina, em reduzidas condições físicas para aplicação do que é dito pela Lei de Execuções Penais, sobre legítimas práticas de reinserção social ou exercício de alguns direitos e institutos normativos.
>
> Ademais, o esforço do profissional atuante na fase de execução penal é válido, mas insuficiente quando não corroborado por aqueles que estão a lhe anteceder. O viés punitivo, vingativo precisa ser posto de lado pelos julgadores da etapa de cognição. É preciso caráter crítico na atuação do legislador, bem como do poder executivo na preferência por políticas públicas preventivas e freios quando da construção das políticas criminais, consciente que Direito Penal não resolve problemas sociais. (CARVALHO et al, 2018).

É importante ressaltar no discurso de Grasielle Borges Vieira de Carvalho et al. (2018) quando se afirma que "Direito Penal não resolve problemas sociais", ou seja, os problemas sociais podem ser enfrentados de uma forma ampla e complexa, pois há a necessidade de mexer em diversos aspectos, sejam eles em âmbitos relacionados a educação de qualidade, o surgimento de empregos e o enfrentamento da criminalidade não apenas com punição, mas através de meios que possam ressocializar e tornar o (a) autor (a) de crimes em um ser melhor e que possa ser útil para a sociedade.

Para que haja a propagação de um viés de ressocialização no sistema prisional feminino, torna-se imprescindível o que prega as Regras de

Bangkok[1], da Organização das Nações Unidas (ONU), que informam em sua regra 29:

> A capacitação dos/as funcionários/as de penitenciárias femininas deverá colocá-los em condição de atender às necessidades especiais das presas para sua reinserção social, assim como a operação de serviços e equipamentos seguros e com foco na reabilitação. As medidas de capacitação de funcionárias deverão incluir também a possibilidade de acesso a postos superiores com responsabilidades determinantes para o desenvolvimento de políticas e estratégias em relação ao tratamento e cuidados com as presas. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA/REGRAS DE BANGKOK, 2016).

Importante ressaltar que as diretrizes das Regras de Bangkok foram respaldadas no ordenamento jurídico pátrio através do Decreto nº 8.858/2016 **e busca trazer dignidade para a mulher encarcerada, sendo exigência o seu fiel cumprimento**.

A ressocialização é algo imprescindível na execução penal e que possui respaldo na Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/1984), pois afirma-se em seu artigo 10: "A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade". Apontam-se como exemplos de assistência asseguradas pelo Estado e citadas no artigo 11 da referida lei: assistência material, assistência à saúde; assistência jurídica; assistência educacional; assistência social e assistência religiosa. (BRASIL, 1984).

No que se refere a importância da ressocialização do apenado (a), explica Gabriel Ribeiro Nogueira Júnior (2018):

1. O principal marco normativo internacional a abordar essa problemática são as chamadas Regras de Bangkok – Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Essas Regras propõem olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

> Ocorre que a reinserção social daqueles que cumprem uma pena, não pode ser vista apenas sob o prisma do Estado, principal responsável por tal processo, mas como um próprio direito do sentenciado, lançando-se, a partir de então, um duplo foco: um para o condenado, ao qual deve ser assegurada uma execução penal menos drástica, estigmatizante, violadora e opressora possível; e outro para o Estado, que deve buscar implementar todos os meios que garantam a conclusão da execução no prazo estipulado na sentença e que oportunizem ao condenado esse regresso à sociedade de forma a retomar sua trajetória de vida, em conformidade com o ordenamento jurídico. (NOGUEIRA JÚNIOR, 2018, p. 46).

O sistema carcerário brasileiro, como enfatizado por Gabriel Ribeiro Nogueira Júnior (2018), deve oportunizar os meios necessários para que o detento (a) retorne ao convívio social diante do que preza o ordenamento jurídico. A prisão sendo fundamentada pela Lei de Execução Penal deve garantir sim a ressocialização do apenado (a).

A Fundação Getúlio Vargas (FGV), por meio da Diretoria de Análise de Políticas Públicas, lançou 2018 um novo estudo intitulado "Encarceramento Feminino", em que recomenda como políticas públicas para mulheres encarceradas, a saber:

> Ampliação de unidades materno-infantil para mulheres encarceradas no Brasil;
> Reestruturação de presídios exclusivos para mulheres para que possua infraestrutura adequada para a reclusão das apenadas;
> Investimento em ações para primeira infância focadas em filhos de mulheres encarceradas;
> Ampliação de ações focadas em jovens e adultos para diminuir a inserção de mulheres jovens no mercado de drogas ilícitas;
> Promoção de mecanismos para acelerar o julgamento das presas provisórias. (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2018)

É importante destacar que as tais propostas da FGV (2018) são condizentes com os compromissos internacionais assumidos pelo país e com os

princípios e normas da legislação brasileira, em especial o princípio da dignidade humana. Além disso, as políticas publicadas não são impossíveis de serem efetivadas, basta que haja de fato a participação ativa do Estado na implementação das propostas da FGV e que trariam incomensuráveis benefícios para as mulheres encarceradas no Brasil.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil possui uma legislação que preza por enaltecer os ensinamentos da Declaração Universal do Direitos Humanos (1948), é signatário de tratados internacionais que visam proteger a mulher, inclusive a mulher encarcerada, buscando eliminar toda forma de discriminação, preconceito e abusos, estabelecendo a necessidade de tratamento diferenciado para a mulher, dado a sua peculiaridade. No entanto, o sistema carcerário apresenta uma realidade cruel, principalmente para as mulheres autoras de crimes, pois a grande maioria dos presídios são inadequados para as suas necessidades.

A legislação pátria tem buscado efetivar a dignidade das mulheres autores de crime, sendo notório em 2018 a decisão do STF (Habeas Corpus Coletivo – HC 143641) e a vigência da Lei nº 13.769/2018, que possibilitaram às mães cumprirem suas penas ou prisões preventivas em prisão domiciliar, para cuidar dos seus dependentes.

Mas há um ponto crucial a ser resolvido, que vem a ser o grande quantitativo de presas provisórias, ou seja, o Poder Judiciário tem de encontrar meios de promover o julgamento em tempo hábil, com a atenção necessária a população feminina, cumprindo o princípio constitucional da celeridade processual e o Poder Executivo deve estabelecer políticas públicas específicas para este universo feminino.

Portanto, apenas condenar as mulheres autoras de crimes não é a melhor decisão a ser tomada, deve-se construir políticas públicas para trazer obstáculos para criminalidade e possibilitar uma vida melhor para as mulheres, assegurando educação de qualidade, prestação de serviços de saúde e uma maior empregabilidade. De outro lado, deve ser estabelecido um conjunto de políticas públicas no sistema carcerário que atenda as

especificidades da questão de gênero, com estruturas físicas adequadas, procedimentos e padrões de atenção a mulher presa que não as transforme em mulheres masculinizadas, compreendendo as peculiaridades do encarceramento feminino. Assim, o Brasil respeitará os tratados internacionais que é signatário e os direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://bit.ly/1bIJ9XW>. Acesso em: 09 mar. 2019.

_____. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <https://bit.ly/18kAH0G>. Acesso em: 09 mar. 2019.

_____. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.** Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/2WD307o>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <https://bit.ly/1WZGqno>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. Decreto nº 8.858, de 26 de setembro de 2016. Regulamenta o disposto no art. 199 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal. Disponível em: <https://bit.ly/2dpJBVz>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. Lei nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis nºs 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. Disponível

em: <https://bit.ly/2uDpdGo>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualização – junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2Txk2Tx>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2Bg80Zu>. Acesso em: 31 mar. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o tratamento das mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2LASozC>. Acesso em: 31 mar. 2019.

CARVALHO, Grasielle Borges Vieira de. et al. **Mulheres no cárcere**: breves reflexões sobre o sistema punitivo em Sergipe e os desafios da reinserção social. In: Interfaces Científicas – Humanas e Sociais, vol. 7, nº 1, junho de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2HZyccI>. Acesso em: 31 mar. 2019.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). DIRETORIA DE ANÁLISE DE POLÍTICAS DE PÚBLICAS (DAPP). **Encarceramento Feminino**. Rio de Janeiro: FGV DAPP, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2Wr3bCw>. Acesso em: 27 mar. 2019.

LIMA, Laisa Dannielle Feitosa de. **Presa em flagrante**: **uma análise da inserção das mulheres no tráfico de drogas**. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Humanidades, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2FHREIf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

MESQUITA, Lígia. Bibi Perigosa real: 'Menina da favela não tem maturidade para saber que vai dar ruim se namorar bandido'. Publicado em 11 out. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2CXs8OP>. Acesso em: 31 mar. 2019.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://bit.ly/2APIx5U>. Acesso em: 09 mar. 2019.

NOGUEIRA JÚNIOR, Gabriel Ribeiro. **Políticas públicas de reinserção social**: apontamentos sobre a realidade do sistema penitenciário a partir de Sergipe. Curitiba: CRV, 2018.

PIMENTEL, Elaine. **Amor bandido**: **as teias afetivas que envolvem a mulher no tráfico de drogas**. In: V Congresso Português de Sociologia. Mundos Sociais: Saberes e Práticas. Universidade Nova de Lisboa. Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, junho de 2008. Disponível em: <https://bit.ly/2UeLoRJ>. Acesso em: 31 mar. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente. Publicado em 20 fev. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2ojugZT>. Acesso em: 27 mar. 2019.

VARELLA, Drauzio. **Prisioneiras**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VIDAS NEGRAS IMPORTAM: UM ESTUDO ACERCA DA MORTE E APRISIONAMENTO DA POPULAÇÃO NEGRA NO BRASIL

CARLOS ALBERTO FERREIRA DOS SANTOS

1. INTRODUÇÃO

Os negros no Brasil estão livres da escravidão desde 1888, liberdade conquistada com a Lei Imperial nº 3.353/1888, mais conhecida como Lei Áurea. No entanto, até se chegar essa dita liberdade, foram muitos anos vividos de forma indigna, como mera mercadoria. Ressalta-se que os negros foram trazidos da África e vieram para trabalhar de forma desumana como escravos dos brancos. Outros que aqui nasceram, continuaram a trabalhar, sem direito a salário, boa alimentação ou até mesmo liberdade religiosa.

Passados mais de 100 anos, a vida dos negros continua sendo uma existência repleta de dificuldades. Informa o Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP (2017) sobre a violência direcionada aos negros no Brasil: a cada 100 vítimas de homicídios no Brasil, 71 são negras; dentre as pessoas mortas em intervenções policiais, 76% eram negras, com dados referentes ao período de 2015 e 2016; 56% dos policiais vítimas de homicídio nos anos de 2015 e 2016 são negros. Ou seja, é perceptível que os negros estão no alvo direto da violência, mas cabe afirmar que vidas negras importam.

Ressalta-se, como problema da presente pesquisa, responder a seguinte indagação: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) preza pela igualdade de tratamento entre todos os seres humanos, sendo que esse tratamento deve ser pautado por respeitar a dignidade humana. Diante dessa perspectiva, o Estado tem buscado efetivar a transformação social do negro

ou tem promovido a marginalização da população negra em confronto aos ensinamentos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)?

O artigo científico tem como objetivo destacar o tratamento dado pelo Estado brasileiro no que se refere a população negra do país, utilizando-se como base os ditames da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e da Constituição Federal de 1988.

Insta salientar que o artigo científico foi construído a partir de uma pesquisa exploratória, descritiva e bibliográfica, sendo o principal método o dedutivo, pois o estudo foi iniciado tendo como parâmetros as premissas gerais conectadas ao tema analisado, citando como exemplos a legislação pátria e a doutrina. Em seguida, com base nas premissas gerais, chegou-se as especificidades da realidade da população negra do Brasil.

Como forma de se obter resultados mais apurados no que se referem a violência e o descaso direcionado a população negra do Brasil, fez-se necessário a utilização dos seguintes métodos auxiliares: o histórico, pois há uma contextualização histórica dos negros no Brasil, desde a época do Império, até os dias atuais; o quali-quantitativo, já que são mensurados a opinião de diversos doutrinadores, a evolução da legislação pátria, sendo também importante os estarrecedores dados estatísticos que vislumbram a condição da população negra no país, tais como os produzidos e divulgados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dentre outros.

No Brasil, em tempos atuais, a população negra, ainda tem sido negligenciada em seus direitos fundamentais. Ressaltando que a própria Constituição Federal assegura esses direitos, mas ainda há intolerância religiosa com religiões de matriz africana e uma criminalização antecipada do negro. Diante dessa cruel realidade, o presente artigo, é de extrema relevância para valorizar a população negra que foi marginalizada desde a sua vinda para o Brasil e deve sim ter reparado esses danos pelo Estado brasileiro e, um dos propósitos deste estudo acadêmico, é fomentar senso crítico nos leitores, afastando dos mesmos o "achismo" que pode acarretar em sofrimento para uma população que possibilitou e possibilita o crescimento cultural e econômico do país.

2. A VIOLÊNCIA DIRECIONADA A POPULAÇÃO NEGRA DO BRASIL

Importante observar que mesmo após o fim da escravidão em 1888, os negros mesmo estando livres, continuaram a serem discriminados, inclusive com o auxílio do Estado. Assevera Juliana Borges (2018) acerca da perseguição a população negra logo após a sua liberdade no século XIX:

> Com o crescimento das cidades, diversas são as ações tomadas no período objetivando o aumento da vigilância sobre os negros e pobres livres. A polícia ganha outros contornos e a vadiagem, embasada e definida por valores morais e raciais de que as "classes menos favorecidas" eram preguiçosas, corruptas e imorais, alimentavam o imaginário do que se entenderia como "crime" e da representação do sujeito que seria criminalizado, o "criminoso". A capoeiragem, por exemplo, foi inserida no Código Penal Brasileiro, em 1890, intensificando ainda mais o controle social sobre negros. Além disso, um conjunto de leis foram sendo promulgadas e intensificadas criminalizando a cultura afro-brasileira como o samba e os batuques, as religiões, as reuniões musicais que passaram a ter que ser registradas nas delegacias e sofriam forte repressão. (BORGES, 2018, p.76).

A capoeira, algo diretamente ligado aos negros, foi sim criminalizada no século XIX, dois anos depois da liberdade dos negros conquistada com a Lei Áurea (Lei nº 3.353/1888). O Código Penal Brasileiro de 1890, possuía um capítulo intitulado "Dos vadios e capoeiras" que informava em seu artigo 402:

> Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal:
> Pena - de prisão cellular por dous a seis mezes.

> Paragrapho unico. E' considerado circumstancia aggravante pertencer o capoeira a alguma banda ou malta. (BRASIL, 1890).

Percebe-se que o artigo 402 do Código Penal Brasileiro de 1890 buscava impedir a capoeira, já que para o pensamento vigente a época, era que essa destreza corporal dos negros poderia ser usada para fazer desordens, inclusive ligando a capoeira a vadiagem. Ou seja, não havia respeito para o que nos dias de hoje é considerado uma expressão cultural, uma luta que proporciona vigor físico e que deve ser valorizada, pois remonta a ancestralidade africana.

Frisa-se que no atual Código Penal Brasileiro (Decreto-lei nº 2.848/1940), não há qualquer menção a criminalização da capoeira ou até mesmo a questão que esteja vinculada a vadiagem. Ou seja, a legislação penal também evoluiu e nos dias atuais preza pela não discriminação.

Entretanto, em pleno século XXI, a vida dos negros, ainda merece atenção não apenas do Estado, mas também da sociedade civil. Vislumbra-se que ainda há muito preconceito direcionado aos negros, inclusive para com as religiões de matriz africana. Evidencia Helô D'Angelo (2017) em matéria publicada na página virtual da revista Cult acerca da intolerância religiosa direcionada para religiões de matriz africana:

> "O Candomblé está sempre em alerta, desde a origem. Estamos sempre esperando que alguém bata na nossa porta e mande fechar o terreiro", afirma o fotógrafo e candomblecista Roger Cipó. Ainda que na Constituição conste que "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos", casos de ataques contra religiões não-cristãs seguem crescendo no Brasil: entre 2015 e 2016 as denúncias duplicaram, de acordo com a Secretaria dos Direitos Humanos (SDH).
>
> Nos últimos três meses, só no Rio de Janeiro, 32 denúncias foram recebidas, segundo a Secretaria Estadual de Direitos Humanos do Estado. Em 2016, mais de 70% dos 1.014 casos documentados pela Comissão de Combate à Intolerância Religiosa eram contra fiéis de religiões de matriz africana como a Umbanda e o Candomblé. "É importante destacar

> que essa violência não é de hoje. Ela é parte do sistema racista que estrutura a nossa sociedade. Não se trata apenas de intolerância, trata-se de racismo. É um extermínio de toda a prática negra das religiões de resistência do Brasil", acredita Cipó. (D'ANGELO, 2017)

Percebe-se que a violência está impregnada em todos os âmbitos da vida da população negra, até mesmo a sua religiosidade é violada. Algo inconcebível diante do que está contido na Constituição Federal de 1988, pois em seu artigo 5º, inciso VI, diz: "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias" (BRASIL, 1988). Ou seja, é estarrecedor o desrespeito aos terreiros que estão sendo destruídos em muitos lugares do Brasil.

Não há apenas a violação dos lugares sagrados para os negros adeptos de religiões de matriz africana, mas outro ponto muito chocante vem a ser o verdadeiro extermínio da população negra, perante os altos índices de homicídios dos negros no Brasil. Informa Daniel Cerqueira et al (2018) no Atlas da Violência 2018:

> Uma das principais facetas da desigualdade racial no Brasil é a forte concentração de homicídios na população negra. Quando calculadas dentro de grupos populacionais de negros (pretos e pardos) e não negros (brancos, amarelos e indígenas), as taxas de homicídio revelam a magnitude da desigualdade. É como se, em relação à violência letal, negros e não negros vivessem em países completamente distintos. Em 2016, por exemplo, a taxa de homicídios de negros foi duas vezes e meia superior à de não negros (16,0% contra 40,2%). Em um período de uma década, entre 2006 e 2016, a taxa de homicídios de negros cresceu 23,1%. No mesmo período, a taxa entre os não negros teve uma redução de 6,8%. Cabe também comentar que a taxa de homicídios de mulheres negras foi 71% superior à de mulheres não negras. (CERQUEIRA et al, 2018, p. 40).

Os dados estatísticos destacados por Daniel Cerqueira et al (2018) são extremamente preocupantes e demonstram que o Estado deve se empenhar em mudar esse quadro lastimável. Políticas públicas para combater a violência de raça negra deve ser prioridade, mas garantir também acesso a todos os direitos fundamentais elencados na Carta Magna (1988). Os negros não devem viver a margem da sociedade e serem tratados como inferiores, merecem viver de forma digna.

Enfatiza também Daniel Cerqueira et al (2018) acerca da desigualdade racial no Brasil e também sobre a importância de se criar políticas públicas que sejam eficientes para trazer a igualdade entre todos na sociedade, cita os referidos autores:

> A conclusão é que a desigualdade racial no Brasil se expressa de modo cristalino no que se refere à violência letal e às políticas de segurança. Os negros, especialmente os homens jovens negros, são o perfil mais frequente do homicídio no Brasil, sendo muito mais vulneráveis à violência do que os jovens não negros. Por sua vez, os negros são também as principais vítimas da ação letal das polícias e o perfil predominante da população prisional do Brasil. Para que possamos reduzir a violência letal no país, é necessário que esses dados sejam levados em consideração e alvo de profunda reflexão. É com base em evidências como essas que políticas eficientes de prevenção da violência devem ser desenhadas e focalizadas, garantindo o efetivo direito à vida e à segurança da população negra no Brasil. (CERQUEIRA et al, 2018, p. 41).

São fatos, não é ficção, os dados informados por Daniel Cerqueira et al (2018) e que compõe o Atlas da Violência 2018, devem ser levados em consideração pelo Poder Público. Ou seja, deve-se construir ações de enfrentamento a essa violência voltada para a população negra. Políticas públicas são extremamente necessárias para dar dignidade para os negros que enfrentam diariamente o desemprego, a falta de educação de qualidade, saúde precária e o estigma de serem bandidos.

Cabe destacar também no que se refere a população negra é também o tratamento dado a eles pela população dita branca. Ou seja, constante-

mente os meios de comunicação divulgam caso relacionados aos crimes de injúria racial ou racismo. Informam André Vargas e Fernando Lavieri (2018) acerca de casos de preconceito racial para com a população negra no Brasil:

> A incapacidade de aceitar uma pessoa que tem outra cor de pele compartilhando seu ambiente social elitista é um deplorável traço cultural brasileiro. Ela pode se manifestar de forma velada ou explícita, como nas falas do general da reserva Hamilton Mourão (PRTB), candidato a vice-presidente na chapa de Jair Bolsonaro (PSL). Ele já afirmou que o subdesenvolvimento do Brasil é causado pela "cultura de privilégio dos ibéricos, a indolência dos indígenas e a malandragem dos africanos". Ao tentar se explicar, foi mais racista ainda: "Nada contra, mas a malandragem é oriunda do africano. Então, esse é o nosso cadinho cultural". Uma frase que revela o quanto a mentalidade escravocrata se mantém viva no País. Ela também aflora nas redes sociais, como demonstram os ataques a frequentes a figuras públicas como a menina Titi, adotada pelo casal de atores Bruno Gagliasso e Giovanna Ewbank, e a jornalista da TV Globo Maria Júlia Coutinho, a Maju. Ambas foram alvo de injúria racial. Nas agressões a Maju, quatro pessoas foram indiciadas. (VARGAS; LAVIERI, 2018).

É inadmissível e estarrecedor que a sociedade brasileira em pleno século XXI comporte-se de forma tão cruel e desumana com o seu semelhante, apenas por serem de cores diferentes. Diante de tais atos criminosos, deve-se punir com o devido rigor da lei, seja com base na Lei nº 7716/1989 ou no Código Penal Brasileiro. Sendo assim, a violência direcionada a população negra do Brasil, deve ser combatida fazendo uso de critérios que estejam vinculados aos saberes obtidos através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), pois violência gera violência e o que a população negra necessita é que os seus direitos fundamentais sejam respeitados e que possam viver de forma digna e distantes do mundo da criminalidade que em muitos casos é o único meio que encontram para sobreviverem.

3. O APRISIONAMENTO DA POPULAÇÃO NEGRA DO BRASIL

O Brasil em junho de 2016 possuía 726.712 prisioneiros, sendo que dessa população total, 53% são negros. Ressalta-se que no que se refere ao total dos que estão no sistema prisional, há um aumento, sendo que 64% são negros (BRASIL/MJ/INFOPEN, 2017).

Em relação aos dados vinculados as mulheres encarceradas, em junho de 2016, haviam 42.355 mulheres presas, das quais o índice de mulheres negras era de 62%. Ou seja, eram no período analisado, 25.581 mulheres negras aprisionadas e 15.051 mulheres brancas (BRASIL/MJ/INFOPEN/Mulheres, 2017).

Diante dos dados estatísticos apresentados, é mais do que perceptível, que os negros são o alvo do cárcere no Brasil. Mas, a partir disso compreende-se também que a população negra ainda é punida tanto pelos crimes que cometem, mas também pelo grande número de desempregados negros no país.

No que se relaciona ao grande número de negros e pardos desempregados no Brasil, os dados também são preocupantes, esclarece o Brasil Econômico, vinculado a página virtual do Portal IG:

> O IBGE também constataram mais um dado preocupante sobre o quadro-geral de desemprego no Brasil: no que diz respeito à cor da pele, a população autodeclarada preta e parda sofre mais do que a população branca.
>
> Isso porque o percentual de pretos desempregados é de 15%, o de pardos é de 14,4% e o de brancos é de apenas 9,9%, a única faixa que fica abaixo da média de 12,4%. Em dados gerais, os pardos representam 52,3% dos desempregados, enquanto os brancos são 35% e os pretos 11,8%. (BRASIL ECONÔMICO, 2018).

A população negra é o maior quantitativo da população carcerária do Brasil e ainda é o grupo de maior de desempregados no país. Ou seja, o desemprego e sua relação com a falta de dinheiro, colabora para que haja um aumento da criminalidade nessa grande parcela da população.

Um ponto positivo e que ainda causa polêmica no que se refere a dar oportunidade para a população negra foi a criação de cotas nas universidades públicas. Frisa-se, que essa ação afirmativa, possibilitou que muitos negros ingressassem em cursos de nível superior. Esclarece Maria do Socorro da Silva (2009) no que se refere as ações afirmativas direcionadas a população negra no Brasil:

> As desigualdades raciais sofridas pela população negra, observáveis em dados estatísticos de órgãos governamentais como IPEA e IBGE, mostram que o direito humano à igualdade dos negros está sendo violado, e com este, também outros direitos, pois à medida que a população negra sofre preconceito e discriminação racial no acesso ao trabalho, à saúde, à educação, esses direitos humanos são desrespeitados. Além da discriminação explícita, existe a discriminação implícita, que atua no cotidiano das instituições, no seu funcionamento e organização, de maneira difusa, não punível por lei, mas eficaz na hierarquização racial em detrimento da população negra (racismo institucional). Temos, dessa maneira, a existência de discriminação racial no presente e as perdas acumuladas historicamente, graças à escravidão, à ausência de políticas públicas no período pós-abolição e ideologias desvalorizadoras da identidade negra, como a tese do branqueamento e da democracia racial. Esses fatores contribuem para a desigualdade racial e conseqüente violação do direito à igualdade da população negra.
>
> Uma forma de combater as desigualdades raciais são as ações afirmativas, também conhecidas como discriminação positiva, que consistem em políticas compensatórias e de inclusão dos grupos desfavorecidos, produzindo mais igualdade. Podemos dizer, portanto, que as ações afirmativas são uma questão de Direitos Humanos, pois contribuem para sua promoção. (SILVA, 2009, p.11).

Promover a inserção de pessoas negras nas universidades é um meio de fomentar uma política compensatória aos anos em que essa parte da sociedade foi totalmente marginalizada, tendo os seus direitos cerceados e não puderam estudar de forma adequada, mesmo por que frequentar uma

escola na maioria dos casos era um luxo e tinham que trabalhar desde muito cedo para sobreviverem.

No ano 2000 o percentual de pretos e pardos que conseguiam concluir a graduação era de 2,2%, em 2017 esse número ampliou-se para 9,3%, segundo informações de Débora Brito (2018), que também destaca após a implementação de ações afirmativas para a população negra que ingressaram em cursos de nível superior:

> O Censo do Ensino Superior elaborado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) também evidencia o aumento do número de matrículas de estudantes negros em cursos de graduação. Em 2011, do total de 8 milhões de matrículas, 11% foram feitas por alunos pretos ou pardos. Em 2016, ano do último Censo, o percentual de negros matriculados subiu para 30%. (BRITO, 2018).

Torna-se importante destacar, que de acordo com dados divulgados no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: 51% das pessoas privadas de liberdade no Brasil possuem o ensino fundamental incompleto; 15% com ensino médio incompleto; 9% com ensino médio completo; 14% com ensino fundamental completo; 6% de alfabetizados (sem cursos regulares) e 4% de analfabetos. Cabe citar que no que se refere aos que possuem nível superior completo e incompleto, ao todo, chega-se a 1% dos que estão encarcerados. (BRASIL/MJ/INFOPEN, 2017).

Investir em educação de qualidade é algo que promove a inserção do negro não apenas no mercado de trabalho, mas a sua qualificação o distancia da criminalidade. Gera oportunidades que o farão crescer intelectualmente e dissociar de estigmas vinculados a preguiça e o mundo do crime. Sendo assim, as cotas raciais em universidades públicas são benéficas e visa enfrentar a desigualdade social, algo que está atrelado aos ditames da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Ingo Wolfgang Sarlet (2012) argumenta com propriedade sobre a necessidade de todos os órgãos estatais se unirem para fortalecer a dignidade da pessoa humana, inclusive informa sobre a reparação caso haja violação da dignidade humana:

> Neste contexto, não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais, encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência, vale dizer, inclusive contra agressões oriundas de outros particulares, especialmente – mas não exclusivamente – dos assim denominados poderes sociais (ou poderes privados). Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos. Nesta linha de raciocínio, sustenta-se, com razão, que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do princípio. Em outras palavras – aqui considerando a dignidade como tarefa –, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que esteja a impedir as pessoas de viverem com dignidade. Da dupla função de proteção e defesa seguem também o dever de implementar medidas de precaução procedimentais e organizacionais no sentido de evitar uma lesão da dignidade e dos direitos fundamentais ou, quando isto não ocorrer, com o intuito de reconhecer e fazer cessar (ainda que para efeitos simbólicos), ou, de acordo com as circunstâncias, minimizar os efeitos das violações, inclusive assegurando a reparação do dano. (SARLET, 2012, p. 132-133).

Destarte, compreende-se com o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet (2012), que a dignidade da pessoa humana é responsabilidade de todos os órgãos, funções e atividades estatais. Ou seja, devem proteger e promover a dignidade humana em todos os âmbitos, inclusive removendo obstáculos

que impeçam as pessoas de viverem de forma digna, tais como os obstáculos que impedem a população negra de viver de forma pautada pelo que preconiza a Carta Magna (1988). Diante disso, que possam surgir com o auxílio do Estado e da sociedade civil mais oportunidades para os negros.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Salienta-se que há uma dualidade do Estado no que concerne aos aspectos ligados a população negra. Ou seja, se por um lado não se tem conseguido propiciar uma vida digna para maior parte da população negra, sendo que essa afirmação é embasada nos dados apresentados no presente trabalho. Ou seja, a maioria dos encarcerados são negros e também a maioria das pessoas que são assassinadas no Brasil.

Entretanto, uma parte da população negra é beneficiada por projetos do Governo Federal, que visam propiciar uma melhoria educacional dos negros. Cabe citar as ações afirmativas que colaboram para o ingresso da população negra nas universidades federais, sendo um exemplo notório as vagas por cotas raciais, que não são esmolas e sim uma reparação por séculos de desigualdade.

Torna-se importante informar que o Estado tem feito pela população negra é muito pouco, diante dos problemas enfrentados desde a vinda dos negros da África para o Brasil. Deve-se compreender que essa reparação é complexa, deve ser pautada pelos ditames da Declaração Universal do Direitos Humanos (1948) e da Carta Federal (1988).

A população negra merece uma maior atenção do Poder Público, pois foi marginalizada durante séculos e essa reparação é urgente. A sociedade brasileira deve compreender que racismo além de crime inafiançável é também uma afronta aos preceitos da Constituição Federal de 1988 que prega pela igualdade e respeitos a todos, independe de raça, cor, sexo ou religião.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://bit.ly/1bIJ9XW>. Acesso em: 12 abr. 2019.

_____. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Codigo Penal. Disponível em: <https://bit.ly/2C1ISDX>. Acesso em: 12 abr. 2019.

_____. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <https://bit.ly/18kAH0G>. Acesso em: 14 abr. 2019.

____. **Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888**. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <https://bit.ly/2pjAJ95>. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <https://bit.ly/1WZGqno>. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <https://bit.ly/1KaIm6E>. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Atualização – junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2Txk2Tx>. Acesso em: 14 abr. 2019.

_____. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2Bg80Zu>. Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL ECONÔMICO. **Desemprego no Brasil afeta mais os grupos de jovens, mulheres e negros**. Publicado em 17 ago. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2IhzKjd>. Acesso em: 14 abr. 2019.

BRITO, Débora. **Cotas foram revolução silenciosa no Brasil, afirma especialista**. Publicado em 27 maio 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2xnARsS>. Acesso em: 14 abr. 2019.

CERQUEIRA, Daniel et al. **Atlas da Violência 2018 - Políticas públicas e retratos dos municípios brasileiros**. Rio de Janeiro: Fórum Brasileiro de Segurança Pública. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica

Aplicada. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2M1A7NG>. Acesso em: 12 abr. 2019.

D'ANGELO, Helô. **As origens da violência contra religiões afro-brasileiras**. Publicado em 21 set. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2D-6V7j9>. Acesso em: 13 abr. 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Um retrato da violência contra negros e negras do Brasil**. Disponível em: <https://bit.ly/2JRwDz1>. Acesso em: 13 abr. 2019.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://bit.ly/2APIx5U>. Acesso em: 13 abr. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, Maria do Socorro da. Ações afirmativas para a população negra: um instrumento para a justiça social no Brasil. Dissertação (Mestrado na Área de Concentração em Direitos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

VARGAS, André; LAVIEIRI, Fernando. Racismo cruel e covarde. Publicado em 05 out. 2018. Disponível em:<https://bit.ly/2KCag28>. Acesso em: 14 abr. 2019.

O PARADOXO ENTRE OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A PROTEÇÃO DA IMAGEM SOCIAL DA PESSOA HUMANA: CRIMES CONTRA A HONRA E O STAND UP COMEDY

DANIEL KENNEDY SANTANA LUSTOSA

INTRODUÇÃO

A comédia pode ser definida como o uso de humor nas artes cênicas. Uma perspectiva histórica sobre a comédia como manifestação cultural remete à Grécia Antiga, onde a arte era representada por duas máscaras: a da tragédia e a da comédia. No mesmo período, Aristóteles, em sua obra "Arte Poética", visando à diferenciação entre a comédia e a tragédia, dizia que enquanto a tragédia tratava basilarmente de homens superiores (heróis), a comédia falava sobre os homens inferiores (pessoas comuns da pólis). A importância da comédia era, portanto, a possibilidade de cunho democrático da sátira a todo e qualquer tipo de ideia, primeiramente política, na qual ninguém estava a salvo das críticas seja o homem comum ou até mesmo os governantes e os deuses.

Hodiernamente, a comédia como forma de gênero cultural possui uma função importante enquanto ferramenta de manifestação artística. Possui grande respaldo no mercado midiático do entretenimento, sendo exacerbadamente apreciada pela maior parte do público consumidor da indústria do entretenimento. Temas do interesse político, social, econômico, psicológicos são constantemente apresentados em espetáculos cômicos, nos quais, apesar do tom ensejador de risos, denota, em grande parte, críticas sociais relevantes.

Contudo, em determinadas situações, a comédia vem se esvaindo do

seu caráter crítico, despretensioso e voltado à descontração, para ser utilizada, muitas vezes, como um veículo propagador e fomentador de noções preconceituosas, discriminatórios e estigmatizantes. E, em meio a essa "transição", surge uma modalidade específica que vem ganhando, paulatinamente mais, espaço e visibilidade: o *stand up comedy*.

É indubitável que a liberdade de expressão é imprescindível em qualquer regime estatal que se pretenda democrático, sendo inevitáveis as inúmeras discussões ideológicas diversas e divergentes sobre os mais diversos assuntos e o uso dos mais amplos meios de comunicação, arte e tecnologia para a propagação de tais ideias e opiniões. A Constituição Federal de 1988 ao resguardar o direito à liberdade de expressão, também, ocupou-se a impor limites a ele, dispondo no mesmo dispositivo (artigo 5°, inciso IX e X) a inviolabilidade da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem das pessoas. Ideal reforçado pelo Código Penal ao dispor sobre os crimes contra a honra.

E não obstante a indiscutível importância de tal direito fundamental para que o Estado possa ser erigido sob os pilares da democracia, o que vem sendo observado, atualmente, é um "destemperamento" entre os limites do direito à liberdade de expressão e os discursos apresentados no *stand up comedy*, aonde limites vem sendo burlados e valores são violados, ensejando a necessidade de uma nova perspectiva, análise, sociopoliticamente e judicialmente falando, desse modelo de espetáculo humorístico tendo em vista o seu alcance e a determinada influência que pode vir a gerar na formulação e/ou reforçamento de ideologias.

Visto o exposto, é nesse diapasão entre o exercício da liberdade de expressão e seus limites que se buscará, no presente trabalho, explanar, dialogar sobre questões pertinentes à proteção da honra, como bem jurídico constitucionalmente protegido e passível de imputação criminal, no contexto do *stand up comedy* e até onde a liberdade de um indivíduo não fere a existência e a esfera jurídica protegida de outrem.

1. LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO CONTEXTO DO *STAND UP COMEDY* E DOS CRIMES CONTRA A HONRA

A presente pesquisa labuta com dois direitos fundamentais, especificamente o direito à liberdade de expressão e o direito à honra. Tendo, então, um viés dogmático dos direitos fundamentais, faz-se necessária especial atenção às especificidades de cada um de tais direitos. Devendo-se lidar, na sua parte geral, com: o conteúdo material de validade do direito; o núcleo essencial; requisitos de teor para princípios formais (como o princípio da proporcionalidade); e, o alcance da validade jusfundamental. Além de que, como preleciona Muller (1997, p. 273), faz-se de suma importância a tripartição entre: o "ponto de apoio" na remodelação do direito fundamental (*Anknupfungshandlung*); as "ferramentas" tidas no "exame do *Tatbestand*"[1], observando se as restrições feitas a determinado direito são ou não plausíveis; e, os modelos de sanções utilizadas, objetivando analisar se estas não chegam a ferir o exercício do direito fundamental, notadamente quando ele é garantido sem reservas legais.

Denomina-se direito fundamental os "interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar a todas as pessoas. É o mínimo necessário para a existência da vida humana" (BREGA FILHO, 2002, p. 66). Segundo Canotilho (1998, p. 256) "direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente". Deste modo, o ordenamento jurídico, enquanto gestor de normas as quais são, por sua vez, respostas aos valores inerentes à condição sociocultural do ser humano, deve abarcar os direitos fundamentais da pessoa humana, de tal conformidade que vise eficaz e solidamente protegê-los.

"A liberdade, enquanto escolha de valores, é o que dá especificidade à pessoa humana; é só ela em todo o universo que é capaz de criar um mundo contraposto ao da natureza, o mundo ético" (BITTAR, 2008, p. 536). Ao adentrarmos na discussão sobre os direitos fundamentais, pode-se dizer que, na seara de tais direitos, à liberdade de expressão é o que mais enseja polêmicas e discussões sejam elas teóricas sociais ou políticas, dado que

1. Entre nós a expressão "*Tatbestand*" foi traduzida para tipo ou tipicidade.

o seu exercício comumente denota uma atemorização para a garantia e resguardo de outros interesses e direitos fundamentais. Segundo Ferreira (1997, p.275), a liberdade de expressão possui ligação direta com o direito à informação (fornece ao indivíduo a oportunidade de buscar e receber informações) e com o direito à comunicação (permite-lhe disseminar/comunicar ideias e informações).

É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença prévia; direito assegurado no artigo 5°, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, *in versus*:

> **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> *IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;* [...]. (Grifo nosso)

O direito, constitucionalmente resguardado, à liberdade de expressão é um marco dos avanços sociais, culturais e políticos alcançados com a derrocada do regime ditatorial instaurado no Brasil, durante 1964 a 1985. Durante a Ditadura Militar brasileira, os meios televisivos, jornais, rádio e os outros veículos de informações foram alvos de extrema censura e severas eram as punições aplicadas àqueles indivíduos que não seguissem as exigências ditatoriais de tal época.

Com a queda do regime ditatorial e a promulgação da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais e fundamentais se viram especialmente resguardados pelo novo regime democrático. As propagações de pensamentos nos mais diversos meios de comunicação se viram assegurados e livres novamente. A "coesão social", a liberdade e o bem estar social estavam de volta.

Contudo, apesar de ser assegurada constitucionalmente a liberdade de expressão, a proibição à censura (o expediente contrário ao regime das liberdades públicas) e a licença prévia (a autorização para veiculação de notícias, comunicados, CDs, livros, revistas, jornais, boletins etc.), cumpre

ao Estado zelar pela dignidade do povo e pelo mínimo de integridade, vedando a divulgação de notícias injuriosas, mentirosas e difamantes. Tanto é assim que o artigo 5°, inciso X, da CF/88, garante a inviolabilidade da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem das pessoas, cuja infração enseja indenização por danos morais e materiais.

Como predileciona Uadi Lammêgo (2007, pág. 437), "não há liberdade de imprensa sem respeito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. O arbítrio implacável dos meios de comunicação pode gerar danos irreparáveis, porque o desmentido nunca tem a força do mentindo". Na mesma linha de pensamento manifesta-se o Supremo Tribunal Federal (STF) em posições tomadas como na decisão dos Habeas Corpus 109676 / RJ. O STF decidiu no sentido de que a liberdade de expressão deve ser limitada objetivando não reproduzir discurso de ódio e discriminação racial, na decisão dos Habeas Corpus 109676 / RJ, na qual o Ministro Luiz Fux, relator do acórdão defendeu a qualificação da injúria cometida pelo réu da ação originária penal, por conta do viés de discriminação racial. Tendo o recurso impetrado, que exigia a desqualificação do tipo, sido denegado. Outro caso exemplificativo, é o caso *Ellwanger*[2], no qual o réu – Siegfried Ellwanger Castan – foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pelo crime de racismo na edição e publicação de livros considerados como apologia de ideias de teor preconceituoso e discriminatório contra a comunidade judaica. Através de recurso em Habeas Corpus o caso chegou ao Supremo Tribunal Federal, que, em 2003, decidiu que a liberdade de expressão não protege manifestações de cunho anti-semita.

Desse modo, é nesta perspectiva de reflexão sobre os limites da liberdade de expressão, que a presente pesquisa visa explanar sobre o liame entre a liberdade de expressão e a proteção à imagem da pessoa humana, tendo como foco principal e basilar os crimes contra a honra e as, paulatinamente crescentes, polêmicas que rodeiam o *stand up comedy* e seus profissionais, em que processos judiciais (muitos de repercussão nacional) estão se tornando comuns. Propomos-nos a responder, no presente artigo, a seguinte pergunta: "Quando o humor se torna ácido e a ideia de propiciar descontração ao público serve como invólucro para encobrir o discurso de ódio?".

2. Processo: HC 82424 RS

2. O HUMOR ÁCIDO E OS CRIMES CONTRA A HONRA

O conceito de honra se constrói durante todo percurso da vida da pessoa humana (é uma noção não só objetiva, mas, principalmente, subjetiva) e pode, em decorrência de uma única acusação falsa, errônea, leviana desintegrar-se instantaneamente. E foi, assim, mediante tal constatação que o constituinte brasileiro trouxe na Constituição Federal de 1988, a honra como bem inviolável, segundo predileção do artigo 5°, inciso X, *in versus*:

> **X** - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...].

O princípio da dignidade da pessoa humana e o conceito de honra estão intrinsecamente ligados, pode-se dizer que há uma espécie de subsunção entre ambos. O conceito de honra pode ser dividido em duas vertentes: a objetiva e a subjetiva. Tomando-se por base doutrinária a obra de Magalhães Noronha (1995), a honra subjetiva seria o sentimento ou juízo que o sujeito tem de si mesmo, o qual – mediante conflitos judiciais – deverá ser analisado pelo juiz, conforme o contexto apresentado. Já a honra objetiva seria aquela representada pela reputação, fama, respeito, do valor de sua dignidade a ser reconhecida e respeitada pelos demais. Logo, ainda com base na obra do autor supracitado, os motivos para a salvaguarda da honra seriam, em síntese, o interesse do indivíduo e as necessidades da vida social.

Tendo por base a obra de Rogério Greco (2017), a pessoa humana é caracterizada tanto por sua individualidade quanto por sua sociabilidade. Como sujeito social pertencente a um todo, também, social, o indivíduo ao está continuada e incessantemente deparando-se com um processo de inserção pela comunidade, alguns aspectos pessoais deste são de extrema relevância para o desenvolvimento de sua personalidade, da sua autorrealização e de sua "aceitação" pela comunidade.

Apesar de a imagem física constituir a primeira impressão dada de nossa identidade à sociedade, é na nossa imagem social (formada por um

leque de valorações sobre distintos aspectos da personalidade e comportamento), que será objeto de análise para uma boa integração na sociedade – na qual convivemos – ou não e demonstrará efetivamente se somos "aptos" ao convívio social segundo diretrizes impostas socialmente e construídas ao longo do tempo e espaço. E, por essa razão, embora o texto constitucional se refira especificamente à necessidade de reparação dos danos de natureza civil, o Código Penal brasileiro traz algumas figuras típicas correspondentes aos crimes contra a honra que evidenciam a importância que tal bem configura.

Partindo desse pressuposto da proteção constitucional a direitos subjetivos e seus respectivos limites, é possível observar a existência de casos e processos escandalosos envolvendo o *stand up comedy* e os crimes contra a honra. Os espetáculos de humor sempre tiveram, em outras palavras, uma vertente obscura, politicamente incorreta em que piadas envolvendo negros, loiras e a comunidade LGBTs são numerosamente expostas. No entanto, hodiernamente, umas das modalidades de tais espetáculos têm ganhando uma posição, diga-se, mais "ácida": o *stand up comedy* (no qual é, paulatinamente mais, comum identificar características pertencentes ao "*hate speech*", ou discurso de ódio, como é traduzido no Brasil).

Aquelas piadas que, no passado, eram vistas como inofensivas, "sem maldade", ganharam tons mais severos, preconceituosos e, por que não dizer, direcionados, muitas vezes, ao ataque de minorias sociais e determinadas pessoas. Percebe-se que a liberdade de expressão alegada no gênero humorístico *stand up comedy* ultrapassou os limites legais atingindo a esfera jurídica protegida de outrem.

O *stand up comedy* é apontado por muitos estudiosos como um produto cultural e um gênero discursivo, alguns antropólogos (SOARES, 2013) consideram que o *stand up* é uma forma caricata de representação do cotidiano que exterioriza pragmaticamente as inquietações da sociedade. Tendo, nesse sentido, a tarefa sociológica de fomentar a crítica social através do cômico. E representando um viés de manifestação da liberdade de expressão artística, trata-se, como bem preleciona José Afonso da Silva (1998), de uma manifestação intuitiva protegida pelo ordenamento jurídico.

Majoritariamente, os humoristas tendem em afirmar que seus espetáculos têm o singelo intuito de provocar risadas para meros fins de descontração. Afirmação essa que, como bem aponta Heloisa Melino e Lucas Freitas no artigo científico "Humor em Stand Up: Limites entre Liberdade de Expressão, Discurso de Ódio e Violência Simbólica", vem a ignorar o caráter essencialmente ideológico da linguagem e seus poderes performáticos. Apontação complementada pelas palavras de Bakhtin (1998, pág. 41), "as palavras são tecidas a partir de uma multidão de fios ideológicos e servem de trama a todas as relações sociais em todos os domínios". Uma piada, mesmo que seja para simples "descontração", é formada a partir de uma base de discursos, situações específicas que lhe dão sustentação ideológica e que podem vir a propiciar outras agregações discursivas. Logo, quando nos referimos a um homem homossexual como "maricona" estamos fomentando e propagando um discurso preconceituoso e discriminatório pautado em uma construção social enraizada e retrógrada. Como bem deduz Bornholdt (2010, p. 126), aproximando-se da poesia, independentemente do resultado, a fala é já uma ação.

E é nesse paradoxo entre os limites da liberdade de expressão e a proteção da imagem social da pessoa humana, que evidenciamos a real e imponente importância das disposições legais sobre os crimes contra a honra e suas espécies (calúnia, difamação e injúria, respectivamente, artigos 138, 139, e 140 do Código Penal). É quando a integridade moral, a aparência social, a reputação do indivíduo se vê ferida ou ameaçada seja no *stand up comedy* ou em qualquer outro meio que colocações como "foi só uma piadinha", "era só brincadeira", "não é preconceito, faço isso só para gerar riso viso somente propiciar ao meu público um momento de descontração" que a construção social e cultural da sociedade deve ser colocada em xeque.

3. DANILO GENTILI: ENTRE A POLÊMICA E O ATAQUE À HONRA SUBJETIVA

Em meio ao paradoxo da liberdade de expressão e o direito de manifestar-se artisticamente, um indivíduo que coleciona um cabedal de processos

referentes a crimes contra a honra é o comediante e apresentador Danilo Gentili Júnior. Recentemente, no mês de Julho, o comediante perdeu uma batalha na justiça contra a deputada federal Maria do Rosário (PT). A 9° Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu, por unanimidade, conservar a condenação do humorista no processo que envolveu a supracitada deputada.

O processo judicial se deu após Gentili gravar um vídeo em que aparece rasgando uma notificação remetida pela Câmara dos Deputados a pedido de Maria do Rosário, devido ofensas já proferidas anteriormente, na rede social Twitter, pelo comediante, dentre as quais diz (ao referir-se a episódio específico da deputada com o político Jair Bolsonaro): "Ai ela chama o cara de estuprador toma empurrao e dá chilique. Falsa e cínica para c...". Vídeo em que, também, coloca os pedaços de papel dentro das calças, proferindo ofensas à deputada. O apresentador foi condenado a pagar a indenização de R$ 50 mil à deputada por danos morais. A sentença primária foi pagar a indenização no valor R$ 15 mil para a deputada Federal Maria do Rosário. A decisão é do juiz de Direito Juliano da Costa Stumpf, da 12ª vara Cível de Porto Alegre/RS[3]. Afirmando que a liberdade de expressão não é direito absoluto, o magistrado concluiu:

> A caracterização da conduta praticada pelo réu – e por ele não negada quanto a sua existência – e o reconhecimento de que gerou agressão e humilhação contra a autora é juízo posto, que complementa a dúvida existente no início da demanda e bem demonstra a prática de abuso de direito capaz de gerar danos morais e justificar a retirada dos arquivos das redes sociais.

Em maio de 2017, o comediante também já havia se envolvido em outra briga judicial com o jornalista Gilberto Dimenstein, por ter proferido postagens ofensivas, em suas redes sociais, contra o jornalista. O processo foi promovido por Dimenstein após Gentili criticar um texto do site Catraca Livre, administrado pelo jornalista, no qual era abordado um *post* do Instagram do apresentador. Em tal *post*, Danilo comparava sua assistente

3. Processo: 001/1170060746-5

de palco do programa televisivo The Noite, Juliana Oliveira, que é uma mulher negra, a um chocolate – o que pode vir a caracterizar o crime de injúria racial faz-se necessário ressaltar.

Danilo, inicialmente, comentou a publicação da Catraca Livre, dizendo: "Vocês são burros e não sabem ler? Ou são apenas jornalistas de m… que não conferem as coisas? (…) A mesma Juliana que vocês sequer cogitaram ouvir, mas estão a usando para c…". O apresentador ainda proferiu ofensas ao referido site e o jornalista: "Que vocês e o Dilmainstein (sic) vão pra…". Em seguida, o mesmo publicou em seu próprio perfil no Facebook: "O repugnante Gilberto Dimenstein e seu bebê de Rosemere (sic) Catraca Livre são aqueles que tiraram proveito da lamentável tragédia da Chapecoense em troca de cliquezinhos e defendia ditaduras e políticas criminosos. Mas, para eles, piada entre amigos não pode. É "incorreto". Atenção Dimenstein e Catraca Livre: conforme a imagem abaixo sugere, tem um carnaval de ….. esperando por vocês. Se quiserem, eu até tatuo a cara do Lula ou Fidel nelas", escreveu acrescentando diversos xingamentos sexuais.

Danilo Gentili foi condenado a pagar multa de R$ 1 mil ao dia ao jornalista Gilberto Dimenstein caso não viesse a retirar de suas redes sociais postagens ofensivas dirigidas ao jornalista, segundo o juiz responsável pela citada decisão, Edward Albert Lancelot, da 35° Vara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, "há prova inequívoca (…) que o réu divulgou mensagens que desabonam a imagem do autor". Há ainda um processo judicial correndo contra o comediante movido pelo deputado estadual Marcelo Freixo (PSOL-RJ). Conforme a ação judicial o apresentador teria chamado o deputado estadual de bandido e agressor de mulheres no Twitter.

É válido ressaltar que, no dia 10 de abril de 2019, o apresentador foi condenado a seis meses e 29 dias de prisão, em regime semiaberto, pelo crime de injúria contra a deputada Maria do Rosário (PT-RS). A sentença foi assinada pela juíza Maria Isabel do Prado, da 5° Vara Federal Criminal de São Paulo.

Evidencia-se, desse modo, com a observação da ocorrência de casos como os supramencionados, a relevância jurídica, social e cultural de disposições penais e resguardo constitucional da honra da pessoa humana em contraposição a ideia da liberdade de expressão como justificativa para

ataques imorais, impróprios, discurso de ódio, ofensas públicas etc. seja contra particulares seja contra grupos específicos.

CONCLUSÃO

O humor surgiu como uma arte voltada para o entretenimento, para a diversão. Caracterizando-se, ao decorrer do tempo, não mais apenas como uma ferramenta de descontração voltada a um mercado de massa da indústria do entretenimento, mas ganhando um novo viés, um upgrade em sua estrutura passando a inserir nos seus textos, nas suas peças, nos seus espetáculos assuntos delicados da vida social em que críticas começaram a ser apresentados sutilmente. A comédia passou de um simples "produto de massas" para um mecanismo de reflexão e posição social.

O anseio pela liberdade e de ser liberto é inerente a todo ser humano. Foi este anseio o grande responsável pelas mudanças históricas, fruto de uma percepção que brota da consciência de que o ser humano, por sua própria natureza, não se adapta definitivamente à dominação. E é nessa busca por liberdade que também encontramos como ferramenta de relevância social a comédia.

No entanto, nos dias atuais, a comédia vem ganhando uma forte influência do politicamente incorreto, principalmente, no *stand up comedy*, em que escândalos e crimes contra a honra tornaram-se recorrentes. A fala em si já representa uma ação, ensejando, até mesmo, efeitos perlocucionários. Em outras palavras, pode-se dizer que a fala busca a um resultado no mundo concreto, tem por fim nele agir. E, assim, mesmo que representando importante mecanismo no manuseio/expressão da liberdade individual de muitas pessoas, ela deve, necessariamente, estar em sintonia com as demais liberdades e direitos previstos na Constituição Federal de 1988, fato que respalda e faz necessário, a imposição de limites pelo Estado no exercício de seu dever originário em promover o bem comum e a ordem social. O indivíduo deve incluir entre suas opções de vida não somente o seu bem individual, mas o bem comum; pois, a partir do momento em que causa dano à comunidade, prejudica a própria "textura" da solidariedade.

Pois, "uma liberdade não comunitária é uma liberdade suicida".

Conclui-se, visto o exposto, que tendo em vista que o tema abarca tanto o direito público quanto o direito privado, faz-se necessário não enxergar um impasse pela singela alusão a bens jurídicos conflitantes, mas sim a busca pela resolução do caso no campo do direito privado, onde deverão ser utilizados os instrumentos metodológicos da averiguação da antijuridicidade, levando-se em consideração presunções específicas preestabelecidas pela dogmática do direito civil atual – o qual passa pelo um considerável e notável movimento "constitucionalizador". Afirma-se a importância de um maior monitoramento dos espetáculos humorísticos, dos seus profissionais, e a necessidade da desconstrução do pensamento social pautada em ideias como "mas foi só uma piadinha". A propagação e a fomentação do discurso de ódio e a incidência de crimes contra a honra é, gradativamente mais, recorrentes em atividades humorísticas. O direito à liberdade de expressão se vê, por vezes, "manchado" na tentativa infeliz de comediantes em justificar seus posicionamentos retrógrados e seus ataques direcionados a indivíduos específicos e/ou a determinados grupos.

REFERÊNCIAS

BAKHTIN, M. **Estética da criação verbal** (Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira). São Paulo: Martins Fontes, 1997.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. **Curso de Filosofia do Direito**. 6 ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2008.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Liberdade de Expressão e Direito à Honra: Uma nova abordagem no Direito Brasileiro**. Santa Catarina: Bildung Editora Ltda, 2010.

BRASIL. **Constituição da República de 1988**. Vade Mecum. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Código Penal**. Vade Mecum. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. **Conteúdo Jurídico das Expressões**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1998.

FERREIRA, Aluízio. **Direito à informação, direito à comunicação: direitos fundamentais na Constituição brasileira**.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 14 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2017.

MELINO, Heloisa. FREITAS, Lucas. **Humor em Stand Up: Limites entre Liberdade de Expressão, Discurso de Ódio e Violência Simbólica**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5ff37811dd20fbf3>. Acesso em 15 de outubro de 2018.

MULLER, Friedrich. ***Juristische Methodik***. Berlim: Duncker und Humblot, 1997.

NORONHA. E. Magalhães. **Direito Penal**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v.2.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOARES, F. F. **A leitura antropológica pelo humor stand up**. RBSE – Revista Brasileira de Sociologia da Emoção, v. 12, n. 35, Agosto de 2013.

OS ERROS JUDICIÁRIOS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

DÉBORA NICODEMO

INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, o Estado foi visto como soberano, que não errava, desta forma não havia responsabilidade pelos atos por este praticado, assim não cabia ao Estado indenizar.

Após um longo período novas teorias foram sendo aceitas e o Estado perdeu o status de soberano, que não arca com a responsabilidade pelos atos praticados, até chegar na teoria da responsabilidade civil objetiva, onde o Estado deve indenizar caso tenha cometido um dano a um determinado sujeito.

Na teoria de responsabilidade objetiva é necessário que se tenha um dos três requisitos para que o Estado indenize, nexo de causalidade, dano ou ato administrativo, assim caso houver um destes pressupostos o Estado deverá indenizar.

Desta forma, quando o Estado, por meio do poder judiciário erra e pune um inocente, o colocando no falido sistema carcerário brasileiro, deverá obrigatoriamente indenizar o sujeito, pelos danos causados, ao seu psíquico, a sua moral e ainda os danos materiais, decorrentes da prisão, como por exemplo, a perda do emprego e da família.

Quando o sistema comete um erro tão cruel com o individuo como este de restringir sua liberdade, o colocando no sistema indigno que é o sistema carcerário brasileiro, não se fala tão somente em responsabilidade

civil do Estado para reparação de danos, mas também da irresponsabilidade do poder judiciário de cometer um erro tão grave como este, que pode prejudicar a vida do sujeito, assim a pesquisa tem por pauta discutir os erros judiciários frente a responsabilidade civil do Estado e também sobre com tal atitude fere os direitos humanos.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Inúmeras teorias foram criadas acerca da responsabilidade civil do estado, por muito tempo, a teoria aceita era a teoria da irresponsabilidade, adotada na época do estado absolutista, ensejava que o rei não poderia errar, logo a autoridade do soberano não poderia ser contestada pelos súditos, conforme traz Pietro, 2017 " traz o princípio de que o rei não pode errar" e de que " aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei" (Di Pietro, 2017).

A teoria em questão logo foi extinta, pois, suas justificativas são injustas, tendo por base que o estado não poderia deixar de responder, quando da sua ação ou omissão causasse danos a população em geral (Di Pietro, 2017).

Após este período, surge uma nova teoria, denominada: teoria civilista, nascida no século XIX, pautava-se no princípio da culpa, distinguia-se assim a responsabilidade pelos atos de império, aqueles atos administrativos praticados de forma unilateral e coercitiva, e os atos de gestão que eram praticados de forma igualitária com os particulares, assim pode-se desvincular a pessoa do rei e os atos da gestão, desta forma passou-se a admitir a responsabilidade civil quando fossem atos da gestão (Di Pietro, 2017).

Porém tal teoria não foi bem aceita, conforme traz Di Pietro 2017,

> Surgiu, no entanto, grande oposição a essa teoria, quer pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, quer pela própria dificuldade, senão impossibilidade, de enquadrar-se como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços. (Di Pietro, 2017, p. 876)

Entretanto a teoria civilista serviu de base para a criação do artigo 15 do código civil brasileiro de 1916, que trouxe a responsabilidade subjetiva do estado (Di Pietro, 2017).

Surge então a teoria publicista, foi com base nesta teoria que começou a surgir a teoria da culpa do serviço, ou da culpa administrativa e a teoria do risco, que pode-se desdobrar ainda em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral (Di Pietro, 2017).

> O reconhecimento subsequente da culpa administrativa passou a representar um estágio evolutivo da responsabilidade do Estado, eis que não mais era necessária a distinção acima apontada, causadora de tantas incertezas. A teoria foi consagrada pela clássica doutrina de PAUL DUEZ, segundo a qual o lesado não precisaria identificar o agente estatal causador do dano. Bastava-lhe comprovar o mau funcionamento do serviço público, mesmo que fosse impossível apontar o agente que o provocou. (Filho, 2017, p. 373).

Assim, a falta de serviço poderia se consumar de três formas, inexistência do serviço, mau funcionamento e retardamento do serviço, desta forma dentre estas três hipóteses, caso viessem a ocorrer haveria a culpa, assim caberia ao lesado, comprovar que por meio de culpa do mau funcionamento do serviço público gerou-se um dano (Filho, 2017).

Segundo diz Maria Sylvia Zanella Di Pietro, todas as teorias ao fim tanto a teoria do risco integral, quanto a teoria do risco administrativo traziam em seu arcabouço a responsabilidade objetiva do estado, assim caberia averiguar se houve erro na prestação do serviço público (Di Pietro, 2017).

No código brasileiro, a teoria da irresponsabilidade não teve provimento, sempre foi repudiada pelos legisladores.

> Em 1916, o código civil brasileiro aderiu a teoria civilista de responsabilidade subjetiva, disposto no artigo 15, conduzia à ideia de que deveria ser demonstrada a culpa do funcionário para que o Estado respondesse. No entanto, a redação imprecisa do dispositivo permitiu que alguns autores defendessem, na vigência desse dispositivo, a teoria da responsabilidade objetiva (Di Pietro, 2017, p. 879).

A constituição federal de 1934 trouxe o princípio da responsabilidade solidária entre o estado e funcionário, já a constituição federal de 1946 apropriou-se da responsabilidade objetiva. E finalmente em 1988, a constituição federal trouxe a responsabilidade pelo dano causado pelo estado nos casos de dolo e culpa (Di Pietro, 2017).

> O Código Civil em vigor, entretanto, alterou o art. 15 e dispôs no art. 43: "As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo." Diante dos novos termos, impõe-se reconhecer que o Código, na parte que constitui o núcleo básico da norma, passou a disciplinar o tema em consonância com a vigente Constituição (Filho, 2017, p. 374).

Assim, na atualidade prevalece a teoria da responsabilidade objetiva, para esta se configurar é necessário a existência de três pressupostos segundo o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, ocorrência do fato administrativo, que considera qualquer forma de conduta atribuída ao poder público, o pressuposto de dano e a causalidade, também denominada de nexo causal, bastando que o sujeito lesado, demonstre que o dano sofrido originou-se da conduta estatal (Filho, 2017).

Ao estado cabe o ônus da prova no que diz respeito aos danos causados a terceiros, assim cabe a ele demonstrar que não houve fato administrativo, dano e nexo de causalidade (Filho, 2017).

Há eventuais situações que podem ocorrer, como o terceiro ter causado um dano a si integralmente, ou ter uma parcela de culpa ao ocorrido, neste primeiro caso, não cabe ao Estado reparar o dano, já ao segundo, poderá ser diminuído proporcionalmente a indenização (Filho, 2017).

Assim, ao Estado cabe ressarcir por eventuais danos que venham a ser derivados de seu poder, contanto que contenha os três pressupostos, quais sejam: fato administrativo, dano e nexo de causalidade.

2. OS ERROS JUDICIÁRIOS BRASILEIROS

O mundo atual vive sobre regrais estatais, o Estado impõe medidas que não devem ser tomadas pelos indivíduos, e ainda, caso quebrem estas regras, sofrem punições estatais, podem ser multas, reparação de danos e ainda a prisão, está última pode ser tida como a mais severa das punições, pois cerceia antes de qualquer coisa, o direito à liberdade de ir e vir.

É notável que o encarceramento fere a liberdade do sujeito, e tal medida deve ser tomada apenas em casos extremos, previstos em lei, são crimes como roubo, morte, feminicidio, tráfico de drogas e etc.

O Estado precisa ter total controle e responsabilidade ao privar a liberdade do sujeito e precisa ter a certeza de que está punindo o sujeito certo, tendo em vista que se fala de um direito inerente que é a liberdade e ao vislumbrar o sistema falido penal há ainda que se falar nos princípios constitucionais que são feridos.

O sistema carcerário brasileiro é falho, as cadeias são superlotadas, falta comida, roupa, remédio, a lei de execução penal é ferida, os direitos humanos também, bem como os princípios constitucionais, assim, quando se pune um sujeito por um crime, é necessário antes de mais nada que o Estado tenha apurado todas as provas, indícios que realmente seja constatado que o sujeito é o autor do delito, pois caso contrário o Estado estará cometendo uma grande injustiça.

Infelizmente, o Estado tem errado algumas vezes e com isso prejudicado e até mesmo matado alguns cidadãos.

Há alguns casos emblemáticos que se pode vislumbrar como o erro estatal pode acabar com a vida das pessoas.

O caso envolvendo os irmãos Joaquim e Sebastião Naves é um dos mais céleres exemplos de como o poder judiciário pode cometer erros e até induzir o sistema para que os cometa, em 1937, os irmãos Naves foram acusados de matar seu primo, que a época eram sócios, a princípio os irmãos negaram a autoria do crime, entretanto, após serem torturados pelo judiciário confessaram o crime (Cardoso, 2012).

O júri, ainda assim absolveu os réus, mas como á época o tribunal do júri não era soberano, o tribunal reformou a decisão e os condenou (Cardoso, 2012).

Após oito anos presos, tiveram liberdade condicional, e em 1952 o primo apareceu vivo, constatando assim que não houve homicídio. Assim por revisão criminal, os irmãos foram considerados inocentes, entretanto as sequelas deixadas pela prisão e tortura nunca foram esquecidas (Cardoso, 2012).

Marcos Mariano da Silva é outra pessoa que foi injustamente condenado pelo Estado, confundido com um homicida por ter o mesmo nome, foi preso em 1976 e nesta situação ficou por 19 anos, na prisão perdeu a visão em uma rebelião, onde a polícia lançou granadas e os estilhaços atingiram seus olhos, seis anos após a sua liberdade veio a óbito, mas antes perdeu mulher, filho e emprego, e tudo pelo erro Estatal (Cardoso, 2012).

Valdimir Sobrosa, ficou preso por 11 anos e 8 meses, sem julgamento, após todo este período foi inocentado pelo crime de homicídio, que não havia cometido, requereu ressarcimento do Estado pelos danos, o tribunal de justiça procedeu a ação e condenou o Estado a paga 2 milhões de reais, o Estado recorreu (Cardoso, 2012).

Um outro caso, mais recente e que terminou em uma fatalidade foi o do pedreiro Júlio da Silva Rosa, que foi morto dentro de uma cadeia brasileira, e o mais intrigante é que ele não deveria estar preso, Júlio cumpriu a pena de roubo no início de 2017, cumprindo um ano no regime fechado. No final de 2018 Júlio passou para o regime semiaberto com a utilização de tornozeleira eletrônica, e a pena do acusado foi diminuída para seis anos e seis meses (G1, 2019).

Quando a justiça foi publicar a decisão, somou as penas, como se fossem crimes diferentes, dando ao acusado a pena de 13 anos, em regime fechado. Devido a este erro a justiça mandou prender Júlio novamente. A defesa apresentou recurso quatro dias após a prisão do condenado, quando os agentes da DEPEN foram retirá-lo da prisão o rapaz já estava morto dentro da cela (G1, 2019).

Este caso atual, demonstra a irresponsabilidade do Estado e a falta de preparo do poder judiciário no momento de aplicar a pena. Não se trata de uma simples ação, mas sim, da vida de uma pessoa, que depende da decisão do Estado e erros como os mencionados são inadmissíveis, pois fere direitos inerentes e fundamentais dos seres humanos.

3. DIREITO A INDENIZAÇÃO NOS CASOS DE ERRO JUDICIÁRIO E O PRINCIPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Cabe ao Estado indenizar quando causar danos, sendo assim quando houver um dos três elementos quais sejam fato administrativo, dano e nexo de causalidade é obrigatório ao Estado responder pelos danos, mas e quando o Estado viola direitos constitucionais, como no caso de erro judiciário na seara penal?

O Estado deve responder pelos atos praticados por seus servidores, sendo assim, quando houver erros judiciais, o Estado deverá ressarcir a vítima pelos eventuais danos causados.

> Portanto, a pessoa que for condenada por um crime que não cometeu, o Estado deverá indenizá-la observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando todas as perdas que ocorreram durante esse interregno de tempo, podendo cumular indenização por danos morais ou materiais. Quanto a este, são os provenientes de lucros cessantes, da perda ou diminuição do patrimônio, bem como os oriundos do âmbito moral que correspondem a vergonha, o sofrimento e em muitos casos até a perda da família (Silva; Squena, 2013).

Falar em valores em casos onde, houve negligencia do Estado na seara judicial é um difícil conflito, pois restringir um direito que é a liberdade, tutelada pela constituição e pela declaração universal dos direitos humanos fere intimamente a dignidade do ser humano, é uma sanção de última análise, pois viola direitos inerentes como a liberdade, sendo assim, deve ser aplicada de maneira correta, e nestes casos não se pode haver nenhum erro.

É necessário, além desta análise, pensar na crise carcerária atual, o sistema prisional brasileiro pune de forma errônea, os presídios são uma "escola do crime" onde o sujeito sai pior do que entrou, pois em um mesmo local, presos que cometeram crimes de menor potencial ofensivo convivem com sujeitos que cometeram crimes de maior proporcionalidade, este descompasso faz com que criminosos de menor potencial, ingressem na

vida criminosa de forma efetiva e como companheiros destes sujeitos que estão a mais tempo no crime.

Há também que se falar da indignidade que se vive dentro do sistema prisional brasileiro, pois, em celas que deveriam ocupar seis presos, convivem 20, falta alimentação digna, saúde, higiene, presos convivem no mesmo espaço que baratas e ratos (Andrade e Ferreira, 2015).

Quando o Estado erra, e puni aquele que não deveria ser punido, o coloca neste local, indigno e desumano, a tira de seu convívio com familiares, amigos, emprego, lazer e o joga dentro do sistema carcerário brasileiro.

Assim, quando houver erros que prejudicaram a vida do sujeito por erros judiciários, caberá ao estado indenizar, mas como calcular este valor?

Pensar que os danos oriundos do erro judiciário pode ser indenizável apenas é uma afronta, pois, quando o sujeito foi retirado do seu convívio social, perdeu todos os seus direitos e sua vida, desta forma, nenhum valor estatal poderá ressarcir os danos causados pelo erro.

Faz-se necessário tais questionamentos, pois como nos casos em que houve a morte do sujeito, que não deveria estar preso e foi morto na cela, houve um fato irreversível, o sujeito perdeu a vida, a família poderá caber indenização, mas nada mudará o fato de que houve a morte do sujeito.

Ao Estado cabe indenizar tais atitudes, mas é necessário compreender que muitas vezes o valor pago nas indenizações não restitui aquilo que o sujeito sofreu enquanto esteve preso.

Os tribunais acolhem por favorável as ações contra o Estado nos casos de erro judiciário, é situação prevista na própria Constituição Federal.

> O artigo 5º, inciso LXXV da Constituição Federal trata do erro judiciário, ao dispor que "O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença" (Zolendeck, 2014).

A garantia ao direito de indenização existe, mas é impossível não vislumbrar que nos casos em que ocorrem tais erros, princípios como o da dignidade humana são efetivamente feridos, pois, a vida de uma pessoa foi posta em risca pelo próprio Estado, para condenar alguém é primordial

que se tenha a certeza de que aquela pessoa realmente cometeu um crime, que todos os indícios, provas tenham sido efetivamente verificados, o Estado não deveria ter o direito de errar nestes casos, pois fala-se de princípios constitucionais e internacionais de direitos humanos.

> Portanto, o juiz, ao proferir uma sentença condenatória, deverá observar atentamente os fatos apresentados e caso não esteja satisfeito poderá investigá-los para não incorrer em nenhuma injustiça. Caso esteja em dúvida, deverá optar pela absolvição do réu, para que futuramente essa decisão não seja objeto de indenização (Silva; Squena, 2013).

Assim, o poder judiciário antes de acolher a sentença deve investigar ao máximo, para que não cometa injustiças e condene um inocente, como dito por Silva e Squena 2013, se houve duvidas, é necessário optar pela absolvição do réu.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pode ser amplamente demonstrado, os erros judiciários são mais comuns do que se possa imaginar no Brasil, e isto deve ser visto como um perigo a direitos inerentes ao ser humano, pois, quando se aplica a pena de prisão, especialmente nas cadeias brasileiras que vivem uma crise penitenciaria, infringe-se o direito a liberdade de locomoção, há a restrição do sujeito no seu direito de ir e vir, bem como a perda do convívio familiar, do emprego, do lazer, assim, a aplicação da pena deve ser zelosa, para que não se cometa erros.

Cada caso precisa ser discutido, contestado para que não venha a ocorrer erros, é preciso haver provas suficientes para incriminar o sujeito, pois caso houver qualquer duvida, o que deve ser feito é optar pela absolvição, evitando que o poder Estatal tenha que ressarcir o sujeito no futuro por erro.

Desta forma, é importante que o poder judiciário tenha cautela ao aplicar a pena de prisão, pois pode causar danos irreversíveis caso cometa erros, como os exemplos que a pesquisa trouxe, o tempo que o sujeito

esteve preso não volta, nenhum valor pago pelo Estado consegue apagar da memoria dos sujeitos o que eles passaram dentro da cela, e ainda, como no caso citado onde o preso saiu morto, o dinheiro pago para família não trará a pessoa novamente ao convívio familiar, um erro ensejou na morte e destruição de uma família, tais casos não podem acontecer, pois fere os direitos humanos, fala-se de uma vida, que pode ser destruída por um erro, e em uma sociedade que defende os direitos e garantias fundamentais, casos como o explanado na pesquisa não podem se tornar comum.

REFERÊNCIAS

Almeida, Vitor Luís. **A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário sob a ótica do sistema lusófono: Análise no ordenamento jurídico português e brasileiro**. Revista de Informação legislativa. Brasília, 2012.

Andrade, Ueliton Santos de. Ferreira, Fábio Félix. **Crise no sistema carcerário brasileiro**. Revista psicologia, diversidade e saúde. Bahia. V.4, 2015. Disponível em <https://www5.bahiana.edu.br/index.php/psicologia/article/view/537>. Acesso em 05 de abr. de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Cardoso, Antônio Pessoa. **Erros judiciais causam danos a inocentes**. 2012. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI161127,21048-Erros+judiciais+causam+danos+a+inocentes>. Acesso em 10 de abr. de 2019.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Filho, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017.

RPC Curitiba. **Preso por erro em sentença é encontrado morto dentro de cela no dia que seria liberado da prisão, em Piraquara**. Curitiba, Paraná, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/03/08/preso-por-erro-em-sentenca-e-encontrado-morto-dentro-de-cela-no-dia-que-seria-liberado-da-prisao-em-piraquara.ghtml>. Acesso em 02 de abr. de 2019.

G1 Paraná. **Corregedoria do TJ-PR investiga morte de homem que estava preso após erro em sentença**. Curitiba, Paraná, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/03/11/corregedoria-do-tj-pr-investiga-morte-de-homem-que-estava-preso-apos-erro-em-sentenca.ghtml>. Acesso 02 de abr. 2019.

Pereira Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Silva, Carlos Roberto de. Squena, Fabiane Raquel. **Responsabilidade civil do Estado decorrente do erro judiciário**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 387-404, 4º Trimestre de 2013. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/Paginas/default.aspx>. Acesso em 02 de abr. de 2019.

Zolandeck, William Cleber. **A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário**. 2016. Disponível em: <http://www.zolandeck.adv.br/wp-content/uploads/2016/05/A-Responsabilidade-civil-por-erro-judici%C3%A1rio.pdf>. Acesso em 02 de abr. de 2019.

O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO COMO "ENCAIXOTADOR" DE PESSOAS E USURPADOR DE DIREITOS HUMANOS

EDNA FIRMINO RODRIGUES FERNANDES

1. INTRODUÇÃO

Os problemas vislumbrados no sistema penitenciário são incontáveis, percorrendo os âmbitos estruturais, administrativos ou jurisdicionais e são oriundos da falta de comprometimento desses órgãos e do próprio Estado, de forma geral, que demonstra indisposição para dar cumprimento às leis e sanar os percalços do cárcere.

Destarte, a LEP não só visa proteger o direito dos detentos, mas tem como propósito garantir a integridade do ser humano, visando reinseri-lo na sociedade e por consequência combater, ou ao menos diminuir a sua ocorrência. Em linhas gerais, podemos fazer a comparativa que o objetivo das unidades prisionais é a recuperação do criminoso como um ser que pratica um ato em contrariedade com a lei, e assim pela falta de inobservância dos ditames legais o agente infrator é retira-lo das ruas, para que o mesmo cumpra a sanção imposta pelo resultado objetivado, e quando findar-se a pena em tese estaria pronto para retornar ao convívio social. Porém, o que observamos na prática é completamente discordante com o que as fundamentações jurídicas apregoam e as penitenciárias brasileiras vivem um descompasso com a teoria. Podemos aqui elencar que as garantias básicas atribuídas aos condenados, como alimentação, assistência médica são objetos de violações frequentes, com isso arruinando as expectativas de quem está com sua liberdade ceifada.

2. METODOLOGIA

Neste estudo analisa-se, a partir de pesquisa empírica, a situação do sistema carcerário brasileiro na perspectiva dos direitos humanos consagrados pela Constituição Federal de 1988 e pelos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Destarte, o embasamento para construção do referido trabalho está cimentado em arcabouço teórico e doutrinário.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 DIREITOS HUMANOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O termo "direitos humanos" é um dos mais utilizados na cultura jurídica e na política atual, pelos estudiosos do direito e pela população em geral. Pode-se dizer que é bem próximo da ideia de Direito Natural, presente nos séculos XVII e XVIII, uma vez que, tal qual este, funciona como uma garantia para a dignidade da pessoa humana e de igualdade entre os seres, além de ter a função reguladora da legitimidade dos sistemas políticos e ordenamentos jurídicos.

Os direitos humanos seriam dotados dos caracteres da universalidade e da generalidade, assim com amplitude para todos os homens, em todas as épocas por assim dizer. Contudo, tais características são de difícil realização e a inobservância se justifica em virtude da diversidade cultural. Os direitos humanos seriam conceituados como os direitos supra positivos, ou seja, os que não resultam de uma concessão da sociedade política, mas constituem prerrogativas inerentes à condição humana.

Carvalho (2008) conceitua os Direitos Humanos como um conjunto de leis, vantagens e prerrogativas de devem ser adotados como essência pura pelo ser humano para que este usufrua de uma vida digna e tranquila, ou seja, não ser inferior ou superior aos outros seres humanos porque possuem diferenças em características físicas e culturais. Assim, os Direitos Humanos são importantes para um convívio social sem caos e que a paz paire na sociedade, devendo todos os cidadãos e Estado respeitarem e obedecerem tais conjuntos de regras.

A principal função dos Direitos humanos é a de proteger os indivíduos das injustiças, arbitrariedades, do autoritarismo e dos abusos de poder. Os Direitos Humanos são sinônimo de liberdade, pelo menos deveria ser.

Sob uma perspectiva histórica, cabe ressaltar a importância da Declaração Universal de Direitos Humanos, adotada pela ONU em 1948, ao introduzir uma nova concepção dos direitos humanos, caracterizada pela universalidade e pela indivisibilidade. Nas palavras de Flávia Piovesan (2005, p. 44):

> [...] universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, com crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade.

O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos enuncia que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade", e o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres configura-se pressuposto essencial da dignidade da pessoa humana. Por seu turno, a CF/88 consagra a dignidade como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1°), motivo pelo qual é vista como fundamento material da própria Constituição.

Os direitos do homem são, nas palavras de Bobbio, um fenômeno social, e sua multiplicação se deu por três motivos, sendo um deles "porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade" (BOBBIO, 1992, p. 22).

Neumann (1995, *apud* Sarlet, 2013, p. 33), sustenta "que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência". O mesmo autor argumenta que o mínimo existencial representa condição e limite para a efetivação da própria democracia.

A despeito de ser considerado um conceito jurídico relativamente recente, os direitos humanos universalizaram-se e têm se firmado como

elemento básico para a realização do princípio democrático (PIOVESAN, 2011), principalmente no âmbito do Direito Internacional. Nesta seara, evidente que "o fundamento último e a própria *ratio essendi* de um direito justo não é outro, senão o próprio homem considerado em sua dignidade substancial de pessoa" (PIOVESAN, 2011, p. 190).

3.2 AS INSTITUIÇÕES CARCERÁRIAS

As penitenciárias compõem um dos destinos de muitos dos indivíduos que vivem à margem da sociedade. É imperioso destacar que a marginalização recorrentemente está seguida de fome, de moradia precária, de saúde negligenciada pelo poder público, de acesso limitado à cultura, bem como a outros benefícios sociais. Diante deste panorama, ocorre o surgimento de boa parcela dos infratores, sendo explicado pela criminologia, o meio em que vivemos forma seus cidadãos.

Destarte, esses indivíduos que não possuem nenhuma perspectiva de melhoramento no status de vida recorrem por inúmeras vezes a ilegalidade, utilizando-se de atos ilícitos para viverem, bem como, para conquistarem seus objetivos materiais anteriormente não vislumbrados. Tal fuga da legalidade do ordenamento jurídico desencadeia que muitas dessas pessoas sejam presas ou mortas pela força coercitiva estatal.

No Brasil falta gerenciamento de qualidade na administração das penitenciárias, a precariedade das instalações físicas culmina com diversos processos judiciais acusando o Estado de ser displicente quanto aos direitos humanos. O sistema penal se apresenta sob a roupagem de instituição responsável promotora de avanços sociais que contribui para a plena socialização do indivíduo infrator. Mas o que se apresenta não condiz com a realidade. As prisões nem sempre cumprem os objetivos propostos teoricamente almejados em termos de discurso, ou seja, ressocializar aquele que cometeu o desvio social. Surgindo a problemática da reinserção na sociedade do preso pós-sistema carcerário. Neste sentido afirma Mirabete:

> "A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior. [...] A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação." (MIRABETE, 2002, p. 145).

Salienta-se que o Estado faz uso da prerrogativa de privar o indivíduo a liberdade de ir e vir enviando o infrator à prisão, para que o mesmo passe por um processo de regeneração, para que mais tarde seja ressocializado. No entanto, apesar de tal medida nos parecer demasiadamente racional, no Brasil ela não passa de uma grande hipocrisia estatal e social. Tendo em vista que os presídios brasileiros, em sua grande maioria, não proporcionam de forma alguma as condições necessárias para a reabilitação do presidiário, o que se observa, na verdade, são condições que tornam o detento com muito mais periculosidade de quando da sua entrada na penitenciaria. ainda pior do que quando entrou na penitenciaria.

Tal situação acarreta em condições subumanas de existência para qualquer indivíduo. Tendo em vista que os detentos estão inseridos em uma instalação que lesa sua integridade física, uma vez que o superlotamento impede que necessidades vitais do corpo humano (como o sono, a higiene, a alimentação) sejam realizadas de forma adequada. Além disso, a violência dentro dos próprios presídios já constitui um ambiente totalmente hostil, que é agravado por essa concentração absurda de detentos em um mesmo espaço, até mesmo porque não há separação de presos no que se refere ao ilícito penal cometido. Tendo em mente que o mesmo pode ser influenciado ou submetido a realizar outras ações ilícitas pelo outro detento, ou, até mesmo, sofrer violências de diversos tipos, como por exemplo advindas de divergências de facções anteriores ao *status* de prisão. O que podemos auferir é o elevado aumento da criminalidade, ou seja, o que supostamente a penitenciária deveria coibir não está logrando êxito.

Outro fato que vem a baile que detém grande poder de alavancar o problema estrutural é a falta de treinamento dos agentes penitenciários para convívio e a lida com os encarcerados, não há uma rigorosa rotina de procedimentos operacionais, bem como o fato dos salários dos mesmos serem ínfimos é um meio facilitador para a corrupção dentro do sistema carcerário, uma vez que o aliciamento é ocorrência verídica.

3.2.1 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS

As garantias legais previstas durante a execução da pena, assim como os direitos humanos do preso estão previstos em diversos estatutos legais. No plano mundial existem várias convenções como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso.

Em nível nacional, nossa Carta Magna reservou 32 incisos do artigo 5º, que trata das garantias fundamentais do cidadão, destinados à proteção das garantias do homem preso. Existe ainda em legislação específica – a Lei de Execução Penal – os incisos de I a XV do artigo 41, que dispõe sobre os direitos infraconstitucionais garantidos ao sentenciado no transcorrer do cumprimento de sua sentença.

Contudo, é sabido que mesmo com previsões no âmbito nacional, bem como, com a signatariedade dos tratados internacionais, continua a persistir dentro e fora das penitenciárias, arbitrariedade e abusos de poder por parte da polícia, morosidade da justiça no desenrolar dos processos penais, além das péssimas condições estruturais e violência no sistema penitenciário. Fato este, só vem a corroborar com a fragilidade e precariedade do vivenciado pelo sistema, onde é presente o uso abusivo de violência tanto nas atividades de vigilância quanto nos processos de investigação.

> A incapacidade de controle pelo poder público sobre a população carcerária, a falta de apoio ao egresso para reinserir-se na comunidade,

> a falta de preparo dos agentes penitenciários, além do descaso do Estado aos direitos dos presos, ao não assegurar condições elementares de encarceramento (assistência jurídica, social, médica), evidenciam a realidade alarmante e preocupante das prisões brasileiras. (MARTINS, 2013, p. 36).

A Constituição Federal reserva 32 incisos, do art. 5º, à proteção das garantias do homem preso. Podemos mencionar ainda a Lei de Execução Penal, que nos incisos I a XV do art. 41, dispõe sobre os direitos infraconstitucionais garantidos ao sentenciado no decorrer na execução penal. Todas essas garantias visam a observância do princípio da humanidade.

Todavia, existem estabelecimentos que funcionam em condições extremamente precárias, podemos dizer que em nível subumano, acarretando no distanciamento do apregoado pelo ideal normativo, deixando de contribuir, como poderia, com as diretrizes indicadas no artigo 1º da Lei de Execuções Penais: humanizar e punir. A falta de oportunidades de trabalho em regime fechado também evidencia um descumprimento da Lei de Execuções Penais, visto que seu art. 126 proclama que o condenado que cumpre pena nos regimes fechado e semiaberto pode descontar, para cada três dias de trabalho, um dia no restante da pena.

Todavia, a realidade é bem diferente do que está escrito, destacando Balestreri (2004) que, na prática, é comum a violação e inobservâncias dessas garantias legais no momento da execução da pena.

Pontualmente pode ser destacado que a Constituição Federal assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, conforme art. 5.º, inciso XLIX, contudo essa garantia não é observada. São várias as causas que tornam o ambiente prisional depreciativo, como por exemplo, a falta de recursos, que impossibilita assim a efetividade das condições de saúde, higiene, entre outros.

A população carcerária no Brasil é muito grande, não havendo estrutura capaz de suportar este contingente, fazendo com que os detentos sejam submetidos a ambientes degradantes. Essa superlotação gera problemas como a promiscuidade e falta de higiene.

As prisões brasileiras se mantêm sem as mínimas condições dignas

de vida, contribuindo ainda mais para desenvolver o caráter violento do indivíduo. As condições higiênicas são precárias e, em muitas cadeias, não existe acompanhamento médico. Além disso, muitas penitenciárias não possuem sequer meios de transporte para levar os internos para atendimentos externos. Os sanitários são coletivos e precários, piorando as questões de higiene.

Não podemos deixar de mencionar também a negligência com suas necessidades básicas de alimentação e vestuário. Muitos passam frio, outros acabam se molhando em dias de chuva e permanecem com a roupa molhada no corpo, causando doenças como gripes fortes e pneumonia. Temos também o problema do indivíduo que não tem nenhuma ocupação dentro do estabelecimento penal, fazendo com que os mesmos acabem pensando em fugas e rebeliões, tornando aquele local uma escola de bandidos.

É indubitável que os problemas do sistema penitenciário brasileiro ficam mais evidente quando se analisa os regimes prisionais. Nucci (2011) ressalta que na maioria das cidades, onde existem, são inviáveis, o que acarreta o descrédito do Estado, na sua função de promover o bem estar de todos os brasileiros, garantindo a reeducação dos condenados por crimes.

No momento de sua prisão, o condenado além de ter sua liberdade ceifada, também perde suas garantias fundamentais, passando a ter um tratamento desumano e degradante. Temos então a incidência de abusos e agressões, muitas vezes cometidas

pelos próprios presos, que não são castigados, fazendo com que se sintam incitados a agredir.

São diversas essas agressões, desde a ocorrência de homicídios, abusos sexuais, espancamentos e extorsões, sendo estas as práticas comuns por parte dos detentos que dentro do ambiente carcerário detêm um poder paralelo, que em função disso exercem um domínio sobre os demais presos, que acabam ficando subordinados a essa hierarquia interna. Fazendo com que surja assim a "lei do mais forte" e a "lei do silêncio"

Podemos também elencar o que refere a violação quanto a concessão de benefícios previstos em lei para os detentos, que têm o direito à progressão de regime ou até mesmo os que já cumpriram a pena, mas continuam privados de sua liberdade. Situação proveniente do grande numerário de

processos, do próprio descuido e da ineficiência dos responsáveis pela execução penal, que pode gerar uma responsabilidade civil por parte de Estado pelo fato de manter um sujeito encarcerado de forma ilegal e excessiva.

Devemos considerar que a maioria das pessoas que se encontram encarcerados ou no meio da criminalidade, é advinda da classe dos marginalizados da sociedade, ou seja, pobres, desempregados, pessoas sem oportunidades, com históricos de familiares que já tiveram passagem. Pessoas estas que cedo ou tarde retornaram ao meio social e muitas vezes voltarão de forma pior do que entraram, e mais uma vez a vítima dessa falha será a sociedade (BALESTRERI, 2003).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal do Brasil de 1988 trouxe uma série de garantias aos brasileiros, e dessa categoria não estão excluídos os reclusos. No entanto, há que se reconhecer que direitos que vão além do direito à liberdade – este legitimamente restrito pela sanção penal – estão sendo gravemente desrespeitados, tais como o direito à vida, à saúde, à integridade física, à assistência material.

É importante que o Brasil se posicione de forma prática no sentido de coibir tais violações aos direitos humanos dos presos, na medida em que o próprio ordenamento pátrio, bem como os tratados internacionais sobre a matéria, confere tais garantias aos encarcerados. Além disso, é necessário que haja uma mudança de mentalidade na sociedade como um todo, devendo-se abandonar a ideia de pena retributiva e do enclausuramento como pena paralela.

Se ao punir os criminosos o Estado inobserva práticas que significam a perda da dignidade, dá-se um mal exemplo à sociedade, cria-se a impressão de que os fins justificam o meio e aumenta-se mais ainda o círculo de violência. A repressão às práticas socialmente lesivas precisa ser enérgica, porém não devem perder o seu caráter ressocializador e educativo, devendo se pautar sempre pela lei e pela ética.

A superpopulação, a promiscuidade, a falta de condições de higiene,

a má alimentação, a falta de atendimento de serviços de saúde, a falta de atividade produtiva, o domínio interno dos próprios presos, a presença de drogas, armas, a violência interna, fazem com que nossos presídios sejam cada vez mais desumanos.

Inferimos que elevada parcela dos indivíduos que cometem crime não representa danos permanentes em termos de convívio para a sociedade. Parte dos crimes cometidos foram ocasionais, circunstanciais ou de pequena gravidade e quem comete esses crimes não apresenta continuidade de risco para integridade física da sociedade. Contudo, devem ser punidos, mas não necessariamente com a privação da liberdade.

A prisão deve ser reservada para criminosos que representam elevado grau de periculosidade a sociedade. Para os demais as penas alternativas se mostrariam eficientes e, principalmente, mais reparatórias, tanto para a sociedade quanto para o apenado. A regra deve ser a liberdade, sendo a prisão uma exceção, já que, como regra, as prisões são deformadoras do caráter, vulgarmente conhecidas como universidade do crime.

Neste contexto, a aplicação de penas alternativas seria uma forma de tentar resolver o problema do sistema penitenciário, devendo ser fortalecida esse juízo e serem perquiridos meios para efetivá-las, objetivando resolver essa carência do sistema penitenciário e por consequência garantir os direitos humanos ao encarcerados.

REFERÊNCIAS

BALESTRERI, Ricardo Brisolla. **Direitos Humanos**: Coisa de Polícia. Passo Fundo: Berthier, 2003.

_____. **Direitos humanos, segurança pública e promoção da justiça**. Passo Fundo: Berthier. 2004. Secretaria Especial dos Direitos Humanos.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus. 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **In**: Website oficial Palácio do Planalto. [online]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2019.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **In**: Website oficial Palácio do Planalto. [online]. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>.

Acesso em: 25 mar. 2019.

MARTINS, Herbert. **Crime, criminoso e prisão**: um estudo sobre a reincidência penitenciária em Montes Claros – MG. Rev. Bras. Segur. Pública. São Paulo, v. 7, n. 2, p. 32-48 Ago/Set 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza, Direito Penal. **Coleção tratado jurisprudencial e doutrinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. I 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos**. Cadernos de Pesquisa. v. 35, n. 124, São Paulo. jan./abr. 2005.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. D**ignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça Constitucional**: algumas aproximações e alguns desafios. Revista CEJUR/TJSC: prestação jurisdicional. v. 1, n. 01, dez. 2013.

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E SUAS CARACTERÍSTICAS COM ENFOQUE AO CRIME DE GENOCÍDIO E A SUA CONVENÇÃO PARA PREVENÇÃO E REPRESSÃO DESTE CRIME

EDUARDA PAOLA WEILER DE SIQUEIRA
FÁBIO DIAS GADEIA DA SILVA

1. INTRODUÇÃO

O Brasil ratificou o Estatuto de Roma em 2002 sendo promulgado pelo Presidente da República o Tratado por meio do Decreto 4.388, de 25 de Setembro de 2002, sendo, assim, submetido ao Tribunal Penal Internacional.

Assim, o objetivo deste artigo é expor um pouco acerca do Tribunal Penal Internacional, o Estatuto de Roma com enfoque ao crime de genocídio previsto no artigo 6º do referido diploma e na Convenção para Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1952.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Segundo Bassiouni (1997, p. 11), o primeiro registro de um julgamento internacional voltado para punir perpetradores de atrocidades foi o de Peter von Hagenbach no ano de 1474. A condenação por violar as leis humanas e divinas na ocupação de Breisach foi estabelecida por uma corte de 27 juízes do Sacro Império Romano que aplicou, pela primeira vez, o princípio de "responsabilidade de comando".

Para Paulo Henrique Gonçalves Portela (2017, pág. 535):

> Os precursores do Tribunal Penal Internacional (TPI) foram as cortes militares internacionais criadas por tratados após a II Guerra Mundial para processar e julgar indivíduos envolvidos em atos considerados como "crimes de guerra". O mais notório exemplo desses entes foi o Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Nuremberg), que foi criado pelo Estatuto de Londres do Tribunal Militar Internacional (Carta de Londres) e que julgou integrantes do governo nazista alemão. Também teve notoriedade o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente (Tribunal de Tóquio), criado pela Carta do Tribunal Internacional Militar para o Extremo Oriente.
>
> Em tempos mais recentes, também antecederam o atual tribunal Penal Internacional o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, também conhecido como "Tribunal de Arusha", criados na década de noventa do século passado para processar e julgar indivíduos por atos cometidos nos conflitos ocorridos nesses dois países no final do século XX.
>
> Todos os foros acima citados compartilham uma característica que permanece no atual TPI: à luz do princípio da responsabilidade individual, tais mecanismos dedicam-se a processar indivíduos, não instituições, como os Estados.
>
> Entretanto, nenhuma dessas Cortes era permanente, ao contrário do TPI, que é o primeiro órgão jurisdicional internacional voltado ao combate aos crimes internacionais que deve funcionar por prazo indeterminado.

Desta forma, o Tribunal Penal Internacional objetiva reprimir os crimes internacionais, contudo, para isso ocorrer precisa alcançar-se o auxílio dos Estados uma vez que percepção a jurisdição dessa Corte é complementar às jurisdições penais nacionais.

Na mesma seara, as atividades do TPI devem ser pautadas pelo Estatuto de Roma, pelos princípios pertinentes e por outros tratados que definem os crimes internacionais. Devendo, observar o Regulamento Processual e o Regimento do Tribunal.

Assim, o TPI atuará em vista da violação de obrigações estabelecidas pelo Estatuto de Roma, a serem cumpridas por pessoas naturais. Tais

obrigações visam proteger inúmeros valores de interesse dos indivíduos, conferindo a estes, portanto, direitos. Concomitantemente, muitos de tais direitos estão vinculados à proteção da dignidade humana, assumindo, assim, o TPI um papel importante na proteção dos direitos humanos no mundo (PORTELA, 2017, pag. 536).

3. A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Conforme dados do Site do ITAMARATY e o Ministério das Relações Exteriores, o Brasil apoiou a criação do Tribunal Penal Internacional, em razão de compreender que uma corte penal eficiente, imparcial e independente seria um grande avanço na luta contra a impunidade pelos mais graves crimes internacionais e, em 1998 durante a Conferência de Roma, foi adotado o Estatuto do TPI. Ressalta-se que, o Tribunal, mesmo tendo jurisdição interna, faz parte do sistema da ONU.

Neste sentido, o artigo 1° do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (Decreto Nº 4.388, de 25 de Setembro de 2002) assim estabeleceu:

> É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional («o Tribunal»). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.

4. PRINCIPAIS PRINCÍPIOS E CARACTERÍSTICAS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O doutrinador Paulo Henrique Gonçalves Portela, em seu livro "Direito Internacional Público e Privado" (2017, p. 542.) elenca treze (13) princípios que norteiam as atividades do Tribunal Penal Internacional que são:

> I. O Tribunal só terá competência relativamente aos crimes cometidos após a entrada em vigor do presente Estatuto;
> II. Complementariedade da jurisdição do TPI em relação à jurisdição dos Estados;
> III. *Ne bis in idem*;
> IV. Responsabilidade individual: o TPI julga indivíduos;
> V. Responsabilidade subjetiva;
> VI. Legalidade e vedação da analogia;
> VII. Imprescritibilidade;
> VIII. Anterioridade da Lei Penal;
> IX. Irretroatividade, salvo para beneficiar o réu;
> X. Exclusão da jurisdição relativamente a menores de 18 anos;
> XI. Irrelevância da qualidade oficial;
> XII. O crime cometido em obediência a ordens superiores não exclui, em princípio a responsabilidade;
> XIII. O crime deve ser grave e afetar à comunidade internacional como um todo.

Os princípios supramencionados e que norteiam as atividades do Tribunal Penal Internacional (TPI) encontram-se presentes entre os artigos 10 a 13 e 20 a 33 do Estatuto de Roma.

Conforme salienta Portela (2017, p. 539):

> O TPI pode examinar atos cometidos nos territórios dos Estados partes do Estatuto de Roma ou a bordo de navios ou aeronaves nestes registrados ou, ainda, atos praticados por seus nacionais. Podendo atuar, também, contra atos cometidos no território dos Estados não membros, desde que estes aceitem sua competência por meio de acordo especial (Estatuto de Roma, art. 4, par. 2, e art. 12, parágrafos 1, 2, "a" e "b", e 3).

Além disso, retira-se ainda do Livro do Portela (2017, p. 539.) que o Tribunal poderá estender sua competência para atos praticados em Estados não membros do Estatuto de Roma independentemente do consentimento destes, desde que haja a devida representação do Conselho de Segurança da ONU, conforme estabelece o artigo 13, "b" do referido Estatuto:

> O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 5º, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se: b) O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes.

Destarte, a competência do TPI pode ter alcance universal, dependendo, evidentemente, da colaboração do Conselho de Segurança da ONU, sendo que sua abrangência é apenas para os crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto de Roma, ou seja, em 01/09/2002.

Aduz ainda Portela (2017, p.540) que o TPI adota o princípio da responsabilidade criminal individual e em razão disso, não julgará Estados, mas apenas pessoas físicas. Sendo puníveis tanto aqueles que cometerem o crime como os que os ordenaram, instigaram, solicitaram, facilitaram, encobriram ou de qualquer forma contribuíram para a prática do ato ilícito ou deste participaram, inclusive os superiores hierárquicos. Contudo, a responsabilidade criminal das pessoas físicas nos termos do Estatuto de Roma em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o Direito Internacional.

Caso a pessoa já tenha sido condenada ou absolvida não poderá ser julgada novamente e, sendo julgado pelos crimes de competência do TPI não poderá ser julgado por outro tribunal.

Entretanto, caso o processo tenha ocorrido em outro foro ou tenha tido objetivo de subtrair o acusado à sua responsabilidade por crimes de competência do Tribunal ou não tenha sido conduzido de forma independente, ou imparcial e em conformidade com as garantias processuais reconhecidas pelo Direito Internacional poderá, o TPI julgar um indivíduo que já tenha sido julgado por outra corte (PORTELA, 2017, P. 504).

Pelo princípio da complementariedade, o TPI poderá apenas após terem sido esgotados todos os recursos judiciais internos dos Estados, ou seja, após o Estado ter tomado todas as providências cabíveis para processar e julgar os indivíduos que cometeram crimes internacionais. Desta forma, o esgotamento dos recursos interno é condição de admissibilidade de um caso no Tribunal Penal Internacional.

Na mesma seara, válido mencionar os artigos 86 a 102 do Estatuto de Roma nos quais relatam que os Estados têm o dever de cooperar com o Tribunal quando for necessário. Outrossim, os crimes de competência do TPI não prescrevem.

Em relação ao princípio da irrelevância oficial tem-se que o Estatuto de Roma aplica-se de "forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial" tornando-se, assim, indiferente o fato de que a pessoa acusada de ter cometido ato de competência do TPI seja agente público e/ou faça jus a privilégios e imunidades diplomáticas.

De acordo com o artigo 27 do Estatuto de Roma:

> 1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de *per se* motivo de redução da pena.
> 2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.

O autor supramencionado (POTELA, 2017, p. 542) ainda ressalta que é punível a tentativa. Assim, quem desistir da prática de crime ou impedir, de outra forma, a consumação não poderá ser punido em conformidade com o Estatuto de Roma se renunciar, total e voluntariamente, ao propósito delituoso. Além disso, o Estatuto não autoriza nenhum Estado parte a intervir em qualquer conflito armado ou nos assuntos internos de outro Estado.

5. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL INTERNACIONAL

Conforme o artigo 5° do Estatuto de Roma, o TPI julgará crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e o crime de agressão, fundamentados nos artigos 6°, 7° e 8° do referido diploma.

Conforme preconiza o artigo 5° do referido diploma:

> Crimes da Competência do Tribunal
>
> 1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:
>
> a) O crime de genocídio;
>
> b) Crimes contra a humanidade;
>
> c) Crimes de guerra;
>
> d) O crime de agressão.
>
> 2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

Com base nesses artigos supramencionados, define-se: Crime de genocídio como qualquer ato praticado com a intenção de, no todo ou em parte, destruir um grupo. Os crimes contra a humanidade, por sua vez, ocorrem quando atos de caráter desumano são cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra a população civil. E, por último os crimes de guerra são aqueles cometidos como parte integrante de uma política, um plano ou, uma prática em larga escala violando o direito internacional em uma guerra.

6. CRIMES DE GENOCÍDIO

De acordo com o Dossiê: "O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro" de autoria de Flavia Piovesan e Daniela Ribeiro Ikawa (2018):

> Com a adoção da Convenção para a Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, em 08 de dezembro de 1948, que afirmou ser o genocídio um crime contra a ordem internacional, iniciaram-se os esforços para a criação de um Tribunal Penal Internacional permanente. De acordo com o artigo 6º da Convenção, "as pessoas acusadas de genocídio serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela corte penal internacional competente com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição". O raciocínio era simples: a gravidade do crime de genocídio poderia implicar o colapso das próprias instituições nacionais, que, assim, não teriam condições para julgar seus perpetradores, restando assegurada a impunidade.
> (...)
> No que toca ao crime de genocídio, o Estatuto acolheu a mesma definição estipulada pelo artigo 2º da Convenção para a Prevenção e Repressão do Genocídio adotada pelas Nações Unidas, em 9 de dezembro de 1948, e ratificada pelo Brasil em 4 de setembro de 1951. Costumava-se diferenciar o crime de genocídio dos crimes contra a humanidade, pois esses últimos estavam restritos aos períodos de guerra. Com a ampliação do conceito de crimes contra a humanidade também para períodos de paz, o crime de genocídio passou a ser considerado a mais grave espécie de crime contra a humanidade. O fator distintivo do crime de genocídio frente a outros crimes é encontrado em seu dolo específico, tangente ao "intuito de destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso". A destruição pode ser física ou cultural. O caso de Dafur, por exemplo, foi levado ao TPI com base no crime de genocídio. O caso se pautou no genocídio derivado da luta pela terra entre pastores nômades e fazendeiros, a despeito do entendimento da extinta Comissão de Direitos Humanos, em 2005, no tocante

> à interpretação dos crimes cometidos em Darfur como crimes de guerra – e crimes contra a humanidade – e não como crime de genocídio. O promotor do TPI, contudo, interpretou a destruição de poços de água e o impedimento ao acesso a água, os homicídios e estupros em massa, a tomada forçada de terras, como "genocide by attrition".

Desta forma, conforme depreende-se do artigo 6 do Estatuto de Roma, o genocídio corresponde a prática de atos cometidos contra membros de um grupo étnico, racial ou religioso com a intenção de destruí-lo, no todo ou em parte. Sendo incluídos atos como: homicídio; ofensas graves à integridade física ou mental; sujeição intencional do grupo a condições de vida que possam provocar sua eliminação, total ou parcial; medidas destinadas a impedir nascimentos; e transferência forçada e de pessoas do grupo para outro grupo social.

Posto isso, conclui-se que o crime de genocídio pode se dar com base no Estatuto de Roma (Art. 6) e da Convenção para Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1952.

7. CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO

A convenção para prevenção e repressão do Crime de Genocídio foi o primeiro tratado internacional de proteção dos direitos humanos aprovado no âmbito da ONU, datando sua adoção de 9 de dezembro de 1948. Em razão das atrocidades que ocorreram ao longo da 2º Guerra Mundial, em especial o genocídio de 6 milhões de judeus, a Convenção afirma ser o genocídio um crime que viola o Direito Internacional.

De acordo com o artigo 2° da Convenção **(DECRETO Nº 30.822, DE 6 DE MAIO DE 1952)**: entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes

de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo e, e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

O artigo 3 por sua vez salienta que serão punidos os seguintes atos: a) genocídio; b) a associação de pessoas para cometer o crime de genocídio; c) a incitação direta e pública para cometer o crime de genocídio; d) a tentativa de genocídio e; e) a co-autoria no genocídio.

Além disso, o artigo 4° estabelece que as pessoas que tiverem cometido o genocídio ou qualquer dos outros atos enumerados no artigo 3 serão punidas, sejam governistas, funcionários ou particulares.

Quanto ao julgamento o artigo 6° aduz que as pessoas acusadas de genocídio ou qualquer dos outros atos enumerados no artigo 3 serão julgadas pelos tribunais competentes do Estado em cujo território foi o ato cometido ou pela Corte Penal Internacional competente com relação às Partes Contratantes que lhe tiverem reconhecido a jurisdição.

De acordo com Flávia Piovesan (2010, págs. 229 a 232):

> Quanto aos precedentes históricos da criação da Corte Penal Internacional, há que destacar os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, como também os recentes Tribunais ad hoc da Bósnia e da Ruanda, constituídos por resolução do Conselho de Segurança da ONU, em 1993 e 1994, respectivamente, com fundamento no Capítulo VII da Corte da ONU. Ao tratar dos Tribunais ad hoc, ressalta o Human Rights Watch Report: "Talvez em 1994 o mais importante e positivo desenvolvimento relativo aos direitos humanos se ateve à criação de um sistema internacional de justiça para terríveis violações de direitos humanos (...) Durante o ano de 1994, parece cada vez mais possível a instituição de um novo instrumento: um sistema internacional de justiça que assegure aos perpetradores do genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, a devida responsabilização. Pela primeira vez, desde os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, um sistema como este está a prometer a justiça às vítimas de extremos abusos, bem como está a inibir a tentativa de repetição destes crimes.

A importância de um sistema internacional de justiça para o julgamento de graves violações de direitos humanos foi também enfatizada pelo Programa de Ação de Viena de 1993, ao estabelecer em seu §92: "A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos recomenda que a Comissão dos Direitos Humanos examine a possibilidade de melhorar a aplicação dos instrumentos de direitos humanos existentes em níveis internacional e regional e encoraja a Comissão de Direito Internacional a continuar seus trabalhos visando ao estabelecimento de um tribunal penal internacional". Note-se que a importância da criação de uma jurisdição internacional para os graves crimes contra os direitos humanos foi revigorada na década de 90, em face dos genocídios que a marcaram (vide os conflitos da Bósnia, Ruanda, Kosovo, Timor Leste, dentre outros), confirmando as previsões de Samuel P. Huntington, para quem o fim da Guerra Fria demarcaria a transição do conflito bipolarizado Leste/Oeste para a exploração de conflitos étnicos e culturais.

A respeito da criação de uma jurisdição internacional, observa Noberto Bobbio que as atividades internacionais na área dos direitos humanos podem ser classificadas em três categorias: promoção, controle e garantia. As atividades de promoção correspondem ao conjunto de ações destinadas ao fomento e ao aperfeiçoamento do regime de direitos humanos pelos Estados. Já as atividades de controle envolvem as que cobram dos Estados a observância das obrigações por eles contraídas internacionalmente. Por fim, a atividade de garantia só será criada quando uma jurisdição internacional se impuser concretamente sobre as jurisdições nacionais, deixando de operar dentro dos Estados, mas contra os Estados e em defesa dos cidadãos. Neste sentido, pode-se concluir que, até a aprovação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, o sistema global de proteção só compreendia as atividades de promoção e de controle dos direitos humanos, não dispondo de um aparato de garantia desses direitos.

Eis que em 17 de julho de 1998, na Conferência de Roma, foi ineditamente, aprovado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, por 120 votos favoráveis, 7 contrários (China, Estados Unidos, Filipinas, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia) e 21 abstenções. Em 1º de julho de 2002, o

> Estatuto de Roma entrou em vigor. Até junho de 2008, 108 Estados o haviam ratificado.
>
> Como já mencionado, desde 1948, com a adoção da Convenção, para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, era prevista a criação de uma Corte Penal Internacional. Passados cinquenta anos, aprovou-se o Estatuto da Corte Penal Internacional, de caráter permanente, independente, com jurisdição complementar às Cortes Nacionais e vinculada ao sistema das Nações Unidas, o que significa decisivo avanço para a proteção dos direitos humanos.
>
> O Tribunal Penal Internacional permite limitar a seletividade política até então existente. Como visto, os Tribunais ad hoc, criados na década de 90 para julgar os crimes ocorridos na ex-Iugoslávia e em Ruanda, basearam-se em resoluções do Conselho de Segurança da ONU, para as quais se requer o consenso dos 5 membros permanentes, com poder de veto, nos termos do artigo 27, parágrafo 3°, da Carta da ONU. Ao contrário, o Tribunal Penal Internacional assenta-se no primado da legalidade, mediante uma justiça preestabelecida, permante e independente, aplicável igualmente a todos os Estados que a reconhecem, capaz de assegurar direitos e combater a impunidade, especialmente a dos mais graves crimes internacionais. Consagra-se o princípio da universalidade, na medida que o Estatuto de Roma aplica-se universalmente a todos os Estados-partes, que são iguais frente ao Tribunal Penal, afastando-se a relação entre "vencedores" e "vencidos".

Assim, apesar das referências anteriores ao crime o genocídio como categoria de crime, realmente, só surgiu em 1945, com o Tribunal de Nuremberg. Após Nuremberg, por força da resolução 260-A da Assembleia Geral da ONU, em 1948, na Convenção sobre a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, chegou-se ao entendimento que o crime de genocídio trata-se de um crime internacional e a mais grave violação de crimes contra a humanidade possível. No Brasil tal convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo n° 30.822, de 06 de maio de 1952, adentrando ao direito interno brasileiro com status de norma constitucional (CAMILLO, 2010).

8. COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

O Tribunal Penal Internacional é composto por dezoito juízes, com mandado de nove anos, constituído pelos seguintes órgãos de acordo com o artigo 34 do Estatuto:

> O Tribunal será composto pelos seguintes órgãos:
>
> a) A Presidência;
>
> b) Uma Seção de Recursos, uma Seção de Julgamento em Primeira Instância e uma Seção de Instrução;
>
> c) O Gabinete do Procurador;
>
> d) A Secretaria.

A presidência é responsável pela administração do Tribunal; as Câmaras se subdividem em Câmaras de questões preliminares, câmara de primeira instância e câmara de apelações; a promotoria por sua vez, corresponde a um órgão autônomo do tribunal, competente para receber as denúncias sobre crimes, examiná-los, investiga-los e propor ação penal junto ao Tribunal e a Secretaria, por fim é encarregada dos aspectos não judiciais da administração do Tribunal (PORTELA, 2017, p.538).

9. PENAS

As penas previstas no TPI são prisão por no máximo trinta anos; prisão perpétua com base no alto grau de ilicitude do fato e nas condições pessoais do condenado; perda de bens provenientes do crime e; multa. Além disso a sentença poderá determinar algumas reparações como indenização, reabilitação e restituição. Ressalta-se que, o TPI não condena os réus à pena de morte.

Importante mencionar o Artigo 110 do Estatuto de Roma o qual prevê o reexame da pena quando já tiver sido cumprido dois terços da pena, ou vinte e cinco anos de prisão no caso de prisão perpétua pelo apenado:

> 1. O Estado da execução não poderá libertar o recluso antes de cumprida a totalidade da pena proferida pelo Tribunal.
> 2. Somente o Tribunal terá a faculdade de decidir sobre qualquer redução da pena e, ouvido o condenado, pronunciar-se-á a tal respeito,
> 3. Quando a pessoa já tiver cumprido dois terços da pena, ou 25 anos de prisão em caso de pena de prisão perpétua, o Tribunal reexaminará a pena para determinar se haverá lugar a sua redução. Tal reexame só será efetuado transcorrido o período acima referido.
> 4. No reexame a que se refere o parágrafo 3º, o Tribunal poderá reduzir a pena se constatar que se verificam uma ou várias das condições seguintes:
>
> a) A pessoa tiver manifestado, desde o início e de forma contínua, a sua vontade em cooperar com o Tribunal no inquérito e no procedimento;
>
> b) A pessoa tiver, voluntariamente, facilitado a execução das decisões e despachos do Tribunal em outros casos, nomeadamente ajudando-o a localizar bens sobre os quais recaíam decisões de perda, de multa ou de reparação que poderão ser usados em benefício das vítimas; ou
>
> c) Outros fatores que conduzam a uma clara e significativa alteração das circunstâncias suficiente para justificar a redução da pena, conforme previsto no Regulamento Processual;
>
> 5. Se, no reexame inicial a que se refere o parágrafo 3º, o Tribunal considerar não haver motivo para redução da pena, ele reexaminará subseqüentemente a questão da redução da pena com a periodicidade e nos termos previstos no Regulamento Processual.

A execução da pena está regulada nos artigos 103 a 111 do Estatuto de Roma.

Conforme expõe Portela (2017, p. 539):

> As penas privativas de liberdade serão cumpridas um Estado indicado pelo Tribunal a partir de uma lista de Estados que tenham manifestado a sua disponibilidade para receber pessoas condenadas pelo TPI.

> Entretanto, em cada caso concreto, os Estados devem concordar em receber o condenado, podendo também estabelecer condições para tal. Em todo caso, a execução da pena será controlada pelo Tribunal. As penas de multa e de perda de bens serão aplicadas pelos Estados partes.

De acordo com Flávia Piovesan (2010, p.234):

> Quanto às penas, o Estatuto estabelece como regra a pena máxima de 30 anos, adminitindo, excepcionalmente, a prisão perpétua, quando justificada pela extrema gravidade do crime e pelas circunstâncias pessoais do condenado (art. 77). Não bastando a sanção de natureza penal, o Tribunal poderá também impor sanções de natureza civil, determinando a reparação às vítimas e aos seus familiares (art.75). O Estado conjuga, desse modo, a justiça retributiva com a justiça reparatória.

10. CONCLUSÕES

Ressalta-se que a cooperação do Brasil com o TPI ainda gera dúvidas na jurisprudência e na doutrina. A aplicação do Estatuto, nesse sentido, é motivo de incerteza uma vez que de acordo com a jurisprudência do STF para um ato ser definido como crime o mesmo deve ser objeto de lei em sentido formal ou estrito, contudo, não é o caso do Estatuto já que é um tratado.

Esta controvérsia poderá ser solucionada a partir da aprovação do PL 4.038/2008 que, objetiva permitir a aplicação do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) no Brasil, tipificando como crimes dentro da lei brasileira os atos já definidos no Estatuto de Roma.

Além disso, é possível a entrega de brasileiros para processamento e julgamento no TPI e cumprimento da respectiva pena. Por outro lado, a participação do Brasil no TPI não exclui a participação em outros Tribunais.

Conclui-se que o TPI é principal órgão jurisdicional internacional voltado ao combate de crimes internacionais, sendo um órgão permanente e completementar a jurisdição do TPI.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002**. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 de setembro de 2002.

BRASIL. **DECRETO Nº 30.822, DE 6 DE MAIO DE 1952**. Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio Rio de Janeiro, em 6 de maio de 1952.

MAIA, Marriele. **O Tribunal Penal Internacional na grande estratégia norte-americana (1990-2008)**. Brasília. FUNAG, 2012. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/915-Tribunal_Penal_Internacional.pdf> Acesso em: 27 de novembro de 2018.

CAMILLO, Bruna Athayde. Monografia: **O Tribunal Penal Internacional: sua origem, consolidação e relação com o sistema normativo brasileiro**. PUC. 2010. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16735/16735.PDF> Acesso em: 26 de novembro de 2018.

CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional : conceitos, realidades e implicações para o Brasil**. Brasília. FUNAG, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Dell/Desktop/ARTIGO%20TPI/986-Tribunal_Penal_Internacional_CONCEITOS.pdf> Acesso em: 26 de novembro de 2018.

COSTA, Susana Isabel dos Santos. **O Tribunal Penal Internacional e a Nova Ordem Internacional**. Coimbra, 2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/a_pdf/costa_tpi_nova_ordem.pdf> Acesso em: 28 de novembro de 2018.

GARCIA, Fernada Lau Mota. **O Tribunal Penal Internacional: funções, características e estrutura**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12141> Acesso em: 28 de novembro de 2018.

IKAWA, Daniela Ribeiro e PIOVESAN, Flávia. **O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O DIREITO BRASILEIRO**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33247.pdf> Acesso em: 27 de novembro de 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário** – 9 ed. rev. Atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/152-tribunal-penal-internacional> Acesso em: 26 de novembro de 2018.

O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO NA RESSOCIALIZAÇÃO DO RECLUSO: REALIDADE OU UTOPIA?

ELANNE DANTAS DE MELO BORGES

INTRODUÇÃO

A pena, desde a antiguidade, é vista como uma maneira de punir aquele que comete um delito de forma que ele venha a pagar pelo mal causado. Porém, sabe-se que nos primórdios dos tempos a sua única finalidade era a punição. Nada se falava acerca da reinserção do infrator ao convívio social, até porque as penas eram bastantes cruéis e, muitas vezes, levava o indivíduo a morte.

Com a evolução social o homem passou a ser visto como sujeito de direitos, devendo-se levar em consideração a dignidade humana até mesmo para àqueles que cometessem algum tipo de infração penal. A partir de então, passou-se a conceder a pena, além do seu aspecto punitivo, também um caráter ressocializador. O agente deveria ser punido pelo delito praticado, porém, a pena deveria ser proporcional ao crime e durante o tempo que estivesse privado de liberdade, deveria ser preparado para o seu retorno ao convívio com a sociedade.

Visando garantir a ressocialização do recluso, a Lei nº 7.210/84, conhecida como Lei de Execuções Penais (LEP), prevê uma série de assistências que são dever do Estado e que, em conjunto, visam proporcionar ao detento uma reintegração social satisfatória. Essa mesma lei prevê também como devem ser os espaços destinados aos presos, de forma a garantir que a dignidade da pessoa humana seja preservada.

No entanto, em que pese todas as garantias trazidas pelas legislações que disciplinam a execução penal brasileira, dados fornecidos pelo Relatório de Informações Carcerárias, disponibilizado em 2016, demonstram que o Brasil apresenta a terceira maior população carcerária do mundo, o que gera um déficit significativo de vagas no sistema penitenciário. Essa superpopulação acaba por interferir diretamente no caráter ressocializador da pena, uma vez que dificulta que o Estado exerça a sua obrigação no tocante as assistências e direitos dos reclusos.

Levando-se em conta que a pena possui, além de um caráter punitivo e preventivo, também a função ressocializadora, pensa-se no seguinte questionamento: será que o atual modelo penitenciário brasileiro consegue cumprir o aspecto reeducativo da pena, contribuindo para o retorno do recluso ao convívio social?

Sendo assim, a presente pesquisa teve como objetivo principal verificar se o modelo de sistema penal brasileiro cumpre os preceitos da Lei de Execuções Penais de forma a contribuir para a ressocialização do recluso. Para isso, foram realizadas pesquisas bibliográficas e legislativas, a partir dos mais variados campos de buscas, utilizando-se livros, artigos científicos e teses. Também foram feitas consultas no Levantamento de informações penitenciárias (INFOPEN), bem como no Relatório de reincidência criminal no Brasil, desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a fim de obterem-se dados acerca da população carcerária brasileira.

Assim, ao final da pesquisa, chegou-se à conclusão que o atual modelo penitenciário do Brasil não contribui de forma incisiva no processo de ressocialização do recluso. Em que pese as diversas assistências previstas na Lei nº 7.210/84 que visam, em conjunto, contribuir para a reinserção do preso na sociedade, o que se percebe é que o Brasil não é capaz de implementá-las de forma eficaz, tendo em vista a atual situação precária e superlotada das unidades prisionais.

1. BREVE HISTÓRICO SOBRE A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL

Desde os primórdios dos tempos houve a necessidade de punir o infrator pelo delito praticado. Porém, as penas impostas possuíam o único objetivo de castigar o delinquente pelo mal causado. Não existia qualquer preocupação com o caráter ressocializador da pena, logo, as punições eram regadas de crueldade e tortura, não se falando, sequer, sobre os direitos humanos.

Tal preocupação só veio à tona na Idade Moderna, quando com a ascensão dos ideais iluministas, viu-se a necessidade de criar uma lei que fosse clara o suficiente para ser compreendida e proporcional ao crime. A pena deveria servir como forma de aprendizado para que o agente não voltasse a delinquir.

Nesse cenário surge o Marquês de Beccaria, defendendo o ser humano como sujeito de direitos e que deveria ser tratado com o mínimo de dignidade. Ele pregava a extinção da pena de morte e a proporcionalidade entre a pena imposta e o crime que a ensejou.

> Entre as penalidades e o modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel ao corpo do culpado (BECCARIA, 2014, p.45)

No Brasil, durante o período colonial, a primeira legislação que passou a vigorar foram as Ordenações Afonsinas, seguida pelas Ordenações Manuelinas e, por fim, as Ordenações Filipinas. Segundo Takada (2010), estes livros ignoravam totalmente os valores fundamentais humanos, continham um vasto número de condutas que eram proibidas, e inúmeras punições extremamente brutais

Em seguida, deu-se início ao período Imperial, quando, finalmente, em 1822 o Brasil alcançou a sua independência de Portugal. Com a Constituição Federal de 1824 passou-se a vislumbrar uma nova forma de punição, já não mais regada de tanta barbárie e crueldade.

A Constituição Federal de 1824, em seu artigo 179, inciso XVIII, previa

que deveria se organizar, o quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade (BRASIL, 1824). Vê-se, a partir de então, uma nova concepção acerca do Direito Penal, onde o agente é visto como sujeito de direitos e deveres, devendo ser tratado com dignidade. Tal afirmação pode ser corroborada pelos incisos do artigo supracitado:

> Art. 179, CF/1824
> (...)
> VIII. Ninguem poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.
> IX. Ainda com culpa formada, ninguem será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admitte: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.
> X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.
> XI. Ninguem será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fórma por ella prescripta. [...] (BRASIL, 1824)

No ano de 1830, D. Pedro I publicou o Código Criminal seguindo os ditames da Constituição então vigente. Este código trouxe uma redução dos delitos que tinham como pena a morte do criminoso, bem como extinguiu as infamantes. Foi então que surgiram as penas privativas de liberdade como substitutas das corporais (DOTTI, 1998, p.53)

Por fim, iniciou-se o período republicano, onde através das Constituições subsequentes, as penas passaram a ser impostas com a sua tríplice visão: prevenção a novos delitos, retribuição pelo mal causado e, por fim, o caráter reeducativo, visando a reinserção do criminoso na sociedade e seguindo os preceitos consagrados pela Declaração de Direitos Humanos.

2. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: CONCEITO E FUNÇÕES

Pena é uma sanção imposta pelo Estado a determinado agente pela prática de um ilícito penal. Para Greco (2015, p. 533), "a pena é consequência natural imposta pelo Estado quando alguém pratica uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito e culpável, abre-se a possibilidade para o Estado fazer valer seu *ius puniendi"*. Sabe-se que o Estado é o detentor do direito/dever de punir. Logo, havendo a prática de um determinado delito, existe a imperatividade de aplicação da pena. Para Masson:

> Pena é a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais. (MASSON, 2016, p. 610)

Do conceito supracitado, é possível extrair a tríplice finalidade da pena. Isto porque, com a evolução dos direitos humanos e da sociedade, a pena não é vista apenas como uma forma de castigar o agressor pelo crime cometido. Ela possui, além da função punitiva, mais dois aspectos: coibir a prática de crimes pela coletividade e reeducar o criminoso, de modo que ele possa voltar ao convívio social e não mais delinquir.

O artigo 59 do Código Penal Brasileiro prevê o seguinte:

> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias

> e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...) (BRASIL, 1940)

É possível perceber que o Código Penal Brasileiro demonstra preocupação não apenas em punir, mas também em prevenir a prática de novos crimes ao dispor que o magistrado deve aplicar a pena de maneira que, além de castigar o acusado, funcione como prevenção a outros delitos.

No entanto, é importante salientar que, além da prevenção e punição, há que se falar também no caráter ressocializador da pena, pois de nada adianta privar a liberdade de uma determinada pessoa se, após o cumprimento da pena, ela não estiver pronta para ser reintegrada a sociedade.

Sobre a função reeducativa da pena, Figueiredo Neto et.al afirmam que:

> Além da função de punir o delinquente pela a prática do crime por ele realizado vem o nosso ordenamento falar de reintegração do mesmo. Entende-se a prática da ressocialização como uma necessidade de promover ao apenado as condições de ele se reestruturar a fim de que ao voltar à sociedade não mais torne a delinquir. (FIGUEIREDO NETO et. al. 2009)

Assim, denota-se que apesar do conceito de pena estar diretamente ligado a retribuição pelo crime cometido, na atualidade, vislumbram-se, para ela, outras funções de suma importância. É inegável que deve existir o caráter punitivo, porém, tão importante quanto este é a função ressocializadora, pois de nada adiantaria impor uma sanção penal ao agente pela prática de crimes se, ao ser posto em liberdade, ele tornar a delinquir.

3. A REALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A realidade do sistema prisional brasileiro é caótica. A população carcerária vem crescendo mais rapidamente do que vagas são criadas, o que gera um sistema penitenciário superlotado.

Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Carcerárias - INFOPEN (2016), em junho de 2016 existiam 726.712 pessoas privadas de liberdade no Brasil. Em relação ao número de vagas, observa-se um déficit total de 358.663 mil vagas e uma taxa de ocupação média de 197,4% em todo o país. Este cenário encontra-se agravado em relação ao último levantamento que foi feito em 2014.

De acordo com o INFOPEN (2016), o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, passando dos 700.000 reclusos em junho de 2016. Isso representa um aumento na ordem de 707% em relação a década de 90. Mais da metade dessa população é de jovens de 18 a 29 anos e 64% são negros. Em relação a escolaridade, segundo o relatório, 51% das pessoas privadas de liberdade no Brasil possuem o ensino fundamental incompleto, sendo 14% analfabetos. Esses dados refletem a baixa escolaridade de grande parte dos reclusos do sistema penitenciário brasileiro.

É importante destacar ainda que 89% da população carcerária encontra-se em unidades com presos acima da sua capacidade de lotação. Ao todo, são 78% dos estabelecimentos prisionais que apresentam mais reclusos que vagas ofertadas. (INFOPEN, 2016)

Em relação a processos judiciais, 40% da população carcerária encontra-se pendente de julgamento (INFOPEN, 2016), ou seja, estão privados de liberdade sem uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Isto vai de encontro a um princípio de abrangência constitucional, qual seja, a presunção da inocência. Este princípio tem previsão no artigo 5º, inciso LVII da nossa Carta Magna e afirma que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". (BRASIL, 1988)

Pelos números expostos acima, ficou demonstrado que o sistema prisional brasileiro apresenta uma realidade assustadora, com superpopulação carcerária, presos de baixa escolaridade, sendo a maioria deles negros, amontoados em celas insalubres e alguns privados de liberdade de forma provisória há longas datas por não possuírem decisão judicial transitada em julgado.

4. O SISTEMA PENAL BRASILEIRO E A RESSOCIALIZAÇÃO DO RECLUSO NOS MOLDES DA LEI Nº 7.210/84

No ordenamento jurídico brasileiro existe a Lei nº 7.210/84 que deve reger a execução penal em todo o território nacional. Ela prevê uma série de direitos e deveres dos presos, sejam eles provisórios ou condenados, visando proporcionar ao recluso um cumprimento de pena da forma mais digna possível.

Para tanto, a Lei de Execuções Penais prevê nos seus artigos 10 e 11 assistências ao preso e ao egresso, de maneira a coibir a prática de novos delitos, bem como garantir o retorno desses reclusos ao convívio social. As assistências previstas na lei nº 7.210/84 são as seguintes: material, saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Juntas, elas buscam efetivar o aspecto ressocializador da pena. Porém, diante da superlotação do sistema penitenciário brasileiro, torna-se difícil oferecer aos reclusos todos os direitos que lhe são garantidos.

Sabe-se que a prisão é o local destinado para àqueles que violam as leis cumprirem sua reprimenda penal. Ela é alvo de muitas críticas, principalmente no que tange a superpolução carcerária, falta de condições de higiene e saúde, deixando a desejar na efetiva aplicação do princípio da dignidade humana. Todos esses fatores acabam por dificultar o retorno do detento ao convívio social. (GREGO, 2011)

Analisando os dados fornecidos pelo relatório de informações carcerárias de 2016, foi possível observar que grande parte da população carcerária brasileira possui uma baixa escolaridade. Esse fator reflete na ressocialização do recluso, uma vez que dificulta o seu ingresso no mercado de trabalho. Sem conseguir emprego, os egressos veem no crime a única maneira de obterem seu sustento, voltando, assim, a delinquir.

Para Sanches (2013), o deficitário acesso do preso a assistência social, saúde, bem como a um devido plano escolar acaba por fazer com que a função do Estado em relação ao indivíduo privado, qual seja, promover a sua ressocialização, não seja alcançada.

Apesar do sistema penitenciário oferecer a seus reclusos educação, bem como cursos profissionalizantes, a realidade da superlotação carcerária impede que estes benefícios sejam estendidos a todos os detentos.

Quanto ao alojamento do condenado, a Lei nº 7.210/84 prevê o seguinte:

> Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.
> Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:
> a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
> b) área mínima de 6,00m2 (seis metros quadrados).

Porém, em que pese os preceitos legais acerca das acomodações do preso condenado, pode-se afirmar ser impossível o seu cumprimento na maior parte das unidades prisionais, haja vista que, segundo dados já trazidos no presente trabalho, o número de presos supera em muito o número de vagas no sistema penitenciário. Assim, os reclusos ficam amontoados nos pavilhões e celas, dormindo no chão, mal podendo movimentar-se durante a noite, em um ambiente totalmente insalubre.

Houve, em pouco tempo, um grande aumento da população carcerária brasileira. Este aumento não foi acompanhado pelo Estado no tocante a criação de novos estabelecimentos prisionais. Assim, como consequência, o Estado não consegue cumprir de forma efetiva o que dispõe a LEP ao propor que presos provisórios devem ficar em estabelecimento prisional distinto dos presos condenados, bem como deve haver uma separação em razão da periculosidade do detento. Este pode ser um dos fatores que aumentam a violência dentro das cadeias, pois agravam a mentalidade criminosa dos presos. (SANCHES, 2013)

Em relação a separação do preso provisório do condenado, bem como daqueles mais perigosos daqueles que oferecem menos riscos a sociedade, o artigo 84 da Lei nº 7.210/84 prevê o seguinte:

> Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.
> § 1º Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios:
> I – acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados;

> II – acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;
> III – acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II.
> (...)
> § 3º Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios:
> I – condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados;
> II – reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;
> III – primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;
> IV – demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III.

O não cumprimento por parte do Estado no previsto na Lei de Execuções Penais no tocante à devida separação dos presos pelo grau de periculosidade, influencia diretamente no seu processo de ressocialização, pois as cadeias tornam-se verdadeiras escolas do crime. Assim, um indivíduo que antes possuía um baixo grau de perigo social, acaba sendo aliciado a praticar crimes cada vez mais graves e ao serem postos em liberdade, voltam a delinquir. Sobre esse tema, Mirabete dispõe o seguinte:

> A falência de nosso sistema carcerário tem sido apontada, acertadamente, como uma das maiores mazelas do modelo repressivo brasileiro, que, hipocritamente, envia condenados para penitenciárias, com a apregoada finalidade de reabilitá-los ao convívio social, mas já sabendo que, ao retornar à sociedade, esse indivíduo estará mais despreparado, desambientado, insensível e, provavelmente, com maior desenvoltura para a prática de outros crimes, até mais violentos em relação ao que o conduziu ao cárcere. (MIRABETE, 2008, p. 89)

Assim, demonstra-se que apesar das previsões legais acerca do tratamento que deve ser fornecido pelo Estado àqueles que cumprem pena

privativa de liberdade visando garantir o seu retorno ao convívio social, a atual condição de precariedade do sistema prisional, ocasionada, principalmente, pela sua superlotação, faz com que tal objetivo não seja atingido.

Outro fator importante para aferir se a pena tem cumprido a sua função ressocializadora é a reincidência. Segundo o artigo 63 do Código Penal: "Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior". Para Masson:

> A prática de uma nova infração penal, com a caracterização da reincidência, revela o não cumprimento da pena quanto às suas finalidades. Falhou na tarefa retributiva, pois o condenado não se atemorizou suficientemente com o castigo, ao ponto de descumprir novamente a lei penal, suportando o risco de ser mais uma vez privado de sua liberdade ou de seu bens. Além disso, a pena deixou a desejar na missão de prevenção especial, revelando não ter ressocializado satisfatoriamente seu destinatário. É o fracasso do Estado no cumprimento de uma finalidade que lhe foi constitucionalmente e legalmente atribuída, mas que, por motivos diversos e de conhecimento notório, não é desempenhada a contento. (MASSON, 2016, p. 733 e 734)

Em estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) a pedido do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2015, verificou-se que um a cada quatro ex-recluso volta a ser novamente submetido a novo processo penal e condenado pela prática de outro crime no prazo de cinco anos. A pesquisa foi realizada através da análise de 817 processos de cinco unidades da federação: Alagoas, Pernambuco, Paraná, Minas Gerais e Rio de Janeiro. Para o estudo, utilizou-se apenas o conceito de reincidência legal previsto nos artigos 63 e 64 do Código Penal, ou seja, apenas é considerado reincidente quem volta a ser condenado no prazo de cinco anos após o cumprimento da pena anterior.

A cultura do aprisionamento é latente em todas as esferas da sociedade. Todos veem no encarceramento a única forma de punição a um agente pelo crime cometido. Isto acaba por elevar o número de presos com a

consequente superlotação das cadeias. Diante de um sistema penitenciário que não consegue equilibrar número de vagas e número de detentos, as assistências previstas pela Lei de Execuções Penais que visam auxiliar no processo de ressocialização do recluso não são implementadas de forma eficaz, tão pouco, consegue-se garantir a efetiva aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana aos que se encontram privados de liberdade. Assim, percebe-se a ineficácia do atual modelo prisional brasileiro em ressocializar o detento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objetivo central verificar se o atual modelo de sistema penitenciário do Brasil mostra-se eficaz em cumprir o papel ressocializador da pena, de modo a preparar o recluso para o seu retorno ao convívio social sem mais delinquir. Para isso, foram realizadas pesquisas doutrinárias e legislativas, bem como buscaram-se dados do sistema prisional brasileiro publicados por órgãos oficiais, para que através deles fosse possível concluir acerca da eficácia ou não do caráter reeducativo da pena.

Sabe-se que o direito penal moderno busca não somente punir o acusado, mas também prepará-lo para que possa retornar ao convívio social enquanto sujeito de direitos e deveres. Para que possa alcançar este objetivo, a Lei de Execuções Penais prevê uma série de assistências ao preso e ao egresso, que em conjunto, visam auxiliá-los a reingressar na sociedade e ser aceito por ela.

Através do presente trabalho foi possível perceber que apesar de todo aparato legislativo, que garante ao recluso uma série de direitos, estes não são implementados de forma eficaz. A principal razão dessa não implementação é a superlotação das unidades prisionais. Não existem vagas suficientes para que todos os reclusos participem de atividades profissionalizantes, a saúde básica é precária e não há vagas de trabalhos suficientes para todos os que desejam. Os presos amontoam-se dentro de celas pequenas, com condições insalubres, dormem no chão, além de não

receberem a ideal assistência jurídica que lhes são garantidas por lei. Prova disso é quantidade de presos provisórios que passam anos esperando julgamento, muitos deles são, inclusive, considerados inocentes após a instrução processual.

O Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo. Dados do INFOPEN (2016) demonstram que 89% da população carcerária encontra-se em unidades com presos acima da sua capacidade de lotação. Ao todo, são 78% dos estabelecimentos prisionais que apresentam mais reclusos que vagas ofertadas. Nesse cenário, é praticamente impossível o Estado conseguir pôr em prática todas as determinações legais para que se garanta a ressocialização do recluso.

Medidas devem ser tomadas para que este quadro de superlotação carcerária seja revertido. É importante a construção de novas unidades prisionais, porém é igualmente relevante reduzir a cultura do aprisionamento bastante presente na sociedade. Para muitos, a única forma de punir alguém pelo mal causado é privando a sua liberdade. No entanto, nosso ordenamento prevê também penas restritivas de direitos, penas de multa, bem como institutos como a transação penal, o *sursi* processual e o *sursi* penal. Existem também, para os presos provisórios, diversas medidas cautelares diversas da prisão, de modo que a pena privativa de liberdade deve ser tida como *ultima ratio*, ou seja, última medida a ser adotada.

Sendo assim, conclui-se que o atual sistema penitenciário brasileiro encontra-se em colapso, não conseguindo cumprir o seu papel ressocializador. Tem-se como principal causa a superlotação da maioria das unidades prisionais, que impede uma atuação eficaz do Estado no sentido de implementar todas as assistências que são direito dos reclusos e que visam, além do cumprimento da pena de forma digna, a sua reintegração ao convívio social. Portanto, é preciso a adoção de medidas com o objetivo de garantir a efetivação do que prevê a Constituição Federal, o Código Penal e a Lei nº 7.210/84, pois somente dessa forma a pena irá cumprir a sua tríplice finalidade, quais sejam: a prevenção à prática de crimes pela coletividade, a punição pelo delito causado e, principalmente, a ressocialização, de forma a preparar o agente para ser reintegrado ao convívio social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 6ª edição. São Paulo. Ed. Martin Claret. 2014.

BRASIL, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm acesso em fev. 2019 acesso em fevereiro 2019.

BRASIL, 1824. **Constituição Política do Império do Brazil**. 25 de Março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm, acesso em fevereiro 2019.

BRASIL, 1984. **Lei de Execuções Penais**. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm acesso em fev. 2019.

BRASIL, 1940. **Código Penal**. Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm acesso em fev. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - InfoPen**. Referência: 06/2016. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf acesso em fevereiro de 2019.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 550 p. ISBN 85-203-1632-8.

FIGUEIREDO NETO, Manoel Valente; MESQUITA, Yasnaya Polyanna Victor Oliveira de; TEIXEIRA, Renan Pinto; ROSA, Lúcia Cristina dos Santos. **A ressocialização do preso na realidade brasileira: perspectivas para as políticas públicas**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 65, jun 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6301%3E>. Acesso em fev 2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Reincidência Criminal no Brasil – Relatório de Pesquisa**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf acesso em fevereiro de 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral. Vol. 1**. 10ª edição. São Paulo: Método, 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

SANCHES, Matheus da Silva. **As deficiências do Sistema Prisional Brasileiro e o Aumento Vertiginoso da População Carcerária**. ETIC – Encontro de Iniciação Científica. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente – SP, 2013. Disponível em: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/04/doctrina40820.pdf acesso em fevereiro de 2019.

TAKADA, Mário Yudi. **Evolução histórica da pena no Brasil**. 2010. Disponível em: http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/2428/1952 acesso em fevereiro de 2019.

A INELEGIBILIDADE POR CONDENAÇÃO NÃO TRANSITADA EM JULGADO À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

FLÁVIO MIRZA MADURO
THAYSA NAVARRO DE AQUINO RIBEIRO
VANESSA ALMEIDA DUTRA

INTRODUÇÃO

O Princípio da Presunção de Inocência foi inserido expressamente no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1998. Antes disso, já invocava sua aplicação, mas de forma implícita.

Tal princípio, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, tem como finalidade a proteção das garantias processuais do cidadão perante o Estado.

Assim, o reconhecimento da autoria de uma infração penal, à luz do sistema constitucional, pressupõe uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Isto significa que todo acusado é presumido inocente no Processo Penal, até que sua eventual sentença condenatória seja transitada em julgado.

Com relação ao Direito Eleitoral, pode-se afirmar que como ramo do Direito Público, tem como objetivo a coletividade, garantindo-se, assim, uma boa administração, pautada nos princípios constitucionais da Legalidade, Moralidade, Impessoalidade, Publicidade e Eficiência.

Ao se confrontar princípios, observa-se que nenhum deles será considerado inválido, mas sim precedente em relação ao outro, restringindo-se, assim, as possibilidades de realizações jurídicas dos demais.

Além disso, deverá a Administração Pública agir, sempre, com moralidade e probidade, como determina o Princípio da Proteção, artigo 14, §9º,

da Carta Constitucional de 1988.

Nesse sentido, encontra-se a Lei Complementar 64/1990, alterada pela Lei Complementar 135/2010, que determina que pessoas condenadas por órgão judicial colegiado antes do trânsito em julgado sejam inelegíveis.

Diante do exposto, surge a seguinte indagação: O Princípio da Presunção de Inocência, previsto expressamente no texto constitucional e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, estaria sendo lesado pelas Leis Complementares 64 de 1990 e 135 de 2010, que preveem a inelegibilidade para pessoas condenadas em decisão proferida por órgão colegiado antes do trânsito em julgado até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena?

Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar a inelegibilidade por condenação não transitada em julgado à luz do princípio da presunção de inocência.

Para tanto, no primeiro capítulo deste trabalho serão analisadas as características fundamentais do Princípio da Presunção de Inocência, bem como seus aspectos históricos. Em seguida, serão analisadas as Leis Complementares 64 de 1990 e 135 de 2010 e suas consequências. Encerra-se tal capítulo com os importantes votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, Luiz Roberto Barroso, Luiz Fux e Dias Toffoli, acerca do Tema.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, baseada em revisão bibliográfica.

2. DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

2.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O Princípio da Presunção de Inocência também é tratado por parte da doutrina como Princípio da Presunção de Não Culpabilidade ou Estado de Inocência. Apesar das nomenclaturas distintas, tais expressões são consideradas sinônimas.

A Constituição Federal de 1988 cuidou do estado de inocência amplamente, ou seja, de forma mais abrangente que a própria Convenção

Americana de Direitos Humanos, estabelecendo que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos estabeleceu que "toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa" (art. 8, 2).

Nesta senda, o artigo 11, §1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos também estende ao acusado o estado de inocência ao decorrer do processo, até que seja provada a sua culpabilidade.

Assim, no Brasil, o reconhecimento da autoria de uma infração penal, à luz do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, pressupõe uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

Isto significa que todo acusado é presumido inocente no Processo Penal, até que sua eventual sentença condenatória seja transitada em julgado.

Segundo Eugênio Pacelli

> É preferível o uso da expressão situação jurídica de inocência, porque a inocência não é presumida, ela já existe desde o nascimento do indivíduo, persistindo até o trânsito em julgado da sentença condenatória (OLIVEIRA, 2008, p. 35-36).

Considerando-se, assim, que a pessoa já nasce inocente, para que esse estado seja alterado, faz-se necessário que o autor da ação penal prove o contrário, ou seja, a acusação deverá provar que tal pessoa é culpada. Desta forma, o ônus da prova, em regra, caberá à acusação.

Decorre, ainda, do Princípio da Presunção de Inocência que o agente só poderá ter sua liberdade privada se existirem motivos cautelares para isso, como aqueles estabelecidos pelo artigo 312, do Código de Processo Penal. Ausentes tais motivos, o agente deverá responder ao processo em liberdade.

À luz do artigo 5º, inciso LXVI, da Constituição Federal de 1988

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) Ninguém será levado à prisão

> ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Assim, a prisão preventiva, no Brasil, é uma medida de *ultima ratio,* isto é, só será aplicada ao indivíduo se não for possível a substituição da pena por outra medida cautelar, pois a regra é a liberdade e o encarceramento, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, deve configurar uma medida excepcional.

Segundo o Professor Nestor Távora

> Não é outro o entendimento do STF, que por sua composição plenária, firmou o entendimento de que o status de inocência prevalece até o trânsito em julgado da sentença final, ainda que pendente recurso especial e/ou extraordinário, sendo que a necessidade/utilidade do cárcere cautelar pressupõe devida demonstração. Na mesma linha intelectiva, o legislador ordinário, com a Lei 11.719/2008, revogou o art. 594 do CPP, dispositivo que condicionava o direito do réu de apelar ao recolhimento à prisão, em nítida violação ao princípio referido. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 70).

No entanto, em julgado diverso, o Supremo Tribunal Federal modificou seu posicionamento acerca do tema. O julgamento histórico proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 17 de fevereiro de 2016, no Habeas Corpus número 126.292/SP, em que por sete votos a quatro decidiu pela constitucionalidade da execução provisória de pena privativa de liberdade a partir da decisão condenatória confirmada em segunda instância.

O Supremo Tribunal Federal fundamentou tal decisão na celeridade processual, haja vista que a demora no julgamento dos Recursos Especial e Extraordinário fazia com que a formação da coisa julgada se desse tardiamente, atrasando, ou até mesmo impedindo o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Contudo, para Nestor Távora

> Trata-se de julgado em direção oposta à orientação antes firmada, que

> somente admitia a prisão provisória, ainda que lastreada em condenação não transitada em julgado, quando existente o requisito da cautelaridade, vale dizer, quando indispensável nos termos do art. 312, do CPP (subprincípio da necessidade). Entendemos que tal decisão ofende o postulado da presunção de inocência. Ninguém deve ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Admitir a execução provisória da pena em momento anterior à formação de coisa julgada, com base em argumento de eficiência do sistema e só pelo fato de ter sido afirmada a condenação em outro tribunal, esbarra no texto da Constituição (art. 5º, LVII) e do CPP (art. 283). Aliás, não foi sequer considerada a letra deste último artigo do Código, referentemente ao texto da Lei Maior. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 73).

Tal decisão foi alvo de muita divergência entre os Ministros, que reconheceram a existência de repercussão geral, para a produção de efeitos gerais (ARE 964.246).

O STF, assim, reafirmou sua jurisprudência nesse sentido, afirmando que a execução provisória da pena não ofende o artigo 283, do Código Processual Penal e nem o Princípio da Presunção de Inocência

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal considerou que nenhuma garantia constitucional é absoluta, não podendo assim, os Princípios da Presunção de Inocência, da Ampla Defesa e do Acesso ao Duplo Grau de Jurisdição serem obstáculos para o cumprimento de uma pena já confirmada em segunda instância.

No entendimento do Professor Leonardo Barreto

> Os inúmeros recursos previstos para instâncias superiores (STJ e STF), os quais não possuem efeito suspensivo, não podem ser utilizados de má-fé como expedientes que visem adiar a formação da coisa julgada condenatória e, consequentemente, o cumprimento da pena privativa de liberdade. Em outros termos, recursos protelatórios não têm mais o condão de evitar o imediato cumprimento da pena de prisão. (ALVES, 2016, p. 40).

Portanto, esse entendimento do Supremo Tribunal Federal valoriza a decisão dos juízes de primeira e segunda instância, além de efetivar a jurisdição criminal.

Faz-se importante mencionar que toda medida restritiva de direitos só pode ser aplicada excepcionalmente. E pelo Princípio da Presunção de Inocência, a aplicação das medidas cautelares durante a persecução exigem um cuidado redobrado.

> Quebra de sigilo fiscal, bancário, telefônico, busca e apreensão domiciliar ou a própria exposição da figura do indiciado ou réu na imprensa através da apresentação de imagem ou de informações conseguidas no esforço investigatório podem causar prejuízos irreversíveis à sua figura. Atenta a estas premissas, a Lei nº 12.403/2011, que instituiu novas medidas cautelares de natureza pessoal no processo penal, conferiu ao art. 283, do CPP, enunciado que estabelece que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 73).

Por fim, a regra de decretação das prisões cautelares deve ser estendida para toda medida constritiva de direitos. Consequentemente, tal medida só poderá ser utilizada se for absolutamente indispensável à persecução criminal.

2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No final do século XIX e início do século XX, o Princípio da Presunção de Inocência foi considerado uma "absurdidade jurídica", em virtude das influências nazistas e fascistas.

O Sistema Criminal, influenciado pelos Estados Totalitários, com um pensamento totalmente autoritário, passou a aceitar apenas o Princípio do

"In dubio pro reo" no momento de se decidir o mérito da causa.

Nas palavras de Maurício Zanoide

> Ao final do capítulo anterior, demonstrou-se que foi essa concepção processual penal, de um sistema estruturado com base na rejeição da Presunção de Inocência que o legislador de 1941 utilizou e teve como parâmetro para elaborar a legislação que até nossos dias continua em vigor. (MORAES, 2010, p. 120).

Desta forma, possuímos um processo penal, que a nível infraconstitucional, não aceita o Princípio da Presunção de Inocência em suas estruturas jurídicas.

Não obstante, muitos pontos do Código Processual Penal de 1941 foram mitigados, em virtude da necessidade de uma releitura em consonância com a Constituição Federal de 1988.

Assim, com a Carta Magna de 1988 e com a incorporação pelo Brasil dos diplomas internacionais em seu ordenamento interno, o Princípio da Presunção de Inocência começou a demonstrar uma força cogente.

Além disso, houve uma transição de um Sistema Processual de Bases Ideológicas-Fascistas para uma moderna Teoria dos Direitos Fundamentais.

Como é de conhecimento histórico, a ideologia nazista possuía uma ideologia violadora do ser humano. No nível interno, tal ideologia influenciou na construção de um Sistema Criminal violento e com muitas perseguições estatais e, internacionalmente, no fortalecimento de Estados Totalitários, intolerantes com os países vizinhos. Esse foi o cenário histórico que antecedeu as duas Grandes Guerras Mundiais do século passado.

Após a 2ª Guerra Mundial, as nações perceberam que era imprescindível uma convivência pacífica entre todos os seres humanos, independentemente de suas características culturais, históricas e religiosas. Com esse novo pensamento, os Direitos Humanos se tornaram a principal preocupação.

Nesse novo contexto humanitário, surgido após as duas Grandes Guerras Mundiais, o Princípio da Presunção de Inocência foi reafirmado internacionalmente, sendo considerado essencial à proteção da dignidade da pessoa humana.

> Logo, na medida em que o Brasil incorpora ambos os diplomas internacionais humanitários em seu ordenamento jurídico, assume também a obrigação perante os organismos internacionais de efetivar e garantir em sua ordem interna, dentre outros direitos humanos, a presunção da inocência. Dessa forma, o Brasil assume a obrigação de promover um sistema criminal centrado no paradigma da presunção de inocência, devendo tomar todas as providências para que esse direito humano não seja limitado na prática legislativa, judicial ou cotidiana dos indivíduos, sob pena de ser sancionado por descumprimento daquele compromisso internacional. (MORAES, 2010, p. 125).

Portanto, a atual Constituição Federal Brasileira teve missões importantes, quais sejam, colocar fim àquele regime totalitário e antidemocrático, bem como inserir no cenário brasileiro a valorização da pessoa humana.

Vale mencionar que está cada vez mais comum a distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Os direitos fundamentais compõem a essência do que um indivíduo deve ter para que sua dignidade seja respeitada. Sua única diferença em relação aos Direitos Humanos reside no âmbito que inserem, haja vista que ao ingressarem no ordenamento jurídico interno, os Direitos Humanos passam a ser denominados como Direitos Fundamentais.

Por fim, os Direitos Fundamentais trazem para o ordenamento jurídico brasileiro características já consagradas aos Direitos Humanos, quais sejam, universalidade, interdependência e inter-relação. Desta forma, o Princípio da Presunção de Inocência é um Direito Fundamental, pois é garantido pelo nosso atual sistema constitucional.

3. DA INELEGIBILIDADE GERADA POR CONDENAÇÃO CRIMINAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

3.1 DAS LEIS COMPLEMENTARES 64/90 E 135/2010 E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O Princípio da Presunção de Inocência, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, tem como finalidade a proteção das garantias processuais do cidadão perante o Estado.

Desta forma, à luz do sistema constitucional brasileiro, ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Com relação ao Direito Eleitoral, pode-se afirmar que como ramo do Direito Público, tem como objetivo a coletividade, garantindo-se, assim, uma boa administração, pautada nos princípios constitucionais da Legalidade, Moralidade, Impessoalidade, Publicidade e Eficiência.

Ao se confrontar princípios, observa-se que nenhum deles será considerado inválido, mas sim precedente em relação ao outro, restringindo-se, assim, as possibilidades de realizações jurídicas dos demais.

Segundo Robert Alexy

> Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras cogentes. (ALEXY, 2008, p. 90).

Além disso, deverá a Administração Pública agir, sempre, com moralidade e probidade, como determina o Princípio da Proteção, artigo 14, §9º, da Carta Constitucional de 1988.

Nesse sentido, encontra-se a Lei Complementar 64/1990, alterada pela Lei Complementar 135/2010, que determina que pessoas condenadas por órgão judicial colegiado antes do trânsito em julgado sejam inelegíveis.

Diante do exposto, surge a seguinte indagação: O Princípio da Presunção de Inocência, previsto expressamente no texto constitucional, estaria sendo lesado pelas Leis Complementares 64 de 1990 e 135 de 2010, que preveem a inelegibilidade para pessoas condenadas em decisão proferida por órgão colegiado antes do trânsito em julgado até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena?

A Teoria dos Princípios demonstra um elemento fundamental para o debate evidenciado neste artigo, demonstrando o correto enquadramento dos princípios colidentes no caso em análise e sua aplicação ao Direito Eleitoral.

Em 1999, foi aprovada a Lei nº 9.840, que alterou artigos da Lei das Eleições e Código Eleitoral, acerca da cassação de políticos por compra de votos e uso eleitoral da máquina administrativa.

Em abril de 2008, com a finalidade de alterar o perfil dos candidatos no Brasil foi elaborado um Projeto de Lei de iniciativa popular sobre a vida pregressa dos candidatos, objetivando ampliar os casos de inelegibilidades da LC 64/90. Tal projeto de Lei foi convertido na Lei de Ficha Limpa LC 135/2010, sendo publicada no Diário Oficial da União no dia 07, de junho, de 2010.

Assim, a LC 135/2010 por ser um Projeto de Lei de Iniciativa Popular foi muito importante para a democracia brasileira. Com essa Lei Complementar, os cidadãos propuseram ao Poder Legislativo a proteção dos Princípios da Moralidade e Probidade Administrativa, refletidos na vida pregressa dos candidatos, como previsto no artigo 14, parágrafo 9º, da Constituição Federal de 1988.

Em 2010, o Supremo Tribunal Federal determinou a não aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições desse ano. O Ministro Gilmar Mendes fundamentando sua decisão acerca do Princípio da Anterioridade afirmou que o fato da LC 135/2010 apenas alterar preceitos de um sólido sistema de inelegibilidade instituído há mais de 20 anos pela carta Magna e complementado pela LC 64/90 torna obrigatória a aplicabilidade do artigo 16, da Constituição Federal de 1988.

Para Joaquim Barbosa

> Deve-se privilegiar a proteção dos interesses da coletividade, zelando pela moralidade e probidade administrativas, coibindo-se o abuso no exercício das junções públicas. Além disso, entende o Ministro que lei de inelegibilidade não é lei de processo eleitoral, mas sim de caráter substantivo, logo, não há que se questionar o Princípio da Anualidade previsto no art. 16, da Carta Magna. Com relação ao Princípio da Presunção de Inocência, não há direito fundamental de caráter absoluto, ponderando-se princípios, onde um deles deve prevalecer. Então, tal princípio se aplica ao indivíduo contra constrangimentos na esfera criminal. Já nos direitos políticos, têm outros significados, no qual seu exercício e fruição, na perspectiva passiva de pessoa ímproba, repercutem de modo negativo no sistema representativo.[1]

Por fim, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30, bem como na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, reconheceu a colisão principiológica, decidindo pela prevalência do interesse público em detrimento do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência.

3.2 OS VOTOS DE LUIZ ROBERTO BARROSO, LUIZ FUX E DIAS TOFFOLI, MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

> Ementa: DIREITO ELEITORAL. REQUERIMENTO DE REGISTRO DE CANDIDATURA (RRC). ELIEÇÕS 2018. Candidato ao cargo de Presidente da República. Impugnações e notícias de inelegibilidade. Incidência de causa expressa de inelegibilidade.[2]

1. Supremo Tribunal Federal: Recurso Extraordinário 633703 Relator: Ministro Gilmar Mendes; Julgamento: 23/03/2011. Disponível em: <http://www. stf.jus.br/portal/autenticacaoautenticarDocumento. asp>. sob o número1081960 Acesso em: 08 dez. 2018.

2. Tribunal Superior Eleitoral. Registro de Candidatura (11532). Acórdão número Nº 0600903-50.2018.6.00.0000. Disponível em: https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/56357a204b443f098742d84943a3144c.pdf. Acesso em: 10/11/2018.

Trata-se do Requerimento de Registro de Candidatura (RRC) ao Cargo de Presidente da República nas eleições de 2018 apresentado por Luiz Inácio Lula da Silva pela Coligação "O povo feliz de novo".

A Lei Complementar 64/90, com redação dada pela LC 135/10 (Lei da Ficha Limpa) estabelece que são inelegíveis para qualquer cargo os que forem condenados, em decisão com trânsito em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena, pelos crimes contra a economia popular, fé pública, administração pública, lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, dentre outros.

O Requerente do Registro de Candidatura, Luiz Inácio Lula da Silva foi condenado criminalmente por órgão colegiado do Tribunal Regional Federal da 4ª região pelos crimes de corrupção passiva, artigo 317, do Código Penal e Lavagem de Dinheiro, artigo 1º, caput e inciso V, da Lei 9.613, de 1998.

Faz-se importante mencionar que a Justiça Eleitoral não tem competência para analisar acerca da decisão criminal condenatória.

À luz da Súmula 41, do Tribunal Superior Eleitoral

> O Tribunal Superior Eleitoral, nos uso das atribuições que lhe confere o artigo 23, inciso XV, do Código Eleitoral, resolve aprovar a proposta de edição do seguinte verbete de súmula: Não cabe à Justiça Eleitoral decidir sobre o acerto ou desacerto das decisões proferidas por outros órgãos do Judiciário ou dos Tribunais de Contas que configurem causa de inelegibilidade.

De acordo com o voto do Ministro Luiz Roberto Barroso, a medida cautelar concedida em 17/08/2018 pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, no âmbito da comunicação individual, para que o Estado Brasileiro assegure ao Requerente do RRC o direito de concorrer nas eleições de 2018 até o trânsito em julgado da decisão criminal condenatória, não constitui fato superveniente apto a afastar a incidência da inelegibilidade.

Vale dizer que em virtude dos compromissos assumidos pelo Brasil internacionalmente, a manifestação do Comitê deve ser considerada, mas não tem caráter vinculante.

Segundo o ilustre Ministro

> Do ponto de vista material, tampouco há razão para acatar a recomendação. O Comitê concedeu a medida cautelar por entender que havia risco iminente de dano irreparável ao direito previsto no art. 25, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos que proíbe restrições infundadas ao direito de se eleger. Porém, a inelegibilidade neste caso, decorre da Lei de Ficha Limpa que por haver sido declarada constitucional pelo STF, não pode ser considerada uma limitação á elegibilidade do Requerente. [3]

Diante da incidência de causa de inelegibilidade, deve-se reconhecer a inaptidão do Requerente Luiz Inácio Lula da Silva para concorrer às eleições de Presidente da República em 2018.

O Ministro Luiz Roberto Barroso fundamentou o seu voto na constitucionalidade e legitimidade da Lei da Ficha Limpa, haja vista que ela teve sua constitucionalidade afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive quanto à possibilidade da incidência das causas de inelegibilidade após decisão do órgão colegiado e antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

No mérito, Luiz Roberto Barroso alegou que

> Os impugnantes e noticiantes comprovaram com documentos juntados aos autos que o requerente fio condenado criminalmente pela 8ª Turma do TRF da 4ª região pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Como consequência, verificada a condenação criminal do candidato impugnado por órgão colegiado, há a incidência da causa de inelegibilidade prevista no art. 1, alínea e, itens 1 e 6, da LC 64/90, com redação dada pela Lei da Ficha Limpa. [4]

3. Tribunal Superior Eleitoral. Registro de Candidatura (11532). Acórdão número Nº 0600903-50.2018.6.00.0000. Disponível em: https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/56357a204b443f098742d84943a3144c.pdf. Acesso em: 10/11/2018.

4. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Registro de Candidatura (11532). Acórdão número Nº 0600903-50.2018.6.00.0000. Disponível em: https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/56357a204b443f098742d84943a3144c.pdf. Acesso em: 10/11/2018.

Por fim, com base nesses argumentos, o Ministro Luiz Roberto Barroso decidiu que deveria ser reconhecida a inaptidão do candidato Luiz Inácio Lula da Silva para concorrer ao cargo de Presidente da República, nas eleições de 2018.

O Ministro Luiz Fux fundamentou o seu voto favorável à Lei Complementar 135/2010 e em detrimento do Princípio da Presunção de Inocência, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, argumentando que ele deve ser reconhecido como uma regra, ou seja, como uma norma com a finalidade de proibir a imposição de penalidade ou efeitos da condenação criminal antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Segundo Fux

> Sendo assim, a ampliação do seu espectro de alcance operada pela jurisprudência desta Corte significou verdadeira interpretação extensiva da regra, segundo a qual nenhuma espécie de restrição poderia ser imposta a indivíduos condenados por decisões ainda recorríveis em matéria penal ou mesmo administrativa. O que ora se sustenta é o movimento contrário, comparável a uma redução teleológica, mas, que na verdade, só reaproxima o enunciado normativo da sua própria literalidade, da qual se distanciou em demasia. [5]

Assim, para o renomado Ministro não se pode valer do Princípio da Presunção de Inocência, como impeditivo à inelegibilidade de indivíduos condenados criminalmente por decisões não transitadas em julgado, pois isso esvaziaria o artigo 14, §9º, da Constituição Federal, frustrando a sua exigência de idoneidade moral no exercício do mandato eletivo.

No entanto, foi aberta divergência através do voto do Ministro Dias Toffoli, que o fundamentou no Princípio da Presunção de Inocência, afirmando que o cidadão não pode ser considerado ilegível antes de uma sentença condenatória transitada em julgado.

Para Toffoli, não merece prosperar a Lei da Ficha Limpa em detrimento

5. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade 29/30; Ação Direta de Inconstitucionalidade 4578. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto_ADC_29ADC_30ADI_4578.pdf. Acesso em: 10/03/2019.

do Princípio da Presunção de Inocência, pois de acordo com o artigo 15, inciso III, da Constituição Federal a suspensão de direitos políticos somente pode ser decretada por sentença condenatória transitada em julgado.

3.3 DA RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

De acordo com o artigo 11, §1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

Tal diploma internacional, a cuja exegese se alinhou a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, §2º), exige para a queda da presunção de inocência apenas a comprovação da culpabilidade do acusado.

Desta forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos não preveem, aparentemente, como o faz a Constituição Federal de 1988 do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

No entanto, os conceitos acerca do Princípio da Presunção de Inocência contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Constituição Federal de 1988 não se excluem, mas se complementam, haja vista que tal Declaração surgiu exatamente para proteger os direitos humanos, razão pela qual não pode ser interpretada em desfavor da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos condiciona a queda da presunção de inocência à prova da culpabilidade, mas em julgamento público com todas as garantias necessárias à defesa do réu.

Assim, internamente, devem ser observadas todas as normas constitucionais do ordenamento jurídico no qual se desenvolve o processo penal.

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, que assegura ao acusado todos os meios e recursos inerentes à ampla defesa vai ao encontro do artigo 11, §1º, da Declaração Universal de Direitos Humanos, que garante ao réu todas as garantias necessárias à sua defesa.

A interpretação de tais preceitos ligados à cláusula do devido processo legal resulta no entendimento de que o processo somente acaba, quando esgotadas todas as possibilidades de defesa do acusado, ou seja, quando não for mais cabíveis recursos contra a decisão condenatória.

Portanto, a partir de uma interpretação sistemática entre a Declaração Universal dos Direitos Humanos e Constituição Federal de 1988 constata-se que devem ser asseguradas todas as garantias à defesa, sendo que apenas o trânsito em julgado pode acarretar na queda da presunção de inocência, não tendo a execução provisória da pena respaldo constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico é composto por um conjunto de normas, que podem ser divididas em regras e princípios. As regras expressam um comando de dever-ser, cujo cumprimento se dá na exata medida da sua prescrição. Já os princípios constituem em mandados de otimização, indicando que algo seja realizado na maior medida possível.

Para solucionar-se um eventual conflito entre regras, deve se inserir uma cláusula de exceção ou eliminar umas das regras conflitantes. Contudo, em uma eventual colisão entre princípios, deve-se adotar o critério da ponderação, ou seja, um princípio deve prevalecer em relação ao outro no caso concreto.

O Princípio da Presunção de Inocência, previsto expressamente no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988 e na Declaração Universal de Direitos Humanos, que tem como finalidade a proteção das garantias processuais do cidadão perante o Estado, se enquadra na categoria de regra, não admitindo-se, assim, ponderação.

Desta forma, a queda do estado de inocência só pode ocorrer com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, configurando a execução provisória da pena como uma violação ao artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988.

No entanto, a Lei Complementar 64/1990, alterada pela Lei Complementar 135/2010, determina que pessoas condenadas por órgão judicial

colegiado antes do trânsito em julgado sejam inelegíveis.

Faz-se importante mencionar que os conceitos acerca do Princípio da Presunção de Inocência contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Constituição Federal de 1988 não se excluem, mas se complementam, haja vista que tal Declaração surgiu exatamente para proteger os direitos humanos, razão pela qual não pode ser interpretada em desfavor da pessoa humana.

Portanto, a partir de uma interpretação sistemática entre a Declaração Universal dos Direitos Humanos e Constituição Federal de 1988 constata-se que devem ser asseguradas todas as garantias à defesa, sendo que apenas o trânsito em julgado pode acarretar na queda da presunção de inocência, não tendo a execução provisória da pena respaldo constitucional.

Desta forma, é possível afirmar que a decisão do Supremo Tribunal Federal admitindo a inelegibilidade de candidato antes do trânsito em julgado da sentença condenatória é incompatível com a Constituição Federal de 1988 e com a Declaração Universal de Direitos Humanos, haja vista que viola o Princípio da Presunção de Inocência, ao relativizar um direito fundamental de aplicabilidade imediata.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal Parte Geral**. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

BAHURY, Andréa Maria Nessralla. **Princípio da Presunção de Inocência – Breve reflexão crítica**. Disponível em: http://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/30896/principio-da-presuncao-de-inocencia-breve-reflexao-critica. Acesso em: 08/12/2018.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lei da Ficha Limpa fere a Presunção de Inocência**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-mar-13/direito-defesa-lei-ficha-limpa-fere-principio-presuncao-inocencia. Acesso em: 08/12/2018.

ELEITORAL, Tribunal Superior. **Lei de Inelegibilidades completa 27 anos nesta quinta-feira (18)**. Disponível em: http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2017/Maio/lei-de-inelegibilidades-completa-27-anos-nesta-quinta-feira-18. Acesso em: 11/12/2018.

ELEITORAL, Tribunal Superior. **Súmula – TSE nº 41**. Disponível em: http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-tse-no-41. Acesso em: 08/12/2018.

ELEITORAL, Tribunal Superior. **Registro de Candidatura (11532)**. Acórdão número Nº 0600903-50.2018.6.00.0000. Disponível em: https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/56357a204b443f098742d84943a3144c.pdf. Acesso em: 10/11/2018.

GOMES, Rodrigo Fabrício. **Atualidades sobre a Lei Complementar n. 135/2010 – Lei da Ficha Limpa**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/68469/atualidades-sobre-a-lei-complementar-n-135-2010-lei-da-ficha-limpa. Acesso em: 10/12/2018.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal. Estudos, pareceres e crônicas**. 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

POSSAMAI, Milene Guadanhim Chamma; Dal Ri, Luciene. **A Presunção de Inocência versus o interesse público: A problemática da inelegibilidade, gerada por condenação criminal não transitada em julgado**. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistad edireito/article/view/900/945. Acesso em: 25/11/2018.

Supremo Tribunal Federal: **Recurso Extraordinário 633703**. Relator: Ministro Gilmar Mendes; Julgamento: 23/03/2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/autenticacaoautenticarDocumento.asp>. sob o número1081960 Acesso em: 08 dez. 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ENSAIO SOBRE O DIREITO À IMAGEM DA PESSOA PRESA NO BRASIL E A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

HUGO ROGÉRIO GROKSKREUTZ

1. DO DIREITO À IMAGEM NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS E OUTROS INSTRUMENTOS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 foi criada e formalizada pela Resolução 217-A-III da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), que por sua vez, foi instituída pela Carta da ONU de 1945, sendo considerada a principal entidade de Direito Internacional de todos os tempos.

Após o desastre proveniente das grandes guerras mundiais, além de outros acontecimentos degradantes aos valores ínsitos a integridade psicofísica humana, a sociedade internacional entendeu que os Direitos humanos eram importantíssimos demais para serem objeto exclusivo dos Estados sendo necessária sua tutela também pela via do Direito Internacional Público. "Nesse contexto, desenha-se o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem mundial contemporânea". (PIOVESAN, 2008, p. 400)

Por este motivo a DUDH além de trazer diversos Direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais ainda ressaltou em seu preâmbulo a importância da dignidade da pessoa humana como valor supremo: "[...] dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...]".

Visando dar efetividade a dignidade a DUDH trouxe previsão expressa sobre os Direitos da personalidade e os inseriu no rol dos Direitos humanos consagrados em seu bojo, assim consta na redação de seu art. 6°: "Todos os indivíduos têm direito ao reconhecimento em todos os lugares da sua personalidade jurídica", o que é corroborado por seu art. 12 que *ipses litteris* dispõe: "Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques".

Em outras palavras o "art. 6° reconhece os direitos de personalidade da pessoa humana, como o direito ao nome, à honra, à boa fama, à intimidade, à privacidade e a imagem, o que é complementado pelo art. 12" (LEITE, 2011, p. 18), ou seja, "é tudo aquilo que disser respeito à natureza do ser humano, como por exemplo, a vida, a liberdade [...], proteção de dados pessoais, integridade física e moral, honra, imagem, vida privada, privacidade, intimidade, intangibilidade da família, autoestima, igualdade, segurança". (NERY JUNIOR; NERY, 2014, p. 320).

Os Direitos da personalidade são considerados como um conjunto de bens jurídicos próprios dos seres humanos, não é sem motivos que Fiuza assevera que "há de se estabelecer uma cláusula geral de tutela da personalidade, que eleja a dignidade e a promoção da pessoa humana como valores máximos do ordenamento, orientando toda a atividade hermenêutica". (FIUZA, 2008, pp. 174-175).

> Os Direitos da personalidade representam valores fundamentais e tornam-se essenciais ao garantir a vida, a liberdade, a integridade e todos os atributos inerentes ao ser humano. São direitos de natureza não patrimonial, imprescritíveis, absolutos, irrenunciáveis e inalienáveis. Os direitos da personalidade, embora absolutos como os direitos reais, dissociam-se destes e são considerados como direitos primários, pois revelam a base de expressão do ser humano, condição de exercício dos demais direitos. Sem a garantia de liberdade de expressão, da intimidade, da vida e outros direitos fundamentais, todas as demais formas de relação jurídica restam prejudicadas, visto estar o homem na base da relação jurídica. (MEDINA; ARAÚJO, 2014, p. 54)

"Sem dúvida, a imagem da pessoa é uma das principais projeções de nossa personalidade e atributo fundamento dos direitos ditos personalíssimos" (VENOSA, 2014, p. 187), tal Direito é uma espécie deste gênero Direitos da personalidade, logo, o art. 6° e o art. 12 da DUDH são suficientes para que os Estados soberanos tenham o dever de proteger a imagem da pessoa como valor extrapatrimonial e privado, que assim pode ser definido:

> Direito à imagem: em definição simples, constitui a expressão exterior sensível da individualidade humana, digna de proteção jurídica. Para efeitos didáticos, dois tipos de imagem podem ser concebidos, como imagem-retrato (que é literalmente o aspecto físico da pessoa) e imagem-atributo (que corresponde à exteriorização da personalidade do indivíduo, ou seja, à forma como ele é visto socialmente). (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 74)

Salienta-se que a Declaração Universal foi posteriormente complementada pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, que em seu art. 16 prevê os Direitos da personalidade; bem como, no sentido de orientar na interpretação da DUDH a ONU realizou duas Conferências sobre Direitos humanos ambas ressaltaram a importância e a indivisibilidade destes Direitos, trata-se da Proclamação de Teerã de 13 de maio de 1968 (art. 13) e da Convenção de Viena de 1993 (art. 5°), enfim, estas figuras demonstram que haverá integralidade dos Direitos humanos se houver o respeito a todos as suas dimensões, gerações ou fases, englobando assim os Direitos da personalidade, como é o caso da imagem.

Em relação a imagem da pessoa detida a ONU ao realizar o Primeiro Congresso sobre Prevenção de Crime e Tratamento de Delinquentes em 31 de agosto de 1955 em Genebra instituiu as denominadas "Regras Mínimas para o Tratamento de Presos" que foi atualizada em 31 de julho de 1957 (Resolução 663), editada em 13 de maio de 1977 (Resolução 2076), cujos procedimentos foram fixados pela Resolução 1984/47, as três últimas emitidas por seu Conselho Econômico e Social, e contemporaneamente atualizada em 22 de maio de 2015 e intitulada de "Regras de Mandela", que, já em sua regra n° 1 estabelece que "todos os presos devem ser tratados com

respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano", no mesmo sentido a regra n° 88.2 impõe que "devemse adotar procedimentos para proteger, ao máximo possível, de acordo com a lei e a sentença, os direitos relacionados aos interesses civis", e em sua Regra n° 73.1 expressamente veda qualquer forma de publicidade quando for realizado o transporte do recluso, o que permite concluir que estando este indivíduo no interior do estabelecimento prisional a sua imagem será intocável, *in verbis*:

> Regra 73
> 1. Quando os presos estiverem sendo removidos de ou para uma unidade, devem ser expostos ao público pelo menor tempo possível, e devem ser adotadas as devidas salvaguardas para protegêlos de insultos, curiosidade e qualquer forma de publicidade.

Além das regras supramencionadas, há ainda outras duas figuras que ladeiam a temática, quais sejam: a) "Conjunto de Princípios para a proteção de todas as pessoas sujeitas a qualquer forma de detenção ou prisão" criada em meio a 76ª Sessão Plenária da Assembleia Geral das Nações Unidas realizada em 09 de dezembro de 1988 (Resolução 43/173), que seu Princípio n° 1 que também resguarda o respeito à dignidade, sem prejuízo das previsões Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos"; b) "Princípios Básicos relativos ao tratamento de reclusos" ditados pela Assembleia Geral visando a humanização da justiça penal e a proteção dos Direitos do homem, que em seu item n° 1 também estipulou o respeito à dignidade e em seu item n° 5° dispõe que suas previsões não afastam outras previstos em instrumentos de Direitos humanos.

"O objetivo desses documentos, que podem se encaixar no *soft law*, é estabelecer as normas gerais de uma organização penitenciária compatível com a dignidade humana e os padrões internacionais mínimos relativos ao tratamento de reclusos" (PORTELA, 2011, p. 743).

Das previsões acima, é possível denotar que a ONU além de atuar em prol da dignidade de todas as pessoas, pormenorizadamente visa a proteção daqueles que estão presos, sendo muitíssima clara a preocupação com a proteção dos Direitos da personalidade, em especial o da imagem.

Em outras palavras, os agentes que estiverem reclusos não perdem os seus Direitos da personalidade, inclusive, no que tange a sua imagem, que não poderá ser exposta no âmbito do sistema prisional e nem mesmo divulgadas durante eventual transporte da pessoa presa para outra localidade. Em síntese, para a Organização das Nações Unidas, não há autorização para que os Estados soberanos divulguem a imagem das pessoas que estão privadas de sua liberdade.

Assim como as figuras normativas provenientes da ONU a Constituição do Brasil expressamente demonstrou seu interesse em resguardar a Dignidade da Pessoa Humana (art. 1°, inciso III) inserindo-a ao nível de princípio fundante do Estado, adimplindo assim a obrigação proveniente do art. 10 da Carta da ONU de 1945 (no Brasil Decreto n°. 19.841 de 22 de outubro de 1945), que é complementada pela DUDH e demais instrumentos acima apreciados.

E para dar eficácia ao tremendo princípio da Dignidade da pessoa humana o Constituinte brasileiro trouxe um rol de Direitos fundamentais, entre os quais, consta expressamente o Direito à imagem da pessoa, não só garantindo o Direito de indenização, mas também vedando expressamente a sua violação, conforme art. 5°, incisos V, X e XXVIII da Carta Magna.

Denota-se que a Constituição salvaguarda a imagem mediante a garantia do Direito de resposta, bem como, pela indenização por danos morais e uso indevido, a vedação de quaisquer condutas que possa violá-la e protege a sua reprodução, o que se mostra plausível, até mesmo pelo fato dos §§ 2° e 3° do art. 5° da CF permitirem a inserção de Direitos Humanos no sistema jurídico interno (Teoria Monista). Logo, a Constituição mediante a fixação de diversos Direitos fundamentais, entre eles a imagem, acaba por também proteger os Direitos da personalidade previstos na DUDH, ou conforme relata Medina e Araújo:

> No século XX, a sistematização dos direitos da personalidade acabou recepcionada com o reconhecimento da necessidade de proteção de direitos primários, sendo, posteriormente, fortalecida com o surgimento e consolidação da ideia de proteção aos direitos fundamentais. (MEDINA; ARAÚJO, 2014, p. 46)

Neste diapasão é possível afirmar que a Carta Magna se coaduna com as disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos e demais instrumentos da ONU abordados neste trabalho, no sentido de prever não apenas a Dignidade humana como elemento basilar do Estado, mas, em concomitância, por trazer previsão expressa em torno de uma das espécies de Direitos da personalidade que é o Direito à imagem.

2. DA LEGISLAÇÃO CIVILISTA DO BRASIL

Com o desígnio de regular alguns dos aspectos privados do Direito o Código Civil (Lei n°. 10.406 de 10 de janeiro de 2002) inovou no ordenamento jurídico brasileiro ao trazer um capítulo específico sobre os Direitos da Personalidade (Livro I, Título I, Capítulo II).

> O capítulo do código tocante aos direitos da personalidade [...] refere-se especificamente ao direito e proteção à integridade do corpo da pessoa, a seu nome e imagem e à inviolabilidade da vida privada da pessoa natural. Não é exaustiva a enumeração legal, pois a ofensa a qualquer modalidade de direito da personalidade, dentro da variedade que a matéria propõe, pode ser coibida, segundo o caso concreto. (VENOSA, 2014, p. 186)

Tais previsões vão do art. 11 ao art. 21 que trazem expressamente dentre outros pontos, a vedação da divulgação da imagem em seu art. 20 que assim estabelece:

> Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

> Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Diante da temática deste trabalho, será apreciada apenas a parte deste dispositivo relativa a aparente permissão para que a imagem seja utilizada quando necessária para a "administração da justiça" e a "manutenção da ordem pública", uma vez que, este não define quaisquer destas hipóteses, fato este que, recai no campo da subjetividade do operador do Direito.

A expressão "administração da justiça" pode ser relacionada a diversos aspectos, entre os quais, a função atípica do Poder Judiciário como gestor público de pessoas e de recursos financeiros, como também a necessidade de um processo judicial que está sendo apreciado pelo Judicante na função típica do Poder Jurisdicional, ainda pode ser cogitado se tratar de um meio para a divulgação de pessoas que cometeram crimes para que sejam encontrados, para que novos crimes não sejam cometidos ou para que a decisão judicial cumpra com seu desiderato, enfim, essa disposição do art. 20 do Código Civil permite qualquer linha argumentativa e coloca o Direito à imagem no âmbito do entendimento pessoal que pode autorizar uma perigosa redução de seu conteúdo jurídico.

Salienta-se que o dispositivo fala em "administração da justiça", contudo, não aborda expressamente a hipótese da exposição da imagem da pessoa que foi temporariamente tolhida de sua liberdade, pois, se o indivíduo já está inserido no sistema prisional, o uso de meios de divulgação da imagem será completamente supérfluo e destoará do propósito do aludido art. 20 do CC.

Quanto a expressão "manutenção da ordem pública" exsurge a mesma problemática, qual seja, a indefinição legislativa que abre um leque gigantesco de hipóteses que podem ser utilizados, ou seja, qualquer situação criminal ou não, pode ser considerada como uma forma de resguardar essa indefinida e não delimitada "ordem pública" e colocar o Direito fundamental à imagem em severo risco.

Em outras palavras, o Código Civil ao estipular em seu art. 20 que a imagem poderá ser propalada como meio para a tutela da "manutenção

da ordem pública" nada mais fez do que trazer uma autorização para que o Estado se utilize indevidamente da imagem do cidadão, bastando que, faça alusão a interesses que extrapolam a particularidade mediante argumentos abertos, genéricos e indefinidos, que no fim das contas, repousa no campo da subjetividade.

Em que pese os alertas acima tecidos, Medina e Araújo consideram se tratar de uma colisão entre um interesse privado em torno da imagem e o interesse público em divulgá-la: "Para estas situações, o bem jurídico individual cede para a sua própria proteção ou para a proteção do interesse público" (MEDINA; ARAÚJO, 2014, p. 71), porém, conforme será aventado no tópico a seguir, os Direitos fundamentais trazem previsões consideradas como privadas por serem próprias de cada pessoa, mas que, em concomitância possuem interesse público por serem pertencentes a todos, como é o caso da imagem de cada indivíduo.

Nestes moldes, resta evidenciado que no Brasil a legislação ordinária civilista federal na figura do Código Civil trata especificamente sobre o Direito à imagem, entretanto, a sua previsão ao invés de protegê-la integralmente acaba por permitir a sua divulgação nos casos considerados necessários pela "administração judiciária" e em prol da "ordem pública", mas não define tais figuras, o que pode ser considerado como um conceito jurídico aberto, abstrato, indeterminado, e autorizador de possíveis violações em relação a pessoa que se encontra presa, contudo, o fato de já estar reclusa no sistema prisional do Estado, data vênia, não se ajusta as hipóteses acima.

3. DA LEGISLAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

De outro lado, o sistema normativo pátrio possui um ramo autônomo denominado de Direito de Execução Penal, detentor de um microssistema legal baseado na Lei de Execução Penal n°. 7.210 de 11 de julho 1984 (LEP) que trata do cumprimento das penas e medidas de segurança, que por sua vez, devem seguir os limites constitucionais estipulados no art. 5°, incisos XLVI e XLVII da CF:

> Art. 5º. *Omissis.*
> [...]
> XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
> a) privação ou restrição da liberdade;
> b) perda de bens;
> c) multa;
> d) prestação social alternativa;
> e) suspensão ou interdição de direitos;
> [...]
> XLVII - não haverá penas:
> a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
> b) de caráter perpétuo;
> c) de trabalhos forçados;
> d) de banimento;
> e) cruéis;

Após a superação da fase de conhecimento é que nasce para o Estado o *Jus Puniendi*, que ocorre na fase de execução e aplicação da pena, porquanto, "a condenação não significa em absoluto o fim do processo; isto é, pelo contrário e a diferença da absolvição, que o processo continua, apenas a sua sede é transferida do tribunal para a penitenciária". (CARNELUTTI, 2006, p. 70)

No âmbito da legislação infraconstitucional a regra geral sobre as penas e os regimes de cumprimento encontram amparo no Código Penal (Decreto-Lei n°. 2.848 de 07 de dezembro de 1940) que em seu art. 32 dispõe que as penas são privativas de liberdade, restritivas de direitos, e de multa.

Em apartada síntese as penas privativas de liberdade estão reguladas pelo art. 110 da LEP, com o respeito ao art. 33 do CP que prescreve as regras para a fixação do regime prisional em fechado, semi-aberto e aberto, e a progressão de regime.

No que tange as penas restritivas de Direitos o Código Penal igualmente fixa em seu art. 43 as formas de como poderá ser executada tal modalidade de pena (que não menciona a imagem da pessoa):

> Art. 43. As penas restritivas de direitos são:
> I - prestação pecuniária;
> II - perda de bens e valores;
> III - limitação de fim de semana.
> IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
> V - interdição temporária de direitos;
> VI - limitação de fim de semana.

Por fim, a pena de multa é tratada pelo art. 51 do citado Código, onde foi consignado que a cobrança da pena de multa deve seguir o mesmo procedimento de dívidas ativas.

Note-se que da redação destes dispositivos legais não há qualquer espécie de pena que permita a exposição da imagem das pessoas privadas de sua liberdade, neste sentido, é aplicável a previsão imperativa do art. 3º da LEP, *in verbis*: "[a]o condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei", em concomitância se aplica o art. 38 do Código Penal: "[o] preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral".

De uma forma genérica os citados dispositivos impedem que pelo Poder Público seja aplicada qualquer outra forma de punição que não esteja expressamente prevista pela decisão penal meritória, que por força do art. 93, inciso IX da CF e dos art. 381 e 387 do Código de Processo Penal (CPP) (Decreto-Lei n°. 3.689 de 03 de outubro de 1941) deve ter amparo legal para fixação de quaisquer penas, o mesmo se diz em relação as medidas cautelares de prisão (art. 282, §4° e art. 315 do CPP).

Significa dizer que ao fixar uma pena de prisão ou uma prisão cautelar, o magistrado não poderá estabelecer qualquer penalização ou medida que não esteja amparada pelos citados dispositivos legais, ante o Princípio da Legalidade (art. 5°, inciso II, da CF). As previsões supramencionadas por si só já são claras e suficientes para impedir que a pessoa tolhida temporariamente de sua liberdade tenha sua imagem exposta como forma de punição, visto não haver qualquer autorização constitucional ou legal sobre uma espécie de pena de exibição da imagem.

No "Estado de Direito, onde vigem as práticas democráticas, a lei é quem delimita os Direitos alcançados com a condenação penal. A sentença criminal não pode impor restrições não contempladas na legislação" (MARCÃO, 2014, p. 43), a "jurisdicionalização e, consequentemente, a constitucionalização da pretensão executória do Estado dá origem, primeiramente, a deveres dos representantes do Estado em não ofenderem os direitos fundamentais do preso" (SCHMIDT, 2007, pp. 222-223)

Se não bastasse a ausência de norma permissiva para propalar a imagem da pessoa presa que é detentora deste Direito fundamental, há ainda expressa vedação de qualquer conduta ou *modus operandi* que possa colocar a imagem destes agentes em risco, conforme exsurge da parte final do já citado art. 38 do CP e da redação do art. 40 da LEP a seguir transcrito: "[i]mpõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios".

E não é só, além de haver uma nítida proibição da exibição da imagem da pessoa reclusa ou detida por conta da sua integridade moral, entre o rol de Direitos que estão igualmente previstos na LEP, consta a proteção contra toda forma de sensacionalismo (Art. 41, inciso VIII).

A palavra sensacionalismo significa: "1. Divulgação e exploração, em tom espalhafatoso, de matéria capaz de emocionar ou escandalizar. 2. Uso de escândalos, atitudes chocantes, hábitos exóticos, etc., com o mesmo fim. 3. Exploração do que é sensacional (3), na literatura, na arte, etc". (FERREIRA, 2010, p. 1.914). Logo, o uso da imagem da pessoa detida se ajusta exatamente nesta definição de divulgação e exploração, visando emocionar ou escandalizar outrem, o que não deixar de ser uma forma de repercussão que é proibida pela LEP, e segundo Roig:

> De posse desta premissa e diante da constatação de que a LEP preocupou-se taxativamente com a exposição do indivíduo à inconveniente notoriedade e a qualquer forma de sensacionalismo, é possível sustentar a existência da *presunção de não exposição da pessoa presa.* Nessa perspectiva, a regra passa a ser a não exposição, somente elidida por fundamentos exaustivos e robustos em contrário. (ROIG, 2016, p. 127)

E mais, "esse elenco de direitos e garantias do 'habitante do sistema prisional' demonstra, de modo inequívoco, uma preocupação abstrata com a integridade física e moral daquele, assim como uma tentativa de concretização do princípio da humanidade na execução penal". (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2015, p. 474)

Além destas previsões a LEP ainda estabelece em seu art. 62 e 64, inciso I a figura do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) como o órgão com competência para fixar diretrizes administrativas para o cumprimento da pena de prisão, e nos mesmos moldes este Conselho protege o Direito à imagem nos art. 47 e art. 48 de sua Resolução n°. 14 de 11 de novembro de 1994:

> Art. 47. O preso não será constrangido a participar, ativa ou passivamente, de ato de divulgação de informações aos meios de comunicação social, especialmente no que tange à sua exposição compulsória à fotografia ou filmagem.
> Parágrafo Único – A autoridade responsável pela custódia do preso providenciará, tanto quanto consinta a lei, para que informações sobre a vida privada e a intimidade do preso sejam mantidas em sigilo, especialmente aquelas que não tenham relação com sua prisão.
> Art. 48. Em caso de deslocamento do preso, por qualquer motivo, deve-se evitar sua exposição ao público, assim como resguardá-lo de insultos e da curiosidade geral.

Denota-se que a Resolução em comento é ainda mais específica que a legislação ordinária federal (LEP), pois, além de proibir qualquer conduta positiva ou negativa, ainda é clara ao vedar qualquer tipo de fotografia ou filmagem que possa expor a imagem da pessoa, atuando assim como verdadeira regulamentação.

Neste prisma, não é autorizado ao Poder Público qualquer forma de ato que possa expor a imagem do preso, visto que, além de não ser uma das espécies de penas autorizadas pelo Constituição do Brasil, em concomitância, não se trata de nenhuma das modalidades de pena previstas pelo Código Penal e é proibida pela LEP e pela Resolução do CNPCP, por via

de consequência, não pode a fase de execução penal constranger e obrigar alguém a ter sua imagem divulgada sem a sua anuência.

Ademais o ato de obrigar a pessoa reclusa a propalar sua imagem também é proibida por normas incriminadoras e pode se subsumir ao preceito primário do art. 146 do Código Penal no sentido de ter ocorrido um constrangimento de outrem para a fazer o que a Lei não manda, da mesma forma, a Lei n°. 4.898/1965 em seu art. 4°, alínea 'a' considera abuso de autoridade o ato de "submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei", sendo possível ainda, a incidência de crimes contra a honra, conforme art. 138, art. 139 e art. 140 do CP que respectivamente possuem o *nomen iuris* de calúnia, difamação e injúria, se tiverem relação com a imagem.

A proteção à imagem da pessoa presa decorre do fato desta estar completamente submissa ao controle e a tutela do Estado, e neste ponto, não cabe ao Poder Público atuar como preposto de veículos de comunicação que visam expor a imagem daquele, ou de pessoas curiosas, pois, a legislação não traz qualquer autorização neste sentido, e levando em consideração que o Poder Executivo só pode fazer o que for expressamente permitido (art. 37, caput, da CF), não há dúvidas de que não lhe foi outorgada qualquer ordem ou permissão neste sentido.

De outro lado, o argumento de que o interesse público estaria supostamente se sobrepondo ao interesse privado não se ajusta a natureza jurídica dos Direitos fundamentais (entre eles o Direito à imagem), uma vez que, estes Direitos pertencem a todos e a cada um de forma simultânea, e como tal, se configura como o mais puro e límpido Direito público que existe, mesmo resguardando a pessoa em sua esfera privada, individualidade e em sua personalidade frente ao Estado, ou seja:

> [...] o mais puro Direito público que pode existir são aqueles considerados como Direitos fundamentais, uma vez que, se relacionam e balizam o Estado, e simultaneamente, garantem diversos Direitos ao elemento humano. Ou seja, por mais que os Direitos fundamentais resguardam interesses de ordem privada inatas ao indivíduo, simultaneamente acabam por tutelar aqueles que também são de ordem pública,

> já que os interesses individuais também integram o interesse público. (GROKSKREUTZ, 2017, p. 143)

Ademais, "parece que não há muita divergência no que toca à colocação da tutela da dignidade da pessoa humana acima das telas que separam a seara pública e a privada, dado que, em última instância, a pessoa humana demanda tutela unitária". (SIQUEIRA, *et ali*, 2018, p. 219).

E não é só, não pode ser esquecido que a pena é uma forma de cicatriz do agente que praticou um delito e vai inevitavelmente marcar o seu histórico, neste sentido:

> São múltiplos os efeitos da condenação criminal. O primeiro deles é o estigma aposto na biografia da pessoa humana, distinguindo-a das demais em uma espécie de seleção natural entre os bons e os maus. Esse é um efeito traumatizante sob o aspecto individual, relativo à autoestima, e também social na medida em que a certidão negativa de antecedentes criminais é um dos requisitos para o exercício de muitas atividades, remuneradas ou não. (DOTTI, 2013, p. 695)

A "pena de prisão é e permanece, não diversamente de outras formas de punir, como um sofrimento imposto intencionalmente, com finalidades de degradação" (PAVARINI; GIAMBERARDINO, 2011, p. 230), "contudo, a pena que se detém na simples retribuição, e portanto, converte seu modo em seu fim, em nada se distingue da vingança". (BATISTA, 2001, p. 100).

Em outras palavras, é uma degradação contemporaneamente limitada pelos Direitos humanos e fundamentais (e da personalidade) e não um poder *ad infinitum* do Estado na aplicação da pena, neste sentido "é direito fundamental do homem o de não ser humilhado quando detido, ainda que definitivamente condenado" (DELMANTO, 2007, p. 148), postura que foi defendida nas conclusões de Beccaria: "que a pena não seja um ato de um ou de muitos contra um membro da sociedade. Ela deve ser pública, imediata e necessária, a menor possível para o caso, proporcional ao crime e determinada pelas leis". (BECCARIA, 2012, p. 125)

O Brasil adota a teoria mista, unificadora ou eclética, segundo a qual a pena é detentora dos efeito retributivo e preventivo (geral e específico) nos moldes constitucionais, legais e administrativos supramencionados, e neste ponto, não cabe ao Estado no âmbito de qualquer de seus Poderes impor uma penalização que não esteja prevista nas aludidas figuras normativas hierarquicamente organizadas, o que permite a conclusão de que, qualquer forma de exposição da imagem da pessoa presa é totalmente vedada na seara criminal.

4. CONCLUSÃO

Diante de todos os fundamentos apresentados é possível concluir que os Direitos da personalidade, como é o caso do Direito à imagem, encontra proteção tanto na DUDH, quanto nas regras e princípios da ONU relativas aos princípios e ao tratamento das pessoas que estão temporariamente tolhidas de sua liberdade.

A dignidade humana é o epicentro de todas as normas provenientes da Organização das Nações Unidas, e isso pode ser observado na redação da Declaração Universal de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Proclamação de Teerã de 1968, Declaração de Viena de 1993, bem como, nas Regras e princípios pertinentes ao tratamento de presos.

O Brasil igualmente elevou a dignidade humana ao status de princípio fundamental do Estado, e além de analogamente inserir o Direito à imagem no rol dos Direitos fundamentais, ainda permitiu a inserção dos Direitos humanos no plano interno do Estado, formando assim um bloco de Constitucionalidade, logo, aderiu as regras e princípios provenientes da ONU.

Entretanto, a legislação infraconstitucional civil brasileira na figura do art. 20 do Código Civil traz dois conceitos abertos, abstratos e indeterminados a "ordem pública" e o interesse da "administração judiciária", que podem ser manipuláveis no sentido de violar o Direito à imagem, mas que, em relação a pessoa presa, não traz nenhuma autorização expressa sobre a divulgação de sua imagem, logo, o citado dispositivo não se aplica nestes casos.

De outro lado, a legislação criminal se adequou as figuras da ONU, uma vez que, o CP, a LEP, bem como, a Resolução do CNPCP, não trouxeram qualquer permissão para que a imagem da pessoa presa seja exposta pelo Estado como forma de penalização.

O fato de uma pessoa estar presa não significa que tenha perdido os seus demais Direitos, logo, a imagem igualmente é protegida e não pode ser exposta pelo Estado após a detenção do indivíduo, aquele deve é salvaguardar tudo aquilo que não foi mitigado pela sentença penal, e considerando que a não há pena no Brasil que afete o Direito à imagem, não há dúvidas de que este Direito da personalidade é intocável no âmbito do sistema prisional.

Sendo assim, com exceção da abertura trazida pelo Código Civil que deve ser enxergada restritivamente, com cautela, e sem aplicação no caso de pessoa já reclusa, a legislação penal abordada, bem como a Constituição do Brasil convergem com as regras e princípios da ONU, logo, é vedada qualquer forma de exposição da imagem da pessoa que se encontra privado de sua liberdade por medida cautelar ou por execução de pena.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECCARIA, Cessare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Neury de Carvalho Lima. São Paulo: Hunter Books, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de Isabela Cristina Sierra. Sorocaba: Minelli, 2006.

DELMANTO, Celso. *Et ali.* **Código Penal Comentado**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DOTTI, Réne Ariel. **Curso de Direito Penal parte geral**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 5ª edição. Curitiba: Positivo, 2010.

FIUZA, César. **Direito Civil Curso Completo**. 11ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. O argumento do interesse privado do acusado na persecução penal como sofismo violador do Direito fundamental de resistência defensiva. In: GOSTINSKI, Aline; PRAZERES, Deivid Willian dos. MINAGÉ, Thiago. **Tempo de Resistência**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARCÃO, Renato. **Lei de Execução Penal Anotada**. 5ª edição. São Paulo, Saraiva, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. **Código Civil Comentado**. 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Pena e Execução Penal: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional da pessoa humana. In. GUERRA, Sidney. **Tratado de Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2008.

PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal parte geral e especial**. 14° edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal Teoria Crítica**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, deveres e disciplina na Execução Penal. In. CARVALHO, Salo. **Crítica à execução penal**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Et ali.* Os direitos da personalidade em face da dicotomia direito público - direito privado. In. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, SP, v. 19, n. 8, p. 208-220. Jan./Abr. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil parte geral**. 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 186.

PENSAMENTO DECOLONIAL E DIREITOS HUMANOS: PROVOCAÇÕES PARA PENSAR OS SUJEITOS MARGINALIZADOS COMO DETENTORES DE DIREITOS

JOICE FURTADO LIMA

1. JUSTIFICATIVA

O presente trabalho foi produzido a partir da pesquisa bibliográfica com base na análise de livros. Foi utilizado também, estudos teóricos existentes sobre a temática para compormos o estado de arte e outras fontes referenciais, na qual buscamos identificar exemplos, relatos sobre as implicações das concepções distorcidas de Direitos Humanos para a sociedade em especial, aqueles que se encontram em situação de risco. A escolha pela pesquisa bibliográfica se deu por esta valer-se das mais variadas formas de análises,

Partimos da seguinte questão de pesquisa: Qual a relação ou influência que a concepção eurocêntrica e elitista de direitos humanos ocasionam no processo de efetivação destes mesmos direitos para os marginalizados? E como a concepção decolonial dos direitos humanos pode auxiliar no entendimento desta questão social protegendo os direitos daqueles considerados "não humanos"?

Nosso intuito de falar sobre esta temática que abrange o Pensamento Decolonial, os Direitos Humanos e os marginalizados, surgiu por meio da insatisfação de ver os direitos humanos sendo usados, pelo senso comum da sociedade, como uma bandeira que apenas os "humanos do bem" mereciam carregar e disfrutar de tais proteções sendo que, quando os mesmos direitos são destinados a um marginalizado, este são taxados como "não humanos" pois, não deveriam disfrutar destes mesmos direitos.

No entanto, sendo os Direitos Humanos destinados a pessoa humana, negá-lo a alguém ou a uma determinada classe social é considerá-la formada de seres "não humanos", carentes de humanidade logo, não fazendo jus ao recebimento de tais direitos.

A relação desta temática com o pensamento decolonial advém da cultura eurocêntrica na qual os direitos humanos foram criados e que foi perpetuado ao longo dos anos, tendo em vista que tais direitos embrionários visavam a proteção de direitos da classe dominante. E a decolonialidade neste contexto, é vista como uma possível libertação do pensamento hegemônico que se encontra tão presente na constituição destes direitos com seus pensamento abissal.

A relevância acadêmica deste trabalho consiste no oferecimento de uma nova reflexão sobre a relação de Direitos Humanos em uma visão decolonial e da sua relação com um tema jurídico-social que engloba os direitos dos "bandidos". O termo "bandido" será utilizado para denominar os marginalizados em questão, por ser o termo que se aproxima do meio leigo e de como este sujeito se encontra no imaginário do senso comum. A questão em tela não é apenas o estudo de uma concepção que estuda os direitos humanos, mais sim a análise de como a história da concepção destes mesmos direitos vem influenciando na forma de pensar estes direitos na modernidade. Eis aí, a grande importância social e jurídica deste estudo.

Este trabalho tem como objetivo geral analisar a concepção histórica de direitos humanos, e a partir disso, fazer uma reflexão com base no pensamento decolonial para questionar se essa visão eurocêntrica pode ter contribuído para uma concepção onde a humanidade não se aplica a todos. Conforme o pensamento decolonial e de como esta origem acarretou e influenciou na origem distorcida de direitos humanos e de que o mesmo não deveria ser proporcionado aos "bandidos". Sendo tal pesquisa completada com os objetivos específicos que traçamos como importante para complementar este trabalho, sendo eles: 1) identificar a origem da segregação entre humanos e não humanos na concepção eurocêntrica de direitos humanos; 2) destacar a importância do estudo da concepção decolonial de direitos humanos para a efetivação dos direitos fundamentais dos ditos "não humanos" pela sociedade. E para a realização desta pesquisa,

utilizou-se da metodologia qualitativa. Na qual fizemos um estudo bibliográfico e documental tanto da concepção decolonial dos direitos humanos como da visão eurocêntrica destes direitos para podermos compreender e relacionar uma a outro para a compreensão do pensamento moderno acerca de quem é e não é considerado humano.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 DIREITOS HUMANOS: BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS

> Se os direitos humanos são efetivamente os direitos mais básicos que a pessoa precisa ter assegurados para se desenvolver enquanto ser dotado de dignidade, então eles precisam estar assentados em uma teoria substancial do Direito. Uma teoria que não seja refém das decisões da autoridade política e que não ignore que o ser humano pode florescer. É necessária uma teoria que não imagine o ser humano como uma lesma movendo-se sobre o chão, e sim como um ser dotado de racionalidade e que pode alcançar sua plenitude e, então, ser feliz (eudaimonia). (PINHEIRO; SOUZA, 2016, p. 81-82).

Para podermos compreender a crítica que será feita a atual teoria dominante dos direitos humanos a luz do pensamento decolonial, é importante compreendermos que se desenvolveu o conhecido surgimento dos direitos humanos conforme esta teoria.

Conforme pesquisas, constatamos que os direitos humanos se compõem de um conjunto de outros direitos considerados altamente importante para a composição da vida humana, como por exemplo a liberdade, a igualdade e a dignidade. Ou seja, os direitos humanos são essenciais para o desenvolvimento de uma vida humana digna. "Partimos do pressuposto de que os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles reconhecidos [...]" (BOBBIO, 2004, p.15).

Tais direitos não surgiram de uma hora para outra e sim por meio de

um processo histórico, onde diversos documentos foram pouco a pouco desenhando o que entendemos hoje como direitos humanos. Com base nisto, podemos constatar que os direitos humanos também não surgiram todos ao mesmo tempo em um único momento da história, pelo contrário, a cada era histórica determinados direitos eram gradativamente reconhecidos. Ou seja, tais direitos surgiram seguindo uma evolução histórica como será demonstrados nos próximos tópicos.

2.1.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

O início para a afirmação dos direitos humanos começa na própria Antiguidade por meio do antigo Egito e da Mesopotânia, por volta do terceiro milênio a.C, momento este que foi possível vislumbrar mecanismos embrionários referente a proteção do indivíduo para com o Estado. De acordo com Comparato, a influência filósofo-religiosa nos direitos dos homens tratando de direitos dos indivíduos, estão presentes até os dias de hoje como: Zaratustra na Pérsia, Confúcio na China e Buda na índia[1].

Analisando acerca da normatividade destes direitos, podemos salientar que neste mesmo período, por meio do Código de Hammurabi, foi possível visualizar uma das primeiras formas de codificação de direitos destinados a proteção do direito à vida, propriedade, honra dentre outros.

Após este período, cita-se como momento importante para o primórdio dos direitos humanos o período da Grécia Antiga, onde desenvolveu-se de forma primária a concepção de direito a igualdade e liberdade do homem, por meio das participações políticas destes cidadãos. No entanto, é importante frisar que tais direitos não eram estendidos a totalidade das pessoas que ali viviam, sendo alguns nem considerado humanos, que é o caso dos escravos. Ou seja, neste período de nascimento dos direitos do ser humano, havia uma categoria que desfruta destes privilégios e outra que era excluída (sendo negada sua humanidade) de usufruir de tais direitos, como o mais básico de todos que é a cidadania. Estando na categoria de subcidadania, como diria Carvalho (2014).

1. COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7. Ed. São Paulo: saraiva, 2010.

Neste período também se salienta a crença na existência do direito natural. O Direito Natural sempre influenciou as civilizações em suas tomadas de decisões. Historicamente, a Filosofia do direito natural sempre esteve presente no dia-a-dia dos cidadãos e continua presente nos dias atuais. Foram estudiosos do Direito Natural: os sofistas, Aristóteles, os juristas romanos, Tomás de Aquino, dentre outros. O Direito Natural sempre foi visto como inerente à natureza humana que deve ser respeitado independentemente de sua positivação no ordenamento jurídico interno.[2]

> A herança grega na consolidação dos direitos humanos é expressiva. A começar pelos direitos políticos, a democracia ateniense adotou a participação política dos cidadãos (com diversas exclusões, é claro) que seria, após, aprofundada pela proteção de direitos humanos (RAMOS, 2019, p.35).

Seguindo o nicho histórico, referente a República Romana podemos citar como contribuição do direito romano para promoção e proteção dos direitos humanos foi a sedimentação do princípio da legalidade. Isto ocorreu por meio da Lei das doze tábuas por "[...] ser considerada a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão" (MORAES, 2011, p.6).

Posteriormente, com o advento do Cristianismo, esta forte concepção religiosa contribuiu para a sedimentação dos direitos humanos, tendo em vista que esta concepção religiosa pregavam a mensagem de igualdade para todos independentemente da origem, raça, sexo ou religião. Influenciando diretamente na consagração dos direitos humanos. "Os filósofos católicos também merecem ser citados, em especial São Tomás de Aquino, que no, no seu capítulo sobre o Direito na sua obra Suma Teológica (1273), defendeu a igualdade dos seres humanos e aplicação justa da lei". (RAMOS, 2019, P.36).

Reiteramos, que o objetivo com essa breve análise histórica do surgimento dos direitos humanos como compreendemos hoje, limita-se a nortear o objetivo do artigo que é fazer uma análise crítica da concepção eurocêntrica que carrega a teoria dos direitos humanos na atualidade.

2. LIMA, Joice. Regimes totalitários e a imigração: uma análise do caso de imigração dos venezuelanos para o Brasil á luz do Direito Natural. Revista Fibralex. 4ª ed. Pará. 2018.

O objetivo não foi esgotar o tema sobre a historicidade dos direitos humanos, apenas nortear o leitor para o objetivo do texto. Para então se chegar ao momento, no qual visualizamos as declarações internacionais dos direitos humanos servindo como bases para o reconhecimento de tais direitos.

2.2 AS PRIMEIRAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

Durante o período da Idade Média, mesmo com toda a estanque organização feudal composta pela rígida separação de classes, foi possível o surgimento de alguns documentos jurídicos que reconheciam a presença dos direitos humanos. Tais direitos tinham como escopo, a limitação do poder estatal. Conforme algumas doutrinas, a origem das primeiras declarações de direitos humanos advém da Inglaterra, dos Estados Unidos e da França. "As revoluções liberais, inglesa, americana e francesa, e suas respectivas Declarações de Direitos marcaram a primeira clara afirmação dos direitos humanos" (RAMOS, 2019, p.44).

Foi na Inglaterra que se iniciou o surgimento das chamadas declarações de direitos, onde podemos citar a Magna Carta (1215), a *Petition of Rights* (1628), *o Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of rights* (1688). Muitos destes documentos foram resultados de conflitos entre o rei e os barões feudais, no qual se usava tais documentos para a afirmação de certos privilégios a um desses envolvidos para se apaziguar a discórdia.

Por sua vez, as declarações de direitos em território americano adveio do processo histórico de independência deste território. O primeiro documento foi a Declaração de direitos do bom povo da Virgínia (1776). Pouco após esta declaração, veio a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América em 04 de julho de 1776. Anos depois, em 1787, foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos da América.

Posteriormente ao advento das declarações inglesas e americanas, foi proclamada na França em 1789, em meio a Revolução Francesa, a Declaração do Direitos do Homem e do Cidadão. Composta de dezessete artigos que, posteriormente, foram incorporadas como preâmbulo da Constituição francesa de 1791.

Diferentemente das demais revoluções, a Revolução Francesa possuía o desejo de difundir os seus ideais para além das suas fronteiras, dando a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão caráter universal.

No entanto, Hannah Arendt[3] salienta que as declarações sendo elas americanas ou francesa representaram movimentos ligados a recuperação e a defesa dos direitos de propriedade, pois eram liderados por proprietários ainda desprovidos de poderes políticos, basicamente esta era a razão segundo a autora.

Ou seja, é propagada universalmente como modelo a ser seguido. E, é este universalismo que iremos discutir ao longo do texto.

3. PARA ALÉM DO DISCURSO EUROCÊNTRICO DOS DIREITOS HUMANOS: SUJEITOS DE DIREITO

Após a contextualização sobre o processo histórico dos direitos humanos, podemos visualizar com mais clareza como surgiu a teoria dominante destes direitos e como ela se fundamentou do ponto de vista histórico-geográfico, firmando-se sua origem sendo resultado das reivindicações políticas europeias, da luta do parlamentarismo inglês, das revoluções liberais (francesa) e do movimento advindo da independência americana.

Seguindo a lógica desta concepção, estes direitos correspondem a um projeto moral, jurídico e político resultado da Modernidade Ocidental que, após desenvolvido no continente europeu foi levado para as demais localidades, como o ocidente, seguindo sua universalização.

> Son los derechos humanos universales, uma invariante cultural, es decir, parte de uma cultura global? Afirmaría que el único hecho transculturales que todas las culturas son relativas. La relatividade cultural (no el relativismo) también significa diversidade cultural e incompletude. Significa que consideran fundamentales. Lo que está más elevado es también lo más generalizado. Así que, la cuestión concreta sobre las condiciones de la universalidade de uma determinada cultura no es

3. ARENDT, Hannah. Da revolução. Tradução de Fernando Vieira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988. P.145.

> em sí misma universal. La cuestión de la universalidade de los derchos humanos es uma cuestión cultural occidental (SANTOS, 2017, p.68).

No tocante antropológico, os direitos neste contexto, eram destinados aos indivíduos dotados de racionalidade e que fossem autossuficiente.

> O que sustentava essas noções de liberdade e direitos era um conjunto de preposições sobre a autonomia individual. Para ter direitos humanos, as pessoas deviam ser vistas como indivíduos separados que eram capazes de exercer um julgamento moral independentemente; como dizia Blackstone, os direitos do homem acompanhavam o indivíduo "considerado como um agente livre, dotado de discernimento para distinguir o bem do mal". Mas, para que se tornassem membros de uma comunidade política baseada naqueles julgamentos morais independentes, esses indivíduos autônomos tinham de ser capazes de sentir empatia pelos outros. Todo mundo teria direitos somente se todo mundo pudesse ser visto de modo essencial, como semelhante. A igualdade não era apenas um conceito abstrato ou um slogan político. Tinha de ser internalizada de alguma forma (HUNT, 2009, p.26).

Neste viés, podemos salientar algumas críticas a teoria dominante dos direitos humanos, como a questão do universalismo do sujeito receptor deste direito, de como esta concepção dominante dos direitos humanos é localizada e parcial, a ponto de muitas vezes rejeitar ou subestimar as contribuições de países fora do âmbito europeu para a afirmação dos direitos humanos. Como por exemplo, na "[...] em la Declaracion Universal de 1948, cuyo borrador fue elaborado sin la participación de la mayoría de los pueblos de mundo [...]" (SANTOS,2010, p.70). Juntamente com esta questão, salienta-se também a crítica a ideia de ser humano "desenhada" pelo ideário moderno-burguês que foi protagonista da construção desta fundamentação predominante dos direitos humanos.

Para realizar o estudo da arte desta conexão entre, teoria dominante dos direitos humanos e a questão do sujeito universal de direitos iremos utilizar da leitura de textos e autores que escrevem sobre o pensamento

descolonial, movimento este que discute sobre as inconstâncias da concepção histórico-geográfica e filósofo-antropológica destes direitos.

3.1 PENSAMENTO DESCOLONIAL: PROVOCAÇÕES PARA PENSAR OS DIREITOS HUMANOS

Tendo em vista que este artigo tem o intuito de explanar acerca da relação entre a concepção elitista eurocêntrica quais se assenta o discurso dominante dos direitos humanos, propomos a problematização destas concepções que envolve o histórico-geográfico e o antropológico-filosófico. Que envolvem em seu íntimo a relação desigual entre colonizador e colonizado, entre o Norte e o Sul, onde a natureza hierárquica desta relação resultou na hierarquização dos saberes, bem como dos sistemas econômicos e políticos resultando na colonialidade do poder. Debatendo sobre esta perspectiva descolonial, podemos citar Fernanda Bragato que almeja, "[...] demonstrar que, por trás de uma aparente neutralidade, subjaz um projeto de invisibilidade e opressão humana, reforçado pela ideia de raça e pelo exercício de um poder de matriz colonial" (BRAGATO, 2014, p.206).

No entanto, é necessário ir ao embate desta crescente concepção elitista, propondo, por exemplo, a existência da "epistemologia do Sul", conceito criado por Boaventura de Sousa Santos para alertar sobre a existência do Sul (para além do Norte), propondo a libertação epistemológica e a superação da divisão abissal. Conforme o mesmo autor: "Uma epistemologia do Sul assenta em três orientações: aprender que existe o Sul; aprender a ir para o Sul; aprender a partir do Sul e com o Sul" (SANTOS, 1995).

E para desenvolver este pensamento, em medos de 1990 um conjunto de pensadores latino-americanos organizados criou o Projeto "Modernidade e Colonialidade, quais eram: Enrique Dussel, Aníbal Quijano, Walter Mignolo, Edgardo Lander, Arthuro Escobar, Fernando Coronil, Javier Sanjinés, Catherine Walsh, Nelson Maldonado-Torres, Lewis Gordon, Ramon Grosfoguel, Eduardo Mendieta, Santiago Castro-Gomez, etc. Segundo Mignolo:

> El pensamiento des-colonial emergió en la fundación misma de la modernidad/colonialidad, como su contrapartida. Y eso ocurrió en las Américas, en el pensamiento indígena y en el pensamiento afrocaribeño. Continuó luego en Asia y África, no relacionados con el pensamiento des-colonial en las Américas, pero sí como contrapartida a la re-organización de la modernidad colonial con el imperio británico y el colonialismo francés. Un tercer momento de reformulaciones ocurrieron en las intersecciones de los movimientos de descolonización en Asia y África, concurrentes con la guerra fría y el liderazgo ascendente de Estados Unidos. Desde el fin de la guerra fría entre Estados Unidos y la Unión Soviética, el pensamiento des-colonial comienza a trazar su propia genealogia (MIGNOLO, 2008).

Com base nos estudos, podemos destacar que o pensamento decolonial consiste em um projeto epistemológico que visa contestar o pensamento hegemônico e elitista que assola ao longo dos anos os mais variados ramos da sociedade, como na educação, nos direitos, na epistemologia e até mesmo na ideia do que é moral ou não. Ou, como iremos debater neste trabalho, no que é considerado humano e não humano. Segundo Immanuel Wallterstein, este hegemonismo do qual ele chamou de "universalismo europeu":

> O que estamos usando como critério não é o universalismo global, mas o universalismo europeu, conjunto de doutrinas e pontos de vistas éticos que derivam do contexto europeu e ambicionam ser valores universais globais – aquilo que muitos de seus defensores chama de lei natural – ou como tal apresentados (WALLERSTEIN, 2007, p.60).

Conforme o pensamento descolonial, o auge da visão individualista coincide com os eventos iniciais da positivação dos direitos humanos, como: a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, e também, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. No entanto, tais declarações, possuíam visível conotação burguesa e individualista e, resultaram na expansão capitalista, dando ênfase para a instituto da propriedade.

Logo, é possível destacar que, o legado antropocêntrico moderno nos direciona sobre uma visão de um indivíduo humano que se encontra em posição de superioridade dentre os demais seres, sendo a racionalidade o ponto de destaque para a distinção entre seres humanos e não-humanos. Neste viés, tornou-se intrínseco a ligação entre dignidade humana e racionalidade.

Para Bonfim (2003):

> Existe, dessa forma, um ponto de conformidade entre a concepção de Kant e a dogmática jurídica positivista, pois ambos consideram apenas o homem, devido à sua condição de ser racional, como único capaz de estabelecer uma relação direito-dever. Nesse contexto, nada além do Ser racional pode ser considerado como Sujeito de Direito, pois são apenas objetos, se levado em consideração o fato de que, numa relação jurídica são incapazes de estabelecer comportamento jurídico com os homens. [...] A incapacidade por parte de outras categorias em contrair direitos e obrigações faz com que se tornem não Sujeitos, e sim Objetos de Direito.

Com base no que foi explanado, iremos analisar no tópico seguinte como esta concepção universal de pessoa humana proposta pela visão eurocêntrica influencia na concepção de direitos humanos para o sujeito em estado de marginalização.

3.1 O SUJEITO UNIVERSAL E OS DIREITOS HUMANOS: AFINAL, O SUJEITO MARGINALIZADO TEM DIREITO AO DIREITOS HUMANOS?

Conforme as abordagens anteriores, é possível considerar que de acordo com a visão eurocêntrica dos direitos aqui abordados, tal tradição europeia considera racional aquele ser que além de pensante e inteligente, é capaz de pensar e raciocinar de forma livre das emoções. Logo, tal concepção encontra-se ligada ao modelo do "sujeito universal", aquele que é racional, pensante e moral. Ou seja, aqueles que eram considerados opostos, não

detentores destas "características" foram rotulados como irracionais, selvagens e até mesmo inferiores. "A superioridade obriga a desenvolver os mais primitivos, bárbaros, rudes, como exigência moral" (DUSSEL, 2005, p.29).

Desta forma, é visível perceber que a concretização dos direitos humanos por via da racionalidade dos seres contém um caráter excludente, pois desta forma, pode ocorrer diferenças com relação ao valor de cada envolvido, sendo um mais "digno" que outros.

> Mas é justamente o fato de a racionalidade ser considerada a última ratio dos direitos humanos, o que explica como foi possível a constituição do universo colonial em que determinados seres da espécie homo sapiens puderam ser escravizados, discriminados, exterminados, oprimidos justamente por quem construía o discurso humanista em suas terras. Explica, ainda, a própria contradição entre a retórica das declarações modernas de direitos, segundo a qual todos nascem livres e iguais, e o fato de não terem sequer pretendido garantir uma vida em igualdade de condições a todos os seres humanos e em todas as partes do mundo (BRAGATO, 2014, p.222).

Desta forma, visualizamos um colonialismo europeu criador de uma cultura jurídica e política que promove a abstração de sujeitos, quando se refere ao reconhecimento dos direitos. Conforme Clavero (2014), este colonialismo acabou gerando um legítimo direito do inimigo, direito este que pode negar direitos.

Desta forma, percebe-se o que acabou ocasionando a inferioridade dos negros, dos índios, das mulheres, dos marginalizados, dentre outros, foi objeto de um discurso de degradação e hierarquização da humanidade, que está presente até hoje. Conforme Muzzafar (1999), utilizou-se para justificar que determinados sujeitos não tinham direitos, o fato de os mesmos não serem considerados seres humanos integrais.

Logo, salienta-se para a criação de sujeitos sem direitos e considerados inimigos em potencial, sendo isto resultado do impacto dos processos de descolonização na concepção de sujeito universal e de direitos dos seres humanos. Destacando a questão da seletividade da universalidade, que

acabar por gerar efeitos discriminatórios com relação a minoria, excluindo-a deste conceito universalista. No entanto, de acordo com Wallerstein (2007), tais valores universais não passam de criações sociais dos estrados dominantes.

Importante discorrer sobre o fato de que, a concepção universalista consagrada pela Declaração Universal, apesar de prever que os direitos humanos sejam universais, no entanto já está mais que comprovado que a sua promoção e concretização não ocorrem de maneira universal.

De acordo com Santos (2013), existe uma grande ilusão com relação a trajetória da consagração dos direitos humanos, acreditando-se que o mesmo percorreu um caminho linear onde todos foram "agraciados" com tais direitos. Tanto que tal autor, discorre sobre a tensão existente entre o "humano e o não humano", onde, conforme o autor seria fruto da herança da universalidade deficiente dos primórdios, onde a humanidade distinguia determinados seres humanos com o discurso que nem todos os seres humanos deveriam se beneficiar da dignidade humana. Conforme o autor:

> A exclusão de alguns humanos que subjaz ao conceito moderno de humanidade precede a inclusão que os direitos humanos garantem a todos os humanos. A concepção ocidental, capitalista e colonialista da humanidade não é pensável sem o conceito de sub-humanidade. Ontem como hoje, mesmo que sob formas distintas (SANTOS, 2013, p. 77).

Conforme o mesmo autor seria possível compreender por que então, ocorria ao mesmo tempo e sem problemas, a escravidão e ao mesmo tempo, a proteção dos direitos a liberdade e a igualdade dos seres humanos simultaneamente. Isto [...] porque subjacente aos direitos humanos está a linha abissal[...] por via da qual é possível definir quem é verdadeiramente humano e, por isso, tem direito a ser humano, e quem não é e, por isso, não tem esse direito" (SANTOS, 2013, p.77).

Neste momento, chegamos a grande questão deste trabalho: Seriam os "bandidos" sujeitos detentores dos direitos humanos? Tendo em vista todo o nosso estudo para compreender da onde vem esta divisão entre o que seria considerado humano e não humano e de como esta concepção ainda é

bastante marcante nos dias de hoje. Prova disto, corresponde aos questionamentos acerca da legitimidade ou não dos direitos para os marginalizados.

Podemos discorrer que tais sujeitos, estariam do outro lado do conceito do universalismo, ou seja, a medida que tem aqueles seres que são merecedores de usufruir dos direitos, do outro lado teríamos aquele sujeito que se encontra fora do conceito universal, logo, este precisa ser dominado, controlado e até, neutralizado.

A figura do marginalizado que tem seus direitos posto em dúvida, pode ser assemelhado ao *homo sacer* proposto por Agamber (2010), que segundo o autor corresponde a um ser vivo que se equipara aos animais, sendo sua vida *nua,* desqualificada, sem importância para a política e sociedade, situada a margem da ordem jurídica. Sua vida se torna matável, sendo o mesmo morto tal ato não será considerado homicídio, haja vista que sua vida não é considerada um bem jurídico

Neste viés, podemos ressaltar que os direitos humanos devem ser assegurados a todos os sujeitos considerados humanos, destituindo esta concepção universalista racional e propondo o direito a todos sem discriminação. Haja vista que a negação dos direitos atingem muitas pessoas que, ao longo da história, foram e continuam sendo privados da maioria dos direitos relacionados a liberdades. Ou nas palavras de Wallerstein (2007, p.84):

> É preciso que universalizemos nossos valores particulares e, ao mesmo tempo, que particularizemos nossos valores universais, num tipo de troca dialética constante que nos permita encontrar novas sínteses que, naturalmente, são instantaneamente questionadas. Não é um jogo fácil.

CONSIDERAÇÕES

Coube analisar de forma crítica sobre o advento da evolução dos direitos humanos ao longo dos anos para que pudéssemos analisar e constatar o quanto a visão eurocêntrica interferiu e ainda interfere na efetivação do direito para aqueles sujeitos que se encontram fora do conceito universal de ser humano proposto pela Modernidade.

Para tanto, utilizamos autores que puderam enriquecer o trabalho com suas teses intrigantes e suas concepções fora do padrão sobre os direitos. Por exemplo, o nosso embasamento na corrente decolonialista, que estuda a influência da Europa não só nos direitos humanos, mas também no saber, nas ciências sociais, na epistemologia em si do conhecimento da linha sul abissal.

Com base nisto, identificamos a concepção de sujeito detentor de direitos que quem perdurando ao longo dos anos por conta da doutrina dominante eurocêntrica dos direitos humanos, e como podemos defender os sujeitos marginalizados como, também detentores de tais direitos.

Apesar do senso comum propagar o discurso do ódio e da negação dos direitos á estes seres marginalizados, é possível verificarmos por meio do embasamento teórico adotado ao longo do artigo, que os "bandidos" apesar de sua condição são seres humanos detentores de direitos. E que defender esta exclusão de direitos, seria regredir aos primórdios da era Moderna, onde se acreditava que aqueles que não se adequasse ao conceito universalista de ser humano proposto, seria considerado bárbaros, primitivos e selvagens.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I, Profanações**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2010.

ARENDT, Hannah. **Da revolução**. Tradução de Fernando Vieira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio d Janeiro: Elsevier, 2004.

BOMFIM, Thiago. **Sujeito de direito e direito sem sujeito**. Jan. 2003. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_janeiro2003/convidados/convidado02.doc>. Acesso em: 25 jul. 2014.

BRAGATO, Fernanda. **Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos**: contribuições da descolonialidade. Revista Novos Estudos Jurídicos _ Eletrônica, Vol. 19 – n. 1 – jan-abr 2014.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento: o controle penal da subcidadania no Brasil**. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CESAIRE, Aimé. **Discurso sobre o Colonialismo**. Lisboa: Livraria Sá da Costa Editora, 1978.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. Ed. São Paulo: saraiva, 2010.

CLAVERO, Bartolomé. **Derecho Global: por uma historia verosímil de los derechos humanos**. Madrid: Trotta, 2014.

DUSSEL, Enrique. **Europa, modernidade e eurocentrismo**. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Setembro.2005.

HUNT,Lynn. **A invenção dos direitos humanos; uma história**. Tradução: Rosaura Eichenberg. – São Paulo: Companhia das letras, 2009.

PINHEIRO, Victor Sales; SOUZA, Elden Borges. **A Fundamentação Ética dos Direitos Humanos em John Finnis**. Revista Direitos Humanos e Democracia. Editora Unijuí. Ano 4 . n. 7. 2016.

LANDER, Edgar (org). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Setembro. 2005

LIMA, Joice Furtado. Regimes totalitários e a imigração: uma análise do caso de imigração dos venezuelanos para o Brasil á luz do Direito Natural. **Revista Fibralex**. 4ª ed. Pará. 2018.

MUZAFFAR, Chandra. From human rights to human dignity. In: VAN NESS, Peter. **Debating human rights: critical essas from the United States and Ásia**. London: Routledge, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Toward a New Common Sense: Law, Science and Politcs in the Paradigmatic Transition**. New York: Riutledge, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

_____. **Descolonizar el saber, reinventar el poder**. Universidad de la República. Montevideo/Uruguay, 2010.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu**. São Paulo: Boitempo, 2007.

BEM JURÍDICO PENAL: AINDA UM CONCEITO NECESSÁRIO PARA A LEGITIMAÇÃO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

LEONARDO FERREIRA DOS SANTOS
RHAYSSAM POUBEL DE ALENCAR ARRAES

INTRODUÇÃO

A teoria do bem jurídico ainda gera impasse na doutrina, porém a maioria dos penalistas até este momento acredita que o Direito Penal atua na função de tutela de bens jurídicos. Um Estado Democrático de Direito, que respeite os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais do cidadão, não deve atuar na criminalização de condutas por mero capricho ou por mero cunho ideológico. É necessário que exista todo um aparato dogmático, como regras, normas e princípios atuando na limitação do *jus puniendi*, pois um crescente aumento de criminalizações poderia fazer com que chegássemos muito próximo a um chamado Estado de Polícia, o que vai de encontro com os princípios de um Estado Democrático de Direito.

Para alcançar os resultados desejados, o presente trabalho fez uma breve introdução histórica da evolução da teoria do bem jurídico, com a intenção de situar o leitor e mostrar que não devemos regredir em relação à posição atual de que o Direito Penal atua na tutela de bens jurídicos. Em um segundo momento, passou-se a explanar sobre o panorama atual da teoria do bem jurídico, nos seus aspectos importantes relacionados ao seu conceito, suas funções e as críticas que o instituto recebe.

Por último, centralizamos a questão, qual seja, a necessária utilização da teoria do bem jurídico para a legitimação de um Estado Democrático de Direito. Nesta seção, realizamos uma análise de alguns princípios limi-

tadores da atividade punitiva estatal relacionados à teoria no bem jurídico, são eles: princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, o princípio da ofensividade e o princípio da intervenção mínima, de onde se manifestam os princípios: o da subsidiariedade e o da fragmentariedade. Também algumas facetas do Direito Penal do Inimigo de Jakobs são abordadas, para enfatizar que, em caminho oposto ao de um Estado Democrático de Direito que respeita os Direitos Humanos, existe um Estado de Polícia, extremamente punitivo, que deve ser combatido sempre.

1. BREVE INTRODUÇÃO HISTÓRICA SOBRE A TEORIA DO BEM JURÍDICO

Em épocas passadas, crime e pecado se confundiam, o Direito Penal era utilizado para tutelar a religião e seus interesses, sendo as penas nitidamente desproporcionais. Nesse momento anterior a ilustração, devido a associação entre Estado e Igreja, ao soberano era reconhecido um direito divino, fazendo com que se acreditasse que sua vontade era a própria vontade de Deus. Sendo assim, o crime era considerado um pecado divino, um atentado contra a vontade de Deus.

A Revolução Francesa que difundiu a tríade "liberdade, igualdade e fraternidade" e os ideais iluministas, de modo geral, contribuíram em muito na evolução do Direito Penal. Assim, o crime passou a ser visto como uma lesão a um direito subjetivo. Relata a história que o jurista chamado Birnbaum, mesmo não tendo tratado diretamente em "bem jurídico", trouxe conceitos importantes sobre o tema, o que faz com que fosse atribuído a ele sua criação (GOMES, 2002, p. 75).

O advento do positivismo trouxe para o Direito Penal uma fase racionalista e sem visão crítica, tornando a norma a fonte exclusiva do bem jurídico. Karl Binding, defensor do positivismo, tinha em seu pensamento, a ideia de que a norma define os bens jurídicos, sendo estes tudo aquilo que, na opinião do legislador, é importante para a coletividade. A partir deste contexto histórico-jurídico, o Estado não mais tutelava o indivíduo e a liberdade (valores iluministas), mas enaltecia o referencial sistêmico-

-social. Desta maneira, a intervenção estatal aumentou, pois o legislador poderia criminalizar tudo o que entendesse relevante (TAVARES, 2002, p. 187). Embora também positivista, ao contrário de Binding, Von Liszt afirmava que o bem jurídico apresentaria uma realidade válida em si mesmo, com seu conteúdo não dependendo do juízo normativo, como, por exemplo, do legislador (PRADO, 1997, p. 32).

A visão neokantiana surge no início do século passado e compreende o direito como algo que se encontra entre os mundos do ser e do dever ser. O bem jurídico é então concebido como um valor abstrato. Luiz Regis Prado (1997, p. 34), ao citar o pensamento de Gomez Benitez, declara, em sua clássica obra "Bem Jurídico-Penal e Constituição" que "conforme a diretriz do neokantismo, é o bem jurídico entendido como valor cultural, sendo que 'sua característica básica é, pois, a referência do delito do mundo ao valorativo, em vez de situá-lo diretamente no terreno do social'".

De acordo com as teorias sociológicas o Direito Penal, deve tutelar o sistema social, sendo este, um conjunto de funções e o crime uma disfuncionalidade social. Para os adeptos desse modo de pensar, o delito seria uma conduta socialmente danosa. Como defensores dessas teorias, temos nomes como Knut Amelung, Günther Jakobs, Harro Otto, J. Habermas, Winfried Hassemer, Mir Puig, entre outros. Para a maioria desses autores, a noção de bem jurídico se situa na realidade social e se integra às demais ciências sociais.

As teorias constitucionais são aquelas que tratam da ideia de que o legislador, no momento da elaboração dos tipos penais, deve sempre ter como ponto de partida os valores consagrados pela Constituição. Para essa corrente, o conceito de bem jurídico deve ser extraído e delimitado segundo os princípios e valores constitucionais, pois esses são responsáveis por regular os poderes do Estado e as garantias fundamentais do cidadão. Deve a Constituição atuar como limite na elaboração das leis.

2. A TEORIA DO BEM JURÍDICO

A posição majoritária da doutrina da dogmática penal, na atualidade, é de que o Direito Penal cumpre a função de tutela dos bens e valores sociais fundamentais, indisponíveis para a vida em sociedade, diante dos constantes conflitos da contemporaneidade.

O aspecto mais controverso a respeito do bem jurídico é o seu conceito. Observando-se a doutrina pátria e internacional, verifica-se a dificuldade de conceituá-lo de forma precisa. Como visto nos tópicos anteriores, a noção de bem jurídico passou por grande evolução. Desde um primeiro momento, quando concebia a ideia de crime como pecado, até o momento atual da dogmática penal. Segundo a doutrina atual, deve o legislador extrair da Constituição o teor do bem jurídico. Trata-se, como explicado, das teorias constitucionalistas, que a grosso modo, defendem que a Lei Maior deve ser o limite para a fixação do conceito do bem jurídico penal. Porém, ainda assim, a conceituação do bem jurídico permanece sendo uma tarefa muito difícil.

Juarez Tavares (2002, p. 181) adverte o seguinte:

> Embora, no âmbito de um direito penal democrático, o que realmente se exija seja a absoluta transparência do objeto lesado, como forma de comunicação normativa, independentemente do engajamento político do seu intérprete, o conceito de bem jurídico ou, pelo menos, sua delimitação, por meio de argumentos compatíveis ao panorama da linguagem ordinária, deve ser levado a sério, porque nele reside todo o processo de legitimação da norma penal.

Para Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho (2014, p. 225) "o bem jurídico penal é um ente material ou imaterial extraído do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, considerado como essencial à coexistência e desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido." Claus Roxin indica a concepção de que bens jurídicos são "circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os

direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos."

Em relação às funções do bem jurídico, podemos destacar quatro: a função de garantia ou de limitar o direito de punir do Estado; função teleológica ou interpretativa; função individualizadora e função sistêmica (PRADO, 1997, p. 48). A função de garantia é aquela que limita o *ius puniendi* estatal. Assim sendo, só haverá tipificação das condutas tidas como mais graves, que lesionem ou coloquem em perigo os bens jurídicos. Esta função tem caráter claramente político-criminal. É ela que limita o legislador no momento da produção da norma penal. Segundo a função teleológica ou interpretativa, para que se interprete determinada norma penal, é necessário que se atente para o bem jurídico protegido por ela. Desta maneira, o bem jurídico constitui importante instrumento de interpretação, levado em conta como elemento central do núcleo da norma e do tipo. O grau de ataque ao bem jurídico protegido deve ser considerado no momento da condenação. A função individualizadora, segundo Luiz Regis Prado (1997, p. 49), funciona "como critério de medição da pena, no momento concreto de sua fixação, levando-se em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico." A função sistêmica é aquela que trata do critério de organização e classificação dos tipos penais na parte especial do Código Penal. É feita de forma sistemática, facilitando a estruturação do sistema Penal.

A maior crítica que a teoria do bem jurídico recebe está na dificuldade de definição de seu conceito material. A doutrina da dogmática penal ainda não chegou em um consenso da definição de bem jurídico. Seria impossível apresentar um conceito que abrangesse todos os bens que podem ser violados. Outra crítica à teoria em questão é de que ela não se adaptaria ao novo panorama trazido pelos bens jurídicos supraindividuais. Nesses casos, os princípios penais clássicos limitadores da atividade estatal não teriam aplicação fidedigna. Existe o argumento de que se a proteção de bens jurídicos atua como limite ao poder punitivo estatal, não deveria ela criminalizar os casos relativos a bens supraindividuais.

A teoria do bem jurídico também recebe reprovação por parte da doutrina em relação ao fato de existir incriminações sem bem jurídico. A maior parte da doutrina não reconhece a existência de leis penais que

não protejam bens jurídicos, como é o caso da crueldade contra animais. Incriminações sem bem jurídico seriam uma afronta ao princípio da intervenção mínima.

Luís Greco (2004, p. 87-147) ao tratar do assunto nos declara:

> O bem jurídico é, em regra, necessário para legitimar uma incriminação. Mas somente em regra, sendo possíveis exceções: uma delas é o crime de maus tratos a animais, incriminação legítima, apesar de não tutelar dado necessário à realização de indivíduos, nem tampouco à subsistência do sistema social.

Apesar de sofrer várias críticas, a teoria do bem jurídico se encontra fortemente enraizada em nosso ordenamento e segue sendo aplicada sem qualquer esvaziamento.

3. O BEM JURÍDICO COMO UM CONCEITO NECESSÁRIO PARA A LEGITIMAÇÃO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A grande maioria dos penalistas da atualidade admitem o bem jurídico como critério de criminalização, reconhecendo que lesões a bens jurídicos devem ser criminalizadas, porém, nem toda lesão deve ser objeto de criminalização (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 15). O que ocorre é que o bem jurídico pode ser entendido como critério de criminalização por ser ele mesmo o objeto de proteção penal, no entanto, admitir isso não exclui a necessidade de aferir a relevância deste objeto de proteção (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 16). Desta maneira, é importantíssimo o respeito a alguns princípios básicos limitadores do puder punitivo do Estado, como o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, o princípio da ofensividade e o princípio da intervenção mínima, que aqui entendemos ser de onde se manifestam outros dois importantíssimos princípios, o da subsidiariedade e o da fragmentariedade.

Porém, os princípios penais estudados não devem ser entendidos como guias ou indicativos de boas intenções (LIMA, p. 98-85), devem ser

compreendidos como normas jurídicas constitucionais que, para o bom funcionamento do sistema jurídico penal, necessitam ser interpretadas e aplicadas em conjunto, sendo que "a significação prática de uma interdependência entre os princípios implica que o descumprimento de qualquer um resultará em maltrato a uma superior legalidade matéria da Constituição que os condensa e lhes dá sentido" (LIMA, p. 98-85).

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos situa-se como alicerce do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. A posição majoritária da doutrina da dogmática penal, na atualidade, é de que o Direito Penal cumpre a função de tutela dos bens e valores sociais fundamentais indisponíveis para a vida em sociedade, diante dos constantes conflitos da contemporaneidade. De acordo com Luiz Flávio Gomes (2006, p. 99) "o Direito Penal não serve para a tutela da moral, de funções governamentais, de uma ideologia, de uma religião etc.; sua missão é a de tutelar os bens jurídicos mais relevantes". Como exemplos de bens jurídicos relevantes, podemos citar a vida, integridade física, patrimônio, liberdade individual, liberdade sexual etc. O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos exige que, tanto uma figura delitiva quanto a conduta concreta do agente, apresente lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, sendo assim, o referido princípio engloba os conceitos de ofensividade e lesividade (PRADO, CARVALHO, É., CARVALHO, G., 2014, p. 16) que serão abordados a seguir.

Segundo o princípio da ofensividade, para que haja a tutela do direito penal, é necessário que exista a comprovação de ofensa ou lesão a um bem jurídico relevante. Este princípio encontra-se implícito em nossa Constituição Federal, porém podemos também dizer que ele está fundamentado em nosso Código Penal (1940), mais precisamente em seus artigos 13 e 17.

De acordo com o artigo 13 do Código Penal (1940), não há crime sem resultado, porém há dois critérios para analisar o resultado, o naturalístico e o jurídico. Segundo Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 120) o resultado naturalístico "é a modificação sensível do mundo exterior. O evento está situado no mundo físico, de modo que somente se pode falar em resultado quando existe alguma modificação passível de captação pelos sentidos", já o resultado jurídico, no pensamento do mesmo autor (2014, p. 120) "é a modificação gerada no mundo jurídico, seja na forma de dano efetivo ou

na de dano potencial, ferindo interesse protegido pela norma penal. Sob esse ponto de vista, toda conduta que fere um interesse juridicamente protegido causa um resultado". Com efeito, conclui-se que o resultado do referido diploma legal se refere ao critério jurídico, não podendo se tratar do naturalístico, pois, nesse sentido, o resultado nos crimes de mera conduta não se verificariam. Sendo assim, o resultado jurídico presente nos crimes corresponde à lesão aos bens jurídicos tutelados.

O artigo 17 do Código Penal (1940) trata sobre a não punição de crime impossível, pois este não coloca em perigo nenhum bem jurídico. Nos dizeres de Nucci (2014, p. 173) "no caso da tentativa inidônea, o bem jurídico não sofreu risco algum, seja porque o meio é totalmente ineficaz, seja porque o objeto é inteiramente impróprio".

Para Nilo Batista (2007, p. 92-95), o princípio da ofensividade apresenta quatro principais funções: primeira – proibir a incriminação de uma atitude interna, no sentido de que convicções e desejos humanos não podem fundamentar o tipo penal; segunda – proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, ou seja, não se pune os atos preparatórios; terceira – proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, aqui se exige a punição do fazer e não do ser; quarta – proibição de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico, referente ao "direito à diferença", de práticas e hábitos de grupos minoritários que não podem ser criminalizados.

De acordo com o princípio da intervenção mínima, a norma criminalizadora só deve se preocupar com condutas que coloquem em perigo bens jurídicos considerados relevantes. Nestes termos, a intervenção penal só deverá ser invocada contra aquilo que realmente perturbe o convício social. É através deste princípio que o arbítrio do legislador em relação às normas penais é limitado.

Deve o Direito Penal garantir para os cidadãos uma convivência livre, pacífica e igualitária, mas somente quando outras medidas de controle social, menos gravosas, não sejam eficientes. Deste modo, deverá ser o Direito Penal a *ultima ratio*, somente agindo quando os outros ramos do Direito forem incapazes de tutelar os bens mais relevantes da sociedade.

A proposição de que o Direito Penal deve tutelar a convivência livre e

pacífica da sociedade tem origem no Iluminismo. Essa corrente filosófica concebia que, conforme os cidadãos transferem a alguns órgãos, através do contrato social, a garantia de sua convivência, o Estado é criado. Este ente, então, passa a emitir e executar leis penais, porém tais normas por limitarem a esfera da liberdade individual do cidadão, indo de encontro com os princípios da dignidade e da igualdade, só devem intervir para proteger bens indispensáveis a coexistência pacífica da sociedade.

Do princípio da intervenção mínima, outros dois muito importantes se manifestam, são eles o princípio da subsidiariedade e o princípio da fragmentariedade. De acordo com o princípio da subsidiariedade, antes de se fazer uso da norma incriminadora, devemos esgotar todas as possibilidades extrapenais de controle social.

Neste sentido, Alessandro Baratta (2004, p. 310) explica:

> *Principio de subsidiariedad*. Una pena puede ser conminada sólo si se puede probar que no existen modos no penales de intervención aptos para responder a situaciones en las cuales se hallan amenazados los derechos humanos. No basta, por tanto, haber probado la idoneidad de la respuesta penal; se requiere también demostrar que ésta no es sustituible por otros modos de intervención de menor costo social.

Já para o princípio da fragmentariedade, somente devem ser objeto de tutela penal os bens jurídicos mais importantes, entendendo-se que os ataques mais intoleráveis são os que devem ser punidos pela norma penal.

Nos dizeres de Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 56):

> O "caráter fragmentário" do Direito Penal significa que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes.

Entendemos, então, que a teoria do bem jurídico e os princípios estudados são importantes limitadores da atividade punitiva estatal. A teoria do bem jurídico atua como uma teoria legitimadora do Estado Democrático

de Direito, ao impedir que situações escolhidas de maneira desarrazoada sejam tipificadas, afastando a hipótese de incriminações sem fundamentação, o que poderia ferir direitos humanos e direitos fundamentais básicos. "Quando não se pergunta para que a norma proíbe essa conduta, só nos resta dizer que o dever se impõe por si mesmo, porque é o capricho, o preconceito, o empenho arbitrário de um legislador irracional" (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2019, p. 417).

No entanto, existe posicionamento contrário que afirma que o direito Penal não deveria atuar na proteção de bens jurídicos, mas na proteção da vigência da norma. "Toda manifestação irracionalista no campo do direito penal tem tentado arrasar com o conceito de bem jurídico. Não é raro que, de uma maneira geral, todas as manifestações do direito penal autoritário tenham desacreditado este conceito (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2019, p. 417). Para Jakobs (in GRECO, TÓRTIMA, 2016, p. 232), o Direito Penal atuar na função de proteção de bens jurídicos acontece de maneira forçada, uma vez que, segundo o autor, "o conteúdo liberal da teoria é mera opção política" (JAKOBS in GRECO, TÓRTIMA, 2016, p. 232). Porém, não se concorda com esta posição e acredita-se que o Direito Penal atua na proteção de bens jurídicos dignos de tutela. Por isso, não deveriam ser objeto de criminalização meras expectativas normativas, a moralidade, por exemplo.

Jakobs (in GRECO, TÓRTIMA, 2016, p. 220) compreende que o Direito Penal pode tutelar a moral e exemplifica o trecho seguinte com a possível tipificação da homossexualidade:

> Uma sociedade caracterizada por hierarquias entre pessoas de sexo masculino como as forças armadas prussianas não pode permitir o reconhecimento geral de uma relação de caráter em princípio violador de hierarquias, tal como o é a relação sexual, e isso muito menos numa época em que até a relação heterossexual ainda está canalizada no casamento. – Além disso, uma sociedade em que o rei governa por graça de Deus e em que a benção de Deus é considerada uma força ativa tem, por sua vez, de considerar a moral ordenada pela religião um bem – a violação da moral pode, segundo esse entendimento, gerar palpáveis prejuízos sociais.

Em sentido contrário, Zaffaroni e Pierangeli (2019, p. 416-417) afirmam que a moral, em sentido estrito, nunca deve ser considerada um bem jurídico. Embora seja bom que a população tenha um sentimento moral, se alguém não o tem, não se pode fazer com que o tenha a força e nem obrigá-lo a agir como se o tivesse (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2019, p. 417). Nesse mesmo entendimento, e contrário ao pensamento de Jakobs, Claus Roxin adverte:

> Em primeiro Lugar, é claro que são inadmissíveis as normas jurídico-penais unicamente motivadas ideologicamente ou que atentem contra Direitos fundamentais e humanos. A punibilidade de, por exemplo, expressões críticas a um regime, de uniões matrimoniais de pessoas pertencentes a distintas raças atentaria contra o princípio da liberdade de expressão ou contra o princípio da igualdade, respectivamente. Estes dois princípios estão contidos na Constituição alemã e são também reconhecidos internacionalmente. Isto é, obrigam o legislador.

A Constituição da República, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito, pode ser entendida como a fonte exclusiva de bens jurídicos dignos de proteção penal, dessa forma, a criminalização, por exemplo, de meras expectativas normativas e a vontade de poder, não deveriam prosperar (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 16), pois trariam uma proximidade com o funcionalismo sistêmico, que despreza a teoria do bem jurídico (JAKOBS apud CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 16).

Isso posto, "o conceito de *bem jurídico*, como *critério* de criminalização e como *objeto* de proteção, parece constituir garantia política irrenunciável do Direito Penal do Estado Democrático de Direito" (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 18), assim, entendemos o bem jurídico como importante limitador do poder punitivo estatal, que deve deixar de lado as expectativas normativas opressoras do funcionalismo sistêmico de Jacobs (ano).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria do bem jurídico passou por vários estágios evolutivos ao decorrer dos tempos e, atualmente, encontra-se enraizada nos Estados Democráticos modernos. Compreende-se que um Direito Penal que não protege Bens jurídicos, mas a vigência da norma seria um regresso, quase como se voltássemos ao pensamento dos juristas do positivismo.

Entender o conceito e as funções do bem jurídico é importantíssimo para refletir sobre a sua relação com o bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito. Desta maneira, ao se entender o conceito de bem jurídico, endende-se a sua função de limitar o *ius puniendi,* sua função de interpretar o tipo penal e a sua função individualizadora no momento de aplicação da pena.

Desta maneira, um Direito Penal mais humano e mais racional, deve atuar na limitação do poder punitivo estatal. O bem jurídico pode ser entendido como critério de criminalização por ser ele mesmo o objeto de proteção penal e, acredita-se, importante limitador do *ius puniendi,* pois, em conjunto com os princípios penais elimina da pauta da criminalização condutas que não lesem bem jurídico algum e condutas que ofendem bens jurídicos de maneira insignificante.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Principios de Derecho Penal Mínimo En: BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam)**, Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: **Parte Geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal – Parte Geral**. 5ª.ed. – Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: **Parte Geral – Introdução**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate dobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, IBCCRIM, v. 12. n. 49, Jul/ago. 2004.

GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org). **O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LIMA. Alberto J. C. de Barros. **Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: R. dos Tribunais, 1997.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. **Teoria do injusto penal**. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral**. 13. ed. ver. E atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GÊNERO E DIREITOS HUMANOS NA HISTÓRIA DO BRASIL: ANÁLISE DOS DIREITOS DA MULHER SOB A ÓTICA DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

LUISA LEAL F. RAVAGNANI
ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO
LUCAS NEVES JUSTINO

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho refere-se a uma análise sobre a construção da figura da mulher no espaço social brasileiro, se utilizando do viés dos textos legais penais do país, no que a concerne.

Fez-se um recorte cronológico dividindo-se o texto em três capítulos, visando-se investigar quais os principais elementos relativos à construção da imagem da mulher como ser de direitos humanos, além da conexão e reflexos encontrados na lei penal brasileira ao longo dos séculos. Para tanto, o primeiro capítulo discorre sobre os principais aspectos das Ordenações Filipinas que envolviam a mulher, a fim de ilustrar a expectativa social que recaía sobre ela, bem como a estrutura da lei penal colonial destinada à mulher infratora. Seguiu-se o estudo, no segundo capítulo, com a análise das transformações e reminiscências do período anterior encontradas nas leis penais do Brasil independente, concluindo-se, no terceiro capítulo, com o estudo do Brasil republicano, principalmente no período varguista, correspondente ao momento de promulgação do atual Código Penal, apontando-se os aspectos legais e sociais que envolvem a concepção da mulher brasileira.

Tendo em vista que leis destinadas à proteção da mulher em matéria penal surgiram somente no século XXI, como a Lei Maria da Penha, 11340/2006, e a Lei do Feminicídio, 13140/2015, o estudo do desenvolvimento

dos Códigos Penais brasileiros, desde sua origem, se mostra importante na tentativa de justificar a necessidade do Estado em investir na proteção específica ao gênero feminino, com o objetivo de sanar as atitudes violentas secularmente incentivadas pelos códigos penais anteriores e o motivo da demora em fazê-lo. O que pode ser compreendido pela lentidão da sociedade em enxergar a mulher como ser de Direitos Humanos.

2. AS ORDENAÇÕES FILIPINAS E A FIGURA DA MULHER NO BRASIL COLONIAL

A sociedade brasileira, em sua origem legal e especificamente penal, foi regida pelo livro V das Ordenações Filipinas, que vigoraram no país desde 1603 até a promulgação do Código Criminal do Império, em 1830, muito embora os seus reflexos sociais sejam percebidos na sociedade brasileira contemporânea (MOTTA, 2011, p.13). Embora no séc. XVI estivessem em vigor as Ordenações Manuelinas em Portugal, o país somente começou a introduzir seus costumes e leis na colônia a partir do século seguinte, quando de fato se interessou pelas terras brasileiras.

As penas previstas nas Ordenações, no seu livro V ("Dos Crimes e Processo Penal"), consistiam em penas corporais cruéis com "o acréscimo, a multiplicação e a intensidade do sofrimento que acompanhava cruelmente a morte natural resultante dos flagelos" (MOTTA, 2011, p.13). "Na previsão de conter os maus pelo terror, a lei não media a pena pela gravidade da culpa; na graduação do castigo obedecia, só, ao critério da utilidade" (PIERANGELLI, 1934, p.7).

Entre as penas aplicadas nas Ordenações do Reino, estavam o desterro (condenação de deixar o lugar do crime), o degredo (condenação de residência obrigatória em certo lugar), o banimento ou o exílio (degredo perpétuo), os açoites, o decepamento de membro e as várias formas de penas de morte, entre as quais, a depender do crime, posição social ou gênero se aplicavam: "morte sem tortura, morte natural (forca), morte para sempre (com exposição do cadáver exposto na forca), morte atroz (com o cadáver esquartejado) e morte cruel (com tortura)" (LOPES, 2008, p.249).

A legislação portuguesa derivou de diferentes tradições e experiências jurídicas: romanista, regalista, canônica e consuetudinária (WEHLING, 2004, p.29), de onde se extrai a compreensão de uma lei rigorosa, que intervinha na vida privada, além de normatizar a relação do cidadão com a Coroa e separar os indivíduos por gênero e classe social.

O Direito canônico era aplicado nos casos de lacuna e em matéria que necessitava de uma repressão social, vinculada aos "pecados" do homem (LOPES, 2008, p. 249). Havia a ideia de que a pena através da tortura deveria "controlar" os infratores e extinguir os seus pecados. Se por um lado, por causa da influência do direito romano, "toda a ordem jurídica era uma concessão do soberano, por outro lado essas relações eram limitadas por uma ordem cosmogônica instituída por Deus" (WEHLING, 2004, p.33).

As mulheres criminosas do início da colonização eram, em sua maioria, as prostitutas, enquadradas pelo tipo penal de vadiagem (OF, livro V, título LXVIII), que permaneciam na prisão por curto período. Além delas, havia as amantes, incluindo as barregãs (OF, Livro V, título XXX), como eram chamadas as amantes dos eclesiásticos, as feiticeiras (OF, Livro V, título III) e todos os tipos de mulheres consideradas *desonestas*.

O critério de "desonestidade da mulher" foi erigido e sustentado através da influência do Direito Canônico e Romano às Ordenações do Reino, de acordo com os fundamentos teológico-filosóficos, como o caso do valor absoluto da honra (WEHLING, 2004, p.33). A antiga Igreja Católica determinou a figura de Maria, virgem, mãe e rainha da cristandade medieval, como a definidora da mulher ideal (PERROT, 2015, p.84), defendendo a ideia de que a mulher foi criada para o homem, conforme o mito de Adão e Eva, amparando a existência de uma hierarquia do masculino sobre o feminino, considerada natural.

A ideia da mulher como propriedade de um homem era definida em duas etapas. Primeiramente, antes de casar-se, era propriedade de seu pai e lhe devia total obediência. O ato do casamento, simbolicamente inclusive, passava a propriedade sobre a mulher, ao marido, a quem então deveria obediência. A mulher, considerada incapaz, dependia sempre da figura masculina para exercer quaisquer atos (PERROT, 2015, p. 160). Já a mulher desonesta não existia por si mesma, pois não estava submetida ao controle

de nenhum homem, não obedecia às regras sociais e era tachada como imoral, descontrolada ou louca. Significava um elemento de discórdia social e, portanto, merecia maior repressão do Reino.

A concepção da Igreja Católica absorvida pelas Ordenações Filipinas era a de que a virgindade seria a *virtude suprema* da mulher, demonstrativo do seu autocontrole, que, tal qual a Virgem Maria, conseguiria preservar sua pureza. Saliente-se que a virgindade não era uma mera opção da mulher, mas uma importante moeda de valor social, da qual dependia um futuro casamento, trocado por dotes (CASTRO, 2015, p.31).

Dessa forma, a lei atribuiu proteção legal à virgindade da mulher – e não a ela – pois mesmo em havendo punição à conduta do estupro, a pena poderia ser redimida caso o criminoso se casasse com a vítima e lhe pagasse um dote como multa (OF, livro V, título XXIII). A mulher era duplamente violentada: uma pelo ato sexual forçado, outra pelo casamento com o criminoso. "Uma vez deflorada, principalmente se foram muitos os que o fizeram, não encontrará quem a queira como esposa. Desonrada, está condenada à prostituição" (PERROT, 2015, p.44). Por isso, o casamento, ainda que nessas condições, seria uma espécie de benesse à família da desonrada, que não teria o encargo da mulher sem valor em casa, a que nada mais serviria. Ressalte-se que a mulher que não fosse virgem não possuía essa suposta proteção legal, pois era não digna e não possuía nenhum valor para a sociedade. "A mulher o é somente e, relativamente, ao ser masculino" (CASTRO, 2015, p.29).

A valorização da virgindade feminina foi sedimentada na mentalidade social europeia em decorrência da forte influência da Igreja Católica, que moldava um suposto ideal feminino no seu conceito próprio de Maria, mãe de Jesus, cuja característica que sobressai, inclusive dita previamente ao seu nome, é a de ser virgem. "Essa valorização religiosa foi laicizada, sacralizada, sexualizada (...)" (PERROT, 2015, p.44), importando socialmente que o casamento se baseasse na *pureza* da noiva.

Outro exemplo da proteção legal à mulher virgem, propriedade valiosa de seu pai e posteriormente, bem da família, é o seguinte:

> Que nenhum homem case com (...) mulher virgem, ou viúva honesta, que não passar de vinte e cinco anos, que sté em poder de seu pai, ou mãi, ou avô (...). E fazendo o contrário, perderá toda sua fazenda para aquelle, em cujo poder a mulher stava, e mais será degradado hum anno para a África (OF, Livro V, título XXII).

"A virgindade (...) funcionava como um dispositivo para manter o valor da noiva como objeto econômico e político adequado e sobre o qual se assentaria o sistema de herança de propriedade" (CASTRO, 2015, p.31). Por conseguinte, a mulher que não conseguia se casar se tornava um peso para seus pais e uma vergonha para a família, assim, muitas acabavam sendo enviadas para conventos.

Para Manoel Barros da Motta, "o cristianismo inscrevia no corpo os registros da carne (...), culpando a vida erótica. Era essa a forma com que as ordenações concebiam a sexualidade" (2011, p.50). Saliente-se que esta visão também afetou os homens que mensuravam o seu poder de controle do corpo e comportamento feminino para corresponder ao ideal da imagem masculina e que até os dias atuais é utilizada como justificativa para os seus atos de violência.

Uma forte característica das ordenações do Reino era a distinção das penas em relação às mulheres e aos homens que incorressem no mesmo tipo penal. As mulheres que não correspondiam ao ideal da sociedade, consideradas *desonestas*, como as amantes, sofriam penas superiores às dos homens adúlteros. Enquanto ao homem cabia a pena de degredo e o confisco de parte de seus bens, às mulheres cabia o açoite pela vila com baraço e pregão. Caso reincidente, seria açoitada em quantidade maior, além de sofrer o degredo (MOTTA, 2011, p.52).

Outro fator marcante no texto legal era o fato da pena se estender aos descendentes da condenada. Não havia o conceito de direitos individuais e a família da mulher criminosa restava condenada a estar à margem da sociedade, já fragmentada por classes sociais.

Mais um exemplo da distinção de penas entre as mulheres e homens, quanto ao mesmo tipo penal, é o caso da barregã, como se denominava a amante de eclesiásticos. Esta deveria pagar com seus bens e ser degredada

do território do ato, enquanto os eclesiásticos seriam apenas entregues ao seu superior (OF, livro V, título XXX). Ressaltando que a pena mais rigorosa era a destinada à mulher.

A lei não só utilizava a violência como punição, como a incitava, ao permitir que o marido pudesse assassinar a sua esposa, caso a encontrasse em adultério, desde que possuísse prova do ato, e ainda ficaria com os seus bens, não podendo os herdeiros da mulher haver qualquer parte (OF, livro V, título XXXVIII). Já quanto aos homens adúlteros, não havia a previsão legal. Na atualidade, é visível o resquício desta mentalidade entre os brasileiros, em decorrência do alto índice de violência doméstica, o que, diga-se, levou ao surgimento da Lei Maria da Penha, lei 11.340/ 2006, com o propósito de combatê-la.

O elemento normativo *mulher honesta* teve um grande peso para a construção social da mulher brasileira. Perpetuou-se por todos os Códigos Penais brasileiros posteriores, tendo sido apenas retirado da nossa lei penal em 2005, através da lei 11.106/05. Enquanto à mulher honesta estava a dignidade de direitos e deveres, à mulher não honesta restava a punição e a falta de interesse do Estado. Significava, na visão de Nelson Hungria, presidente da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Penal de 1969, a mulher "cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível" também a mulher que conserva o "*minimum* de decência exigida pelos *bons costumes*. Só deixa de ser *honesta* (sob o prisma jurídico-penal) a mulher francamente desregrada" a mulher que "ainda não tenha descido à condição de autêntica prostituta. Desonesta é a mulher fácil, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação" (HUNGRIA; LACERDA, 1956, p.148-149). Conforme se extrai da explicação de Nelson Hungria, o termo *mulher honesta* concernia na repressão sexual adequada que a própria mulher deveria se submeter para ser aceita pela sociedade.

O advento da independência do Brasil, motivado pelos ideais iluministas da Revolução Francesa (1789) e pela Revolução do Porto, aflorou a urgência da modificação do caráter absolutista do Rei e a valorização dos direitos individuais. O iluminismo importado da Europa conflitou com a desumanidade das Ordenações Filipinas, já enfraquecida pelo desuso em Portugal, e levou à necessidade de uma reforma legislativa generalizada

para demarcar o novo tempo do Brasil independente, embora, não tenha significado o abandono de sua influência nos Códigos Penais e na mentalidade brasileira até o presente momento.

3. O BRASIL INDEPENDENTE E A PENA DE PRISÃO

A Constituição do Império do Brasil, de 1824, surgiu da necessidade de conter os conflitos e tentativas de secessão do país, bem como dos reflexos da Revolução do Porto, ocorrida em 1820. Por causa da influência do iluminismo penal do século XVIII (ibidem, p.265), a Carta Magna trouxe o conceito de uma prisão mais humanizada para os padrões da época, buscando um ambiente capaz de regenerar o infrator, com segurança, limpeza e ventilação, além da ideia de um ambiente com celas específicas para homens e mulheres (art. 179, XXI, CPIB) (LOPES, 2008, p.257). O texto inovou com a preocupação em separar os prisioneiros por sexo e instalar um ambiente propício para as mulheres infratoras.

A nova Constituição declarou a abolição dos "açoites, tortura, marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis" (art.179, XIX, CPIB), o que demonstra um enorme avanço humanitário penal quando comparado ao Ordenamento Filipino. Ressaltando-se que, em âmbito penal, o livro V das Ordenações do Reino só foi abolido com a promulgação do novo Código Penal, em 16 de dezembro de 1830, e posteriormente complementado pelo Código de Processo Penal, em 29 de novembro de 1832, restando, porém, toda a sua influência nos códigos posteriores. Ainda assim, o Código Criminal do Império, apresentou previsões contrárias à Constituição, prevendo, por exemplo, a não obsolescência ou caducidade das penas (art. 65, CCI), bem como a previsão de açoites aos escravos (art. 60, CCI), o que contrariava diretamente a Constituição de 1824, no seu art. 179, XIX (CASTRO, 2015, p. 110), que abolira os açoites.

Afirmando o sobredito, Lemos de Britto ressaltou que a Constituição do Império trouxe os avanços da abolição das penas cruéis, a proibição de que a pena passasse da pessoa do delinquente, a proibição do confisco e da transmissão da infâmia aos descendentes do Réu (1924, pg.45), porém,

contraditoriamente, a Carta magna ainda manteve "terríveis processos de intimidação e de punição" (ibidem, pg.39).

O Código Criminal do Império ergueu-se do arcabouço ideológico iluminista, principalmente após as obras de Beccaria, John Howard e Jeremias Bentham, que trouxeram a ideia de humanização no aprisionamento, com condições dignas para os detentos (CASTRO, 2015, p 113,).

Conforme salientado por Castro (2015, p. 31, 130, 131), o controle sobre o corpo feminino não se modificou no Império. "A virgindade, por exemplo, funcionava como um dispositivo para manter o valor da noiva como objeto econômico e político adequado (...)". De acordo com a análise da autora, o Código Penal do Império elencou a mulher sob três diferentes aspectos: "o da maternidade, o da fragilidade (...) e, principalmente, o do sexo". O aspecto da maternidade estava presente, por exemplo, ao se condenar o aborto nos artigos 199/200; já o da fragilidade, no seu artigo 45, especificamente; e o do sexo, em geral como vítima, nos crimes de sedução do artigo 150/151, e estupro do art. 219 – em que ainda se observava a absolvição caso houvesse o casamento com a vítima. Acrescentou a autora o fato de que através do casamento, se dava o direito de o marido cometer o crime de estupro, ainda que o casamento fosse posterior, lei que se manteve das Ordenações Filipinas.

A continuidade da distinção entre as mulheres honestas e as demais pode ser observada no art. 222, do Código Penal do Império, ilustrando a diferenciação de penas a depender se a vítima fosse prostituta ou não: "Ter copula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida. Se a violentada fôr prostituta. Penas de prisão por um mez a dous annos." Da análise do texto se extrai a compreensão de que o Estado continuou a valorar a mulher de acordo com a sua *honra sexual,* estabelecendo penas distintas para cada caso.

O Código de Processo Criminal, promulgado pela lei de 29 de novembro de 1832, demonstra em seu art. 12 como as prostitutas eram percebidas na época: pessoas equiparadas a mendigos e vadios, cujas ações ofendiam os bons costumes, perturbavam o sossego público e a paz das famílias. Para os penalistas do séc. XIX, como Lemos de Britto e Lombroso,

a prostituição era a expressão máxima da sexualidade degradante, anárquica e perigosa da mulher (SOARES; ILGENFRITZ, 2002, p.68). Lombroso (1983, p.9,) analisa a prostituição, ressaltando ser uma "válvula de garantia da moral pública: "não teria sobrevivido tão longamente, se não tivesse sido alimentada pelo vício masculino – desejo útil e vergonhoso; de modo que se pode dizer que a mulher, mesmo quando é brutalizada, mesmo quando erra, ainda assim é útil". O que muitos penalistas desse período defendiam era que a única forma da sexualidade feminina não ser um perigo para a sociedade era se estivesse canalizada para o casamento e a procriação.

A desigualdade das penas entre gêneros foi outro aspecto que se manteve desde as Ordenações Filipinas, no Código Penal do Império. O caso da mulher casada que traísse o seu cônjuge, deveria ser penalizada de forma a compensar a dor causada ao marido; já o homem que cometesse adultérios eventuais não era penalizado, a não ser que mantivesse relação fixa com outra pessoa, conforme disposto no art. 279, do Código: "A mulher casada que cometer adultério será punida com a pena de prisão celular por um a três anos; § 1º Em igual pena incorrerá: 1º O marido que tiver concubina teuda e manteuda".

A mulher era analisada sempre relativamente ao homem: é filha, esposa, mãe e "aquelas que escapam dessas definições não são totalmente aprovadas pelo grupo social" (CASTRO, 2015, p.29 e 45). Eram consideradas "importantes 'marcas de qualidade' como satélites do mundo masculino", como se percebe pela citação a seguir:

> A mulher que foi a perdição para o pai Adão, para Sansão a morte, e para Salomão uma vingança, é, para o médico um corpo; para o juiz uma ré; para o pintor um modelo. (...) Para o padre uma tentação; (...) para o marido uma carga; para o viúvo um descanso; para o pobre uma calamidade; para o rico uma ameaça (...). (Jornal do Comércio, Desterro, 1881, apud Castro, p.30)

Durante o Brasil imperial, não se imaginava que a mulher deveria ter um tratamento específico a sua condição de gênero, o que veio a ser debatido apenas no século XX, após uma longa análise do modelo carcerário

estadunidense, pelo criminalista Lemos de Britto (1926, p.289). O autor defendeu que as mulheres reclusas no mesmo ambiente que os homens "bastava para alterar a disciplina, a começar pelos guardas". Embora em muitas prisões do século XIX houvesse uma cela específica para as mulheres, o criminalista defendeu que deveria ser destinado a elas um ambiente distante dos homens, visando afastá-los da má influência feminina, demonstrando, assim, que a preocupação do Sistema Penal brasileiro do período em tela não dizia respeito às necessidades de gênero feminino.

4. BRASIL REPUBLICANO E A MULHER INFRATORA DO SÉCULO XX

A monarquia brasileira, perto de seu término, havia considerado a necessidade de humanização da pena, no ano de 1889 (BRITTO, 1926, p.237). A ideia continuou a se desenvolver no período da República, dando origem ao Código Penal da República, por meio do decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, que suprimiu a pena de galés, açoites, morte e prisão perpétua, estabelecendo um limite de 30 anos como pena máxima (ibidem, p. 239). Os criminalistas da República passaram a interpretar a pena como meio de transformação e regeneração do preso, não mais como uma forma de vingança da sociedade pela transgressão às suas normas.

No entanto, embora tenha trazido um notável avanço para o sistema penal brasileiro, o novo código penal apenas concretizou o que já vinha se moldando no final da monarquia. Pierangelli destacou que a pressa com que o Código Penal da República fora elaborado, levou-o a apresentar inúmeros defeitos, apontados pela grande crítica sofrida à época. "Não tardou a impor-se a ideia da sua reforma, e menos de três anos depois da sua entrada em vigor, já aparecia o primeiro projeto de Código para substituí-lo" (Anibal Bruno, apud PIERANGELLI, 1934, p. 10). Apesar dos inúmeros projetos desenvolvidos desde então, até o Código Penal seguinte de 1940, nenhum foi aprovado, o que resultou em aditamentos e alterações que visaram ratificar e complementar o Código republicano (BRITTO, 1926, p. 242).

Importante ressaltar que o panorama geral, nesse período, do Distrito Federal, então cidade do Rio de Janeiro, foi marcado por um choque cultural após a libertação dos escravos no final do século anterior, o que ocasionou uma mudança estrutural na cidade e aumentou o volume de pessoas no centro urbano, levando à ocupação dos morros, além do contexto de pós-guerra e Crise de 1929, que afetou diretamente o Brasil. Um montante incomum de desempregados transitava pela cidade, e muitos acabavam presos preventivamente pelo crime subjetivo de vadiagem, levando a superlotação das prisões da cidade (LIMA, 1983, 29-30).

Nesse diapasão, ampliou-se a massa de mulheres prisioneiras, que em sua maioria eram as prostitutas, presas pela mesma tipificação penal que os desocupados transeuntes, ou seja, por *vadiagem*, ou pelo crime de contágio venéreo, previsto no art. 130, CP. Observe-se que o aumento do número de mulheres encarceradas estava vinculado à sua intensa rotatividade, justificada pelas prisões preventivas, pela tipificação de vadiagem e suas penas curtas, conforme art. 59, CP 1940, a seguir (LIMA, 1983, p. 31-33):

> Vadiagem. Art. 59-Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:
> Pena: prisão simples, de quinze dias a três meses.

Outras sanções, como o furto (art. 155, CP) e a rixa (art. 137), também enquadravam as mulheres, embora em menor incidência, o que pode ser justificado pela grave situação de pobreza das mulheres à margem social (ibidem, p. 35).

Havia uma grande preocupação em separar as mulheres infratoras dos homens, nas prisões, por diversos motivos. Entre eles, destaca-se a ideia de sexualidade exacerbada da mulher e a sua *influência perversa* sobre os homens enclausurados. Para Lemos de Britto, (1925, p. 289): "O fato de haver mulheres dentro dos mesmos muros e respirando o mesmo ambiente bastava para alterar a disciplina, a começar pelos guardas." Destaquem-se as teorias biopsicológicas do final do século XIX, como as de C. Lombroso,

G. Ferrero, Tito Livio de Castro e Lemos de Britto, que percebiam a mulher como inferior ao homem e menos propensa ao cometimento de crimes, devido ao seu mau desenvolvimento: "a mulher é intelectual e fisicamente tal qual um homem que teve seu desenvolvimento interrompido, o fato dela ser menos delinquente que ele pode compensar, de maneira bastante vantajosa, essa inferioridade intelectual" (LOMBROSO, 1983, p.9). O autor defendia que a mulher, por ser inerte e passiva, era "mais obediente que o homem", mas ainda assim, tinha em sua essência a amoralidade, sendo (...) fria, calculista, sedutora, engenhosa, etc" (CASTRO, 2015, p. 71).

Ademais, Lombroso dedicou um capítulo I, da parte IV de seu livro A Mulher Delinquente: "Menstruação, Fecundidade, Vitalidade, Força e Reflexos", associando o período hormonal a maior propensão à prática de crimes, conforme se verifica a seguir:

> Durante a vigência desses fenômenos biológicos que atingem o corpo da mulher, o seu estado psicológico ficaria alterado pela irritabilidade, instabilidade e agressividade. Por isso ela estaria mais facilmente sujeita a prática de delitos [...] como o aborto, o infanticídio, o abandono de incapaz, etc..., ligados à sua condição de mulher e sua associação natural à maternidade. (SOARES; ILGENFRITZ, 2002, p. 64).

As análises feitas pelos penalistas do século XIX sobre a figura da mulher delinquente influenciaram a visão do Estado sobre a menor importância que a criminalidade feminina tinha, face à masculina. A ideia da mulher vista como mais fraca e propensa à histeria, extremamente vinculada a sua desequilibrada sexualidade, sustentou-se na transição do período monárquico ao republicano.

Elça Mendonça Lima (1983, p.38), ressalta o fato de a mulher ser sempre definida e analisada de forma comparativa ao homem. A mulher é "a um só tempo, produto da ação masculina e móvel da ação masculina. Ela jamais é em si mesma". De forma análoga, surgiu o presídio feminino no Brasil, subordinado ao masculino e constituído a partir das suas necessidades de afastá-las para proteger os homens.

Depreende-se das análises de Lemos de Britto (1926, p. 370), o repúdio

quanto ao fato de todos os "tipos" de mulheres encontrarem-se reclusas num mesmo ambiente, que, ao se somar a política sanitarista do início do séc. XX, elevou a preocupação do contágio de doenças nas celas entre as prostitutas, presas pelo tipo penal de *vadiagem*, e as mulheres do lar, intensificando a necessidade da construção de um ambiente carcerário específico para as mulheres com a devida separação das celas e competência para reeducá-la ao lar. O autor entendeu que a única forma de impor uma ordem no ambiente carcerário seria através do forte controle sobre os corpos, com rígida disciplina, e reeducação religiosa.

Acreditava-se que a prisão feminina deveria alicerçar a reforma moral da mulher infratora, havendo somente uma possibilidade: através de um forte controle disciplinar do seu cotidiano na prisão, com trabalhos voltados às prendas domésticas, para que assim, a mulher freasse seus impulsos histéricos. Esta ideia foi importada para o Brasil, através dos estudos realizados por Lemos de Britto (ibidem, pg. 291) sobre as prisões femininas dos Estados Unidos, em que observou que neste território, os rapazes entre dezesseis e dezoito anos de idade eram mais fáceis de se ressocializarem do que as moças da mesma idade, pois estas "são mais fáceis de cair e carecem de um guia mais seguro. (...). Eis por que se lhes dão de preferência ocupações domésticas, como sejam as de lavar, coser e governar uma casa, sem esquecer os trabalhos campesinos, que lhes revigoram a saúde". Desta forma, concluiu que "(...) as detentas, além de trabalho ao ar livre, devem ser empregadas em trabalhos de costura, lavanderia, cozinha e semelhantes" (ibidem, p.373), tendo em vista a dependência delas aos tipos de funções consideradas femininas, para o seu bem-estar e a adequada formação de mulher.

Segundo Caneppa, diretor da Penitenciária Central do Distrito Federal (1941-1945/ 1950-1955), deveria a mulher seguir o seu verdadeiro destino social, "ler aí, sua domesticidade, sua maternidade, sua feminilidade, sua dependência, sua fragilidade", pois estes atributos femininos "salvam-na dos perigos do mundo a que está submetido o homem" (LIMA, 1983, p. 37-38).

Os pesquisadores do sistema penal deste período acreditavam que somente as freiras e religiosas seriam capazes de domar a mulher infratora, desvirtuada, na mulher que a sociedade espera: dedicada aos filhos e

marido, convertendo-as em "caridosas beatas, voltadas às prendas do lar (...)" (SOARES; ILGENFRITZ, 2002, p. 57).

Resta claro, assim, que o Sistema Penal brasileiro, no que concerne a mulher, serviu-se, em suas raízes, da ideia derivada da concepção religiosa do que é dignidade feminina, conceito inadequado e limitador da visão da mulher como ser de direitos humanos. Carência, esta, que vem sendo percebida de forma embrionária pela lei penal, havendo muito o que se debater nesta seara. Repensar a sua história é apenas um primeiro passo.

5. CONCLUSÃO

A concepção acerca da mulher, no que tange o período colonial, baseava-se no seu suposto *dever inerente* de servir ao homem: como filha, antes de casar, sendo avaliada socialmente pela preservação de sua virgindade e, depois de casada, como esposa e mãe. Esta visão escravizou-a durante os séculos em todas as suas expressões, que nascia para servir ao homem e não para servir as suas próprias expectativas. Desta forma, a mulher não enquadrada no estereótipo de aceitação social era vista como *desonesta*, para uma sociedade que segregava a mulher de acordo com sua *honra sexual*.

Outro fato constatado no primeiro capítulo, relativo às penas previstas no livro V, das Ordenações Filipinas, que determinavam maior caráter punitivo para a mulher quando comparada ao homem, pelo mesmo tipo penal, sinalizando que a distinção de gênero servia para o maior controle e penalização da transgressão feminina. Ou seja, a mulher sofria a penalização não só pelo cometimento de um crime, mas por transgredir a expectativa de sua imagem social.

Ressalte-se que o termo "mulher honesta" consolidou-se como um critério de distinção entre as próprias mulheres ao longo do tempo, concedendo um tratamento desigual dentro do ambiente carcerário, bem como fora dele, em todo espaço social, tendo sido reproduzido por todos os Códigos Penais, a partir das Ordenações Filipinas. Este fato demonstrou, não só a grande influência das Ordenações do Reino no aspecto legal, nos códigos penais posteriores, quanto no seu teor, que foi materialmente

consolidado no âmago da sociedade brasileira e que dificulta a adoção do pensamento da mulher como ser de direitos humanos, tal qual o homem, além de embasar todos os tipos de violência de gênero, ainda existentes nos dias atuais.

Conclui-se, assim, que na história do Brasil, a mulher nunca teve a possibilidade de escolher o seu caminho. A honra feminina era medida em relação ao homem, nunca quanto à sua liberdade, o valor máximo de seus direitos humanos. Havia uma pena maior para a mulher enquanto ser social do que àquela que se encontrava de forma mais pesada e gravosa no texto legal: a pena de ser uma mulher em um país que a discrimina desde sua origem e a martiriza pelas suas questões de gênero. A lei penal brasileira, nesse sentido, é apenas uma ilustração de sua história.

BIBLIOGRAFIA

BRITTO, Lemos. Os Systemas Penitenciários do Brasil. Rio de Janeiro. Imprensa Nacional, 1924. v.1. 416 p.

BRITTO, Lemos. Os Systemas Penitenciários do Brasil. Rio de Janeiro. Imprensa Nacional, 1925. v.2. 475 p.

BRITTO, Lemos. Os Systemas Penitenciários do Brasil. Rio de Janeiro. Imprensa Nacional, 1926. v.3. 514 p.

CASTRO, Flavia. Lages de. Mulheres por Direito. Crimes na Legislação, Doutrina e Jurisprudência em Vassouras - 1860-1889. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 1. 200p.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. Comentários ao Código Penal, volume VIII, 3ª edição, Rio de Janeiro, Editora Revista e Forense, 1956.

LIMA, Elça Mendonça, Origens da prisão Feminina no Rio de Janeiro- O período das freiras (1942 – 1955); OAB/RJ, Impressão Tavares e Tristão; 1983.

LOMBROSO, Cesare. Ferrero, Guglielmo. La donna delinquente: la prostituta e la donna normale. Turim, Roma (Itália): Editori L. Roux e C., 1893.

LOPES, José Reinaldo de Lima; O Direito na História; 3ª edição; São Paulo: Atlas, 2008.

MOTTA, Manoel Barros da. Crítica da razão Punitiva: Nascimento da Prisão no Brasil; Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2011.

PERROT, Michele. Minha história das mulheres. 2 ed., 2ª reimpressão. São Paulo: Editora Contexto, 2015.

SOARES, Bárbara Musumeci; ILGENFRITZ, Iara. Prisioneiras: vida e violência atrás das grades. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

WEHLING, A.; WEHLING, Maria José. Direito e justiça no Brasil colonial - o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 01. 680p.

DERECHOS HUMANOS, DERECHO PENAL ESPAÑOL Y FORMAS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER: EL CONVENIO DE ESTAMBUL

MARÍA CASTRO CORREDOIRA

1. INTRODUCCIÓN

Con carácter general, los valores superiores de los diversos ordenamientos jurídicos son objeto de protección[1] en distintos niveles, a saber: nacional, comunitario e internacional.

En un plano nacional o infra-nacional[2] se incardinan todas aquellas normas que manan de los Estados, así como de aquellas instituciones regentes en las diversas circunscripciones territoriales (en función de la organización territorial y del reparto competencial).

En un ámbito supranacional, por una parte, se distingue un sistema internacional, en el que se recogen una amplia amalgama de normas (muchas de ellas, sin carácter vinculante) dictadas por organismos e instituciones internacionales, como la Organización Mundial de las Naciones Unidas[3].

1. Protección que, además, se brinda desde distintas ramas del ordenamiento jurídico, siendo en todo caso, el derecho penal, la última ratio, como consecuencia del principio de intervención mínima, que es uno de los principios rectores de este sector normativo.

2. Piénsese en los diferentes modelos de Estado. Por ejemplo, en el caso de España, la totalidad del territorio español se encuentra estructurada en, un primer nivel, en Comunidades Autónomas, las cuales también tienen potestad para legislar, en algunos niveles.

3. Se define como un organismo internacional, cuya fecha oficial de constitución data de 24 de octubre de 1945, cuando la mayoría de Estados miembro de la organización ratificaron su documento fundacional: la Carta de la ONU. Actualmente, son pertenecen a las Naciones Unidas un total de 193 estados. Todos ellos cuentan, además, como representación en el órgano deliberante de las Naciones Unidas, cual es la Asamblea General. La Carta de la ONU es un instrumento jurídico de gran trascendencia, precisamente, porque le confiere

Por otra parte, desde una perspectiva comunitaria europea, en el marco de la Unión Europea, también se aprueban instrumentos legislativos que, por regla general, tienen carácter vinculante para los Estados Miembro de la Unión Europea[4]. De entre los valores y objetivos promovidos por la Unión Europea, merece especial atención, por la temática que nos ocupa, la protección de los derechos humanos, íntimamente vinculado a los valores de libertad, igualdad, justicia, dignidad humana y democracia. Estos valores se presumen comunes a todos y cada uno de los Estados Miembro de la Unión Europea, destacando, principalmente, la dignidad

a la ONU importantes facultades para tomar medidas sobre problemas de carácter universal, como por ejemplo, aquellos relativos a la paz, a la seguridad, al cambio climático, al desarrollo sostenible, a los derechos humanos (lo cual resulta el objeto central del presente trabajo), el desarme, el terrorismo, las emergencias humanitarias y sanitarias, la igualdad de género, la gobernanza y la producción de elementos entre otros.

Uno de los aspectos más representativos de la Organización de las Naciones Unidas refiere a su organigrama, pues cuenta con muy diversos foros - tales como la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social- donde los países miembro pueden compartir sus opiniones e impresiones, facilitando el diálogo entre ellos y el acercamiento de posturas en negociaciones.

Vid. para obtener una información más detallada: https://www.un.org/es/about-un/

4. Se trata de una organización europea, comunitaria, de la que forman parte, en la actualidad, 28 países: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumanía y Suecia. Los principales instrumentos de la UE son el Tratado de Lisboa y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, donde se fijan, entre otros, los objetivos y valores a cuya consecución ha de estar orientada la labor de la Unión Europea y que, con carácter general, son lo que a continuación se detallan:

"- Promover la paz, sus valores y el bienestar de sus ciudadanos;
- Ofrecer libertad, seguridad y justifica sin fronteras interiores;
- Favorecer un desarrollo sostenible basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, una economía de mercado altamente competitiva con pleno empleo y progreso social, y la protección del medio ambiente;
- Combatir la exclusión social y la discriminación;
- Promover el progreso científico y tecnológico;
- Reforzar la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros;
- Respetar la riqueza de su diversidad cultural y lingüística;
- Establecer una unión económica y monetaria con el euro como moneda".

Para más información, consultar: https://europa.eu/european-union/index_es

humana como bien superior inviolable y base ineludible de los derechos fundamentales (entendiendo, por derechos fundamentales, aquellos consagrados en los textos internacionales de la Organización Mundial de las Naciones Unidas). En este sentido, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE protege los derechos humanos, entre ellos, el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación.

En relación al derecho de igualdad, este se configura con un contenido que preserva que todos los ciudadanos gozan de los mismos derechos ante la ley. Este derecho ostenta un papel fundamental, pues sirve de sustento a todas las políticas europeas, así como la base de la integración a nivel comunitario, afectando a todos los ámbitos[5].

Por cuanto refiere a los derechos fundamentales, destaca, entre ellos, el derecho a la no discriminación por razón de sexo, discapacidad, edad u orientación sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones.

Es precisamente en este marco de protección en el que se incardinan algunos instrumentos europeos, enfocados a la consecución de la debida preservación y protección de los derechos humanos.

En ese plano de igualdad y no discriminación, destacamos, por su contenido, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (conocido como Convenio de Estambul), de 11 de mayo de 2011.

La importancia de dicho instrumento comunitario radica en su objetivo principal: condenar y luchar contra cualquier forma de violencia contra la mujer y de violencia doméstica[6], como aspecto directamente derivado

5. A pesar de que se han producido importantes avances en este sentido, sigue habiendo importantes desigualdades (por ejemplo, a nivel laboral).

6. A nivel internacional, observamos que son muchos los instrumentos que se han redactado en términos de prevención y erradicación de las múltiples formas de violencia contra la mujer. De manera genérica, ciertamente, se ha llegado a identificar esta violencia contra la mujer con la violencia de género, restando así la denominada violencia doméstica, como nomenclatura aglutinadora de todos aquellos episodios violentos perpetrados entre familiares, independientemente de que sean hombres o mujeres. Partiendo de este primer nivel de articulación, vemos que, en casos de violencia doméstica donde la víctima sea una mujer, también estaríamos ante un caso de violencia contra la mujer. Sin embargo, en la legislación española se optado por una visión sesgada, y hasta cierto reduccionista, de la denominada violencia de género en la LO 1/2004. Piénsese, en esta dirección, que es la propia ley orgánica la que, en su preámbulo, a pesar de que reconoce que existen más ámbitos

de la igualdad formal entre hombres y mujeres, piedra de toque de la prevención de la violencia contra la mujer[7].

2. EL CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA SOBRE PREVENCIÓN Y LUCHA CONTRA LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER Y LA VIOLENCIA DOMÉSTICA DE 2011.

Ratificado por España el 18 de marzo de 2014[8], y entrando en vigor el 1 de agosto del mismo año, consta de ochenta y un artículos y un anexo[9]. De la

---

de violencia contra la mujer, cierra su ámbito de aplicación, exclusivamente, a casos de violencia en la pareja. Esto, como veremos a continuación, distorsiona, de manera ingente, la configuración jurídico-penal.

7. Nótese, al efecto, la importancia de establecer una distinción entre la igualdad formal y la igualdad material. La igualdad formal aparece consagrada en una amalgama amplia de textos normativos internacionales, comunitarios y estatales. No obstante, en la actualidad, todavía no se ha alcanzado la igualdad material, real.

8. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 94.1 de la Constitución.

9. Vid. Preámbulo del Convenio de Estambul:

"Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (STE n.º 5, 1950) y sus Protocolos, la Carta Social Europea (STE n.º 35, 1961, revisada en 1996, STE n.º 163), el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (STCE n.º 197, 2005) y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (STCE n.º 201, 2007);

Recordando las siguientes recomendaciones del Comité de Ministros a los Estados del Consejo de Europa: Recomendación Rec (2002)5 sobre la protección de las mujeres contra la violencia, Recomendación CM/Rec (2007)17 sobre normas y mecanismos de igualdad entre las mujeres y los hombres, Recomendación CM/Rec (2010)10 sobre el papel de las mujeres y de los hombres en la prevención y solución de conflictos y la consolidación de la paz, y las demás recomendaciones pertinentes.

Teniendo en cuenta el volumen creciente de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que establece normas importantes en materia de violencia contra las mujeres;

Considerando el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer («CEDCM», 1979) y su Protocolo facultativo (1999) así como la Recomendación general n.º 19 del Comité de la CEDCM sobre la violencia contra la mujer, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (1989) y sus Protocolos facultativos (2000) y la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas discapacitadas (2006);

totalidad de preceptos integrados en este texto normativo, en las siguientes líneas, centraremos la atención en aquellos que albergan aspectos jurídicos y, de manera más específica, penales.

La articulación del Convenio parte de unas premisas o hipótesis de partida de vital trascendencia, por cuanto se toma, como punto de partida, el desequilibrio real histórico existente entre hombre y mujer, fruto del cual aparece la subordinación de las mujeres respecto de los hombres, lo que se traduce en un plano de dominación y de discriminación basada en el género. Caldo de cultivo, por otra parte, para la aparición de la violencia contra la mujer, en sus más diversas manifestaciones. Como resultado de esta situación real y efectiva, la Unión Europea aspira a alcanzar una Europa sin violencia contra la mujer y sin violencia doméstica y es, precisamente, en esta lucha, en la que se incardina el Convenio de Estambul.

El Convenio de Estambul, tal y como refiere en su artículo 1, tiene por objeto:

a) Proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica;
b) Contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra la mujer y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluyendo el empoderamiento de las mujeres;
c) Concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra la mujer y la violencia doméstica;
d) Promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica;
e) Apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica".

Con todo, aun cuando el texto del Convenio extiende su ámbito de aplicación (art. 2) a todas las formas de violencia sobre la mujer, es

Considerando el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (2002);
Recordando los principios básicos del derecho humanitario internacional, y en particular el Convenio (IV) de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (1949) y sus Protocolos adicionales I y II (1977)."

necesario tener presente, como marco general de referencia, las definiciones que de "violencia contra la mujer" y "violencia doméstica" incluye el art. 3. De este modo, se define la violencia contra la mujer como "una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres", entendiendo por actos de violencia basados en el género todos aquellos que puedan implicar "daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada"[10].

La piedra angular de la redacción del Convenio en materia jurídica se ubica, principalmente, en los Capítulos IV, V y VI, relativos a "protección y apoyo"; a "derecho material"; y a "investigación, procedimientos, derecho procesal y medidas de protección" respectivamente.

En el primero de ellos, se prevén una serie de medidas que los Estados parte han de implantar – si no lo han hecho ya – en sus respectivos ordenamientos jurídicos, con el objetivo de velar por los derechos e intereses de las víctimas de violencia de género. En el caso español, concretamente, el legislador ya había dado respuesta a esta necesidad mediante la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género[11].

3. LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

En el Título Preliminar, integra un marco genérico común de referencia para el resto del articulado de la ley. Consta de dos artículos en los que se fijan el objeto de la ley (artículo 1) y los principios rectores de esta (artículo

10. Se entenderán por "violencia doméstica" todos los actos "de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hechos antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima.

11. Estructurada en cinco títulos más el preliminar, consta de 72 artículos, 20 disposiciones adicionales, 2 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única, 7 disposiciones finales y un anexo.

2). El Título I aborda medidas de sensibilización, prevención y detección en diversos ámbitos, a saber: educativo, publicitario y sanitario, trazando, para ello, directrices generales a efectos de planes de sensibilización. En el Título II se consagran los derechos de las víctimas de violencia de género, integrando, en esencia, los derechos a la información, a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita; los derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social; los derechos de las funcionarias públicas; y los derechos económicos. El Título III está dedicado a la tutela institucional de la violencia de género, confiriéndole protagonismo a la actuación de la Delegación del Gobierno en materia de violencia contra la mujer, al Observatorio Estatal de violencia contra la mujer y las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado. Por su parte, el Título IV, alberga algunos preceptos relativos a la suspensión y sustitución de las penas, así como a la protección contra las lesiones, los malos tratos, las amenazas, las coacciones, las vejaciones leves, y aspectos relativos a la administración penitenciaria, al quebrantamiento de condena y a la comisión de delitos durante el periodo de suspensión de la pena. Finalmente, el Título V se centra en la tutela judicial, recogiendo, en este sentido, diversos aspectos relativos a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, el Fiscal contra la violencia sobre la mujer, y normas procesales civiles y penales, así como medidas de protección y de seguridad de las víctimas.

Por razón de la materia que nos ocupa, ostentan especial importancia las normas integradas en los tres últimos Títulos y, muy especialmente, las del Título IV, dedicado a la tutela penal. Ello es así puesto que, si ponemos en conexión los contenidos del Convenio de Estambul, vemos que este, en sus artículos 33 a 40 (ambos inclusive) incide en la necesidad de que los Estados Parte adopten medidas en materia de violencia psicológica[12] y física[13];

12. Vid. art. 33 Convenio de Estambul: "Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de atentar gravemente contra la integridad psicológica de una persona mediante coacción o amenazas".

13. Vid. art. 35 Convenio de Estambul: "Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de cometer actos de violencia física sobre otra persona".

acoso[14] y violencia sexual[15]; matrimonios forzosos[16], mutilaciones genitales femeninas[17] y aborto forzoso[18].

Tomando como punto de partida todas estas formas de violencia contra la mujer merecedoras de reproche, conviene apuntar que, en el ordenamiento jurídico interno español, todas las conductas asociadas a estas manifestaciones violentas albergan reproche penal en el Código Penal Español de 1995. No obstante, conviene introducir un matiz. Dado que la ya mencionada LO 1/2004 únicamente define como violencia de género la violencia perpetrada en el seno de la relación sentimental (actual o cesada) en la que un hombre (necesariamente) ha de ser sujeto activo de la conducta típica (agresor) y una mujer la víctima, no podemos hablar de identidad entre la conceptualización de la violencia contra la mujer y la violencia de género. Ello es así porque, a estos efectos, el Código Penal únicamente prevé un endurecimiento de la respuesta punitiva a ciertas conductas descritas en la LO 1/2004, es decir, en el sistema penal español, la respuesta penal agravada da respuesta a formas de violencia en la pareja. Por tanto, en este sentido, la LO 1/2004 alberga una visión ciertamente reduccionista, que únicamente brinda protección a un sector de violencia contra la mujer: la violencia relacional íntima (respetando, necesariamente, el binomio hombre (agresor)- mujer (víctima))[19].

14. Vid. art. 34 Convenio de Estambul: "Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de adoptar, en varias ocasiones, un comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a ésta a temer por su seguridad".

15. Cfr. art. 36 Convenio de Estambul sobre violencia sexual.

Sobre acoso sexual, vid. art. 40 Convenio de Estambul: "Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que toda forma de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, sea castigado con sanciones penales u otro tipo de sanciones legales".

16. Cfr. art. 37 Convenio de Estambul.

17. Cfr. art. 38 Convenio de Estambul.

18. Cfr. art. 39 Convenio de Estambul.

19. Vid. art. 43 Convenio de Estambul, donde, en relación a la sanción de los delitos penales, se apunta que "los delitos previstos en el presente Convenio se sancionaran con independencia de la relación existente entre la víctima y el autor del delito". En efecto, como ya se apuntó, todos esos delitos descritos en el articulado del Convenio son objeto de reproche

En relación al contenido de la LO 1/2004, tal y como se referenció con anterioridad, el legislador español previó, en el Título IV de este cuerpo legal, la agravación, el endurecimiento de la respuesta penal a ciertas conductas típicas, procurando, con ello, conferir mayor protección a determinadas situaciones. Se trata, concretamente, de los delitos de lesiones, malos tratos, amenazas, coacciones y vejaciones leves.

4. CONCLUSIONES

El Convenio de Estambul ha tenido un gran impacto y trascendencia en las legislaciones nacionales de los distintos Estados Miembro de la Unión Europea. Ello es así, precisamente, porque el texto de este Convenio ha servido como marco común de referencia, con el fin de lograr trazar unas directrices generales y básicas de actuación, comunes a todos estos países.

En el caso de España, con buen criterio ha de señalarse que, a raíz de la ratificación de dicho Convenio el legislador no tiene la imperiosa necesidad de introducir cambios sustanciales, precisamente, por contar ya, en la legislación, con un texto legal como el de la LO 1/2004 que, si bien es cierto que, en muchos aspectos resulta, de todo punto cuestionable, da respuesta (con mayor o menor acierto) a un amplio número de las cuestiones centrales del Convenio de Estambul. Por tanto, es posible afirmar que dicha LO 1/2004 da buena cobertura al Estado Español en lo que refiere a los contenidos del Convenio de Estambul.

Todo ello, por supuesto, claro está, sin entrar en cuestiones más específicas, como por ejemplo la concreción de la figura de la víctima, a raíz de la Ley 4/2015, de 27 de abril, resultado de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección

penal en el sistema penal español. El Convenio obliga a esa reacción penal. No obstante, del tenor del precepto no se puede extraer que la sanción penal haya de ser, necesariamente, idéntica, con independencia de la relación que exista entre los sujetos. De ahí que, el hecho de que el legislador español haya optado por conferir una mayor protección a ciertos delitos cuando estos sean cometidos en el seno de una relación de pareja no contraviene el tenor de la disposición comentada.

de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo.

BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ SALDAÑA, M. M., "Capítulo 16. Convenio de Estambul. Violencia de género y trata de mujeres.", en MEGÍAS BLAS, A.; FERRE JAÉN, E.; FERRANDO GARCÍA, F. M.; BAS PEÑA, E. (dirs.), *La trata de seres humanos: protección de las víctimas,* Laborum, Murcia, 2018, pp. 299- 312.

GARCÍA SEDANO, T., "El Convenio de Estambul. Desafíos en su aplicación por el Reino de España", *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario,* nº 127, 2017.

GIL RUIZ, J. M. (ed.), *El Convenio de Estambul como marcho de derecho antisubordiscriminatorio, Dykinson*, Madrid, 2018.

LLORIA GARCÍA, P., "La prevención de la violencia de género en la Unión Europea: El convenio de Estambul", en CERVERA VALTERRA, M., *La encrucijada de Europa: luces y sombras para un futuro común,* Universitat de Valencia, Valencia, 2015, pp. 89-94.

LOUSADA AROCHENA, J. F., "Capítulo III. El acoso sexual en el Convenio de Estambul y su transposición interna: el pacto de estado en materia de violencia de género", en GIL RUIZ, J. M. (ed.), *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubdiscriminatorio,* Dykinson, Madrid, 2018, pp. 71- 100.

MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M. I., en GÓMEZ RIVERO, C. (coord.), *Nociones Fundamentales de derecho penal. Parte general*, Tecnos, Madrid.

MERCADO CARMONA, C., "La erradicación de la violencia contra la mujer "por tratado": un análisis comparado del Convenio de Estambul y de la Convención de Belém do Pará", *Revista europea de derechos fundamentales*, nº 30, 2017, pp. 213- 239.

MESTRE i MESTRE, R. M., "Las MGF como una forma cultural de violencia contra las mujeres en el Convenio de Estambul", *Revista europea de derechos fundamentales,* nº 29, 2017, pp. 205-219.

RUIZ SUTIL, C., "Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II Bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores", *Cuadernos de derecho transnacional,* vol. 10, nº 2, 2018, pp. 615-641.

VENTURA FRANCH, A., "El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género: El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica", *Revista de derecho político*, nº 97, 2016, pp. 179- 208.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: REFLEXOS DA RESOLUÇÃO 181.2017 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

MÁRIO CESAR DA SILVA CONSERVA

1. INTRODUÇÃO

A persecução penal representa a junção dos procedimentos administrativo e judicial que garantem ao Estado a possibilidade de atribuir determinada penalização ao indivíduo que tenha cometido ato ilícito capaz de lesionar bem juridicamente tutelado. A *persecutio criminis* deve, como qualquer outro procedimento ou processo, estar lastreada nos ditames constitucionais e regulamentada em normativas infraconstitucionais atinentes a matéria. O trabalho abordará se o Ministério Público enquanto legitimado à propositura de persecução penal possui extensivas prerrogativas para a tomada de decisão unilateral quanto à instrumentalização da imputação penal e se goza de autonomia para a pactuação de cláusulas punitivas extrajudiciais alheias à análise do Poder Judiciário e do regular processo de construção de convencimento quanto à culpabilidade.

O Ministério Público possui a titularidade para a propositura da ação penal pública diante da previsão constitucional de sua legitimidade para a defesa da ordem jurídica e o exercício da pretensão punitiva estatal, ocupa o polo ativo da demanda judicial que objetiva a imputação penal a um indivíduo sob a observância de direitos fundamentais incorporados ao rol pétreo da Constituição Federal.

O dever legal de agir diante de um conjunto probatório que indique a ocorrência de prática delitiva consubstancia-se como resposta estatal à

atuação transgressora do indivíduo em ofensa ao bem-estar social e, nesse sentido, o arcabouço normativo vigente urge como aparelho de constituição de regras pré-definidas e propostas por órgão competente para a edição da legislação, sendo este dotado de poder político que ratifica a soberania popular por meio da representação.

A Constituição Federal ocupa o pico da escala hierárquica normativa nacional, todos os instrumentos normativos devem guardar compatibilidade com a Carta Magna e dela extrair fundamentação para sua edição. Nesse espectro as regras processuais e penais devem sua validade ao atendimento do processo legislativo constitucional, evitando unilateralidades e devaneios institucionais que visem agrupar conveniências funcionais em dissonância o que foi estabelecido pelo legítimo poder político representativo do povo brasileiro.

A instituição de direitos fundamentais acarreta a vinculação da atuação estatal à sua observância ao mesmo modo que urge como instrumento indisponível ao próprio indivíduo, na seara penal a aplicação de sanção deriva fundamentalmente do respeito ao alcance de juízo condenatório por meio de um devido processo legal garantidor do exercício da ampla defesa e contraditório, não havendo, pelo menos por ora, a assunção automática derivada de imputação penal ou negociação da culpabilidade.

Nesse mister, o presente trabalho será elaborado com vistas a tecer fundamentos contrários à validade da Resolução 181 de 2017 editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, bem como, a inclusão do instituto da não persecução penal em nosso ordenamento jurídico ante a incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito. A utilização de diversos posicionamentos doutrinários e interpretações da legislação serão utilizados como base para a presente pesquisa ao passo que a Jurisprudência atinente ao presente caso terá ímpar importância ao reproduzir as análises já existentes sobre o tema.

2. BREVE SÍNTESE ACERCA DA HIERARQUIZAÇÃO NORMATIVA NO BRASIL

O Estado de Direito consolida-se como vigente a partir da edição de uma Constituição Federal escrita e formadora de uma hierarquia que vincula ao conjunto legal já existente ou ulterior a subordinação aos seus preceitos, tem seu nascedouro com o Poder Constituinte originário que advém de uma construção social que estabelece o início de uma ordem normativa, Sarlet (2017, p. 101) leciona:

> O processo constituinte (de fundação de uma nova ordem constitucional) é portanto, sempre – e de certa forma – um novo começo, visto que não se encontra na dependência, pelo menos não no sentido jurídico-formal, no plano de uma hierarquia normativa, das regras constitucionais anteriores, ou mesmo de outra fonte normativa superior e externa, razão pelo qual à expressão poder constituinte se costuma agregar o qualificativo originário.

A Doutrina bem explicita que o Poder Constituinte inaugura uma nova ordem constitucional soberana e vinculativa, submetendo a legislação já existente à análise de compatibilidade que, em caso positivo, vigorará com novo fundamento sob o espectro da recepção material da regra, como dispõe Novelino (2014, p.74):

> A revogação de uma Constituição faz com que todas as demais normas do ordenamento jurídico percam seu fundamento de validade e, portanto, sua vigência. Com o objetivo de dar continuidade às relações sociais, tendo em vista a impossibilidade fática de nova regulação imediata de todas as hipóteses indispensáveis, as normas infraconstitucionais, cujo conteúdo seja compatível com o da nova Constituição, são recepcionadas por ela (novação legislativa), adquirindo um novo fundamento de validade.

A necessidade de compatibilidade das normas infraconstitucionais deriva da subordinação das mesmas ao texto constitucional que urge como instrumento instituidor da nova ordem normativa do Estado. Dito isso cumpre destacar que a própria Constituição Federal encampa competências legislativas distintas aos entes federados, a exemplo da União, que a Carta Magna reserva a privativa atividade legiferante sobre as seguintes matérias:

> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...]

Da determinação constitucional absorve-se que a produção legislativa apta a surtir efeitos no plano jurídico deve atender ao devido processo legislativo, previamente disposto, sob pena de ter decretada sua inconstitucionalidade formal com base na teoria Kelseniana que estatui que a normativa ordinária deve encontrar lastro na disposição superior, nesse sentido explica Novelino(2014):

> [...] no sistema de "supra-infra-ordenação" proposto por KELSEN, a norma superior regula a forma de produção da norma inferior, sendo que esta só será válida quando elaborada da maneira determinada por aquela, que é o seu fundamento imediato de validade".

A conjunção entre a competência legiferante e a necessidade de observância às formalidades entabuladas na Constituição Federal, em seus artigos 59 e seguintes quanto ao processo ao processo legislativo, representa indiscutível resultado da observância ao princípio da Legalidade. A primazia do exercício de edição de norma é atribuída ao Poder Legislativo que não detém a exclusividade, como explica Moraes (2017, p.677)

> A primazia do processo legiferante foi constitucionalmente concedida ao Poder Legislativo, que, porém, não detém o monopólio da função normativa, em virtude da existência de outras fontes normativas

> primárias, tanto no Executivo (medidas provisórias, decreto autônomos), quanto no Judiciário (regimento interno dos Tribunais e poder normativo primário do Conselho Nacional de Justiça). O respeito ao devido processo legislativo na elaboração das espécies normativas é um dogma corolário à observância do principio da legalidade, consagrado constitucionalmente, uma vez que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de espécie normativa devidamente elaborada pelo Poder competente, segundo as normas de processo legislativo constitucional, determinando, dessa forma, a Carta Magna, quais os órgãos e quais os procedimentos de criação das normas gerais, que determinam [...].

A normatização subsidiária alheia ao processo legislativo tem natureza regulamentadora e surge da necessidade de modelar a atuação estatal diante das especificidades da circunstância prevista em lei. As Resoluções, em linhas gerais, são expedidas com o fito de disciplinar matéria de competência específica da autoridade executora, na lógica piramidal da hierarquização normativa nacional ocupariam a base da estrutura jurídica devendo estrita vinculação ao entabulado na Constituição Federal e legislação infraconstitucional, Moraes (2017) defende que:

> [...] o desrespeito às normas de processo legislativo constitucionalmente previstas acarretará a inconstitucionalidade formal da lei ou ato normativo produzido, possibilitando pleno controle repressivo de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário.

A solidificada teoria da hierarquização normativa representa à organização legal do Estado, nesse sentido a confecção das normas que vincularão os jurisdicionados deve atender à instituição de competências dos entes pela Constituição Federal, garantindo a segurança jurídica. A tripartição dos poderes e a existência do Ministério Público como instituição essencial serão tratadas no tópico seguinte.

3. TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E O MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição Federal introduz na ordem social uma estrutura institucional com entes independentes e harmônicos entre si, atribuindo a cada um destes, prerrogativas específicas. A separação dos poderes em corrente tripartite foi adotada pelo Constituinte Originário maximizando a definição do exercício de Poder no Estado de Direito brasileiro, nesse sentido faz-se salutar o ensinamento de Canotilho e Moreira (1991, p.71)

> "Um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade constitucional (*Verfassungstreue*, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado (*statesmanship*)".

O posicionamento doutrinário traz relevante aspecto da tripartição do poder que ascende como ferramenta de estabilidade institucional, é certo que a Constituição Federal[1] reconhece como estrutura do Estado de Direito os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e institui órgãos autônomos e independentes funcionalmente que são essenciais à ordem social, por exemplo, o Ministério Público.

O reconhecimento do Ministério Público na Carta Magna não vincula a existência de potencialidades excepcionais por este órgão visto que o texto constitucional destina apenas à corrente tripartite a institucionalização

1. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (Constituição Federal, 1988)

do Poder, que é uno, porém rateado entre os demais entes que produzem a rotina do *checks and balances*[2], nesse diapasão cumpre ressaltar que não representa o *parquet* um quarto poder instituído por visceral ausência de previsão constitucional.

As competências dos Poderes instituídos são bem delineadas, inexistem espaços para interpretações quanto à existência de um poder moderador, tal qual no período imperial[3], as funções relativas à produção legiferante no âmbito originário correspondem ao Poder Legislativo enquanto o Executivo desempenha a gestão das políticas públicas e o Poder Judiciário, por sua vez, encampa a atividade jurisdicional no julgamento diante da existência de normativas sob o referencial de adequação do fato à norma.

As funções de natureza constitucional alçadas à corrente tripartite de modo originário – ora explicitadas – são reconhecidas como funcionalidades típicas que, nas palavras de Saleme (2011, p.70) representam àquelas "*prescritas na constituição, são elas que emprestam o nome ao Poder"* sendo preponderantes, não exclusivas, visto que todos os Poderes exercitam as funções de edição normativa, gestão administrativa e julgamento. Ainda segundo Saleme (2011)

> A tipicidade se encontra pela simples preponderância de uma função sobre as demais. Por exemplo, o Poder Legislativo tem a função principal de elaborar o regramento jurídico do Estado – é sua função típica –, mas também pode julgar seus servidores e o próprio chefe do executivo, exemplos de exercício de atividades típicas do Judiciário, podendo, ainda, julgar seus pares, assim como a edição de decretos autônomos pelo chefe do Executivo é uma função atípica do Poder Legislativo.

2. O *checks and balances* (freios e contrapesos) representam um sistema incluso à teoria tripartite que visa instituir harmonia entre os poderes constituídos no sentido de unificar o exercício do Poder Político do Estado, funciona diante da limitação de atuação de um ente em detrimento de outro, evitando assim unilateralidades e descompassos nas respectivas competências.

3. A carta imperial de 1824 instituía em seu artigo 10º a existência de um quarto poder moderador, constituído pelo exercício do poder da monarquia diante dos recentes traços republicanos sob a justificativa da necessidade da manutenção da harmonia entre os poderes constituintes do Estado. Posteriormente, dados os avanços civilizatórios e a consciência de um Estado de Direito representativo, tal conceito foi substituído pelos *checks and balances.*

O relevante ensinamento consigna acertada conclusão quanto o raio de atuação dos poderes de maneira atípica, sobretudo no que atine a observância à harmonia, visto que a autonomia administrativa dos entes impede a subordinação, contudo cumpre frisar que por se tratar de atividade atípica, ou seja, subsidiária, os poderes não podem usurpar as competências originárias dos demais, salvo quando expressamente disposto no diploma constitucional.

Não obstante, a própria Constituição Federal impede a mitigação da independência entre os Poderes e embasa a crítica ao ativismo plúrimo destes, por se tratar de carta analítica[4] ela mesma regulamenta as exceções, como no caso da possibilidade de impetração de Mandado de Injunção, no qual o Poder Judiciário mediante análise própria declara omissão da atividade legiferante e define, sob o manto da previsão constitucional[5], a possibilidade de uma resolução provisória do fato jurídico.

Na ordem constitucional o Ministério Público é "*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado*" e tem garantido pelo constituinte originário função atípica, qual seja, a organização e fiscalização funcional dos seus componentes. O artigo 130-A da Constituição Federal prevê a possibilidade da atividade legislativa do Ministério Público, porém limitada a expedição de normas regulamentares para a categoria, como já indicado, não cumpre ao *parquet* o exercício do poder político representativo.

O seguinte tópico explanará quais as atribuições funcionais do Ministério Público e seu dever legal perante o ordenamento jurídico pátrio com enfoque na obrigatoriedade da ação penal.

---

4. A Constituição é dita analítica quando empreende em seu texto normatização que extrapola conceitos materiais do Estado de Direito e impulsiona uma previsão extensiva de assuntos amplos dos subordinados, SALEME advoga considera como matérias essencialmente constitucionais aquelas relativas a "*a forma e o sistema de governo, o tipo de Estado, os direitos e garantias fundamentais, a nacionalidade e a cidadania, as formas de aquisição e exercício do poder, a tripartição das funções estatais e o rol de atribuição dos órgãos estatais.*"

5. A previsão constitucional no Estado de Direito Brasileiro constitui-se como condição *sine qua non* de fundamentação da atividade jurisdicional visto que, dada a hierarquização normativa, a carta constitucional ocupa o pico da estrutura piramidal e toda atuação estatal deve vinculação a esta.

4. ATRIBUIÇÕES FUNCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A RESOLUÇÃO 181.2017 DO CNMP

O Ministério Público tem suas funções estabelecidas pela Constituição Federal e em conceituação literária representa o órgão acusador na triangulação processual penal e essencial à ordem jurídica, ao regime democrático e à tutela dos direitos sociais e individuais indisponíveis, conforme o artigo 127 da Carta Magna.

A autonomia funcional e administrativa definida ao órgão ministerial garante a possibilidade de exercício das prerrogativas dos seus componentes como também a competência legislativa para definição de orçamento e organização interna, o §2º do artigo 127 da Constituição Federal assim dispõe:

> Art. 127 [...] § 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.
> § 3º O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

A previsão constitucional além de estabelecer a autonomia do Ministério Público indica a necessidade de edição de legislação complementar para a garantia de sua atuação, nesse sentido convém frisar que o artigo 22, IV da Lei Complementar 75 de 1993 prevê o exercício de *"atos próprios de gestão"*, cabendo-lhe, portanto, a organização da atuação do seu corpo funcional.

Nesse diapasão surge o órgão máximo administrativo do órgão, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que representa a instância consultiva, corregedora e normativa do *Parquet* por força de disposição constitucional advinda da emenda constitucional 45 de 2004, também conhecida como "Reforma do Judiciário".

Posto isso, dissipando quaisquer ideias contrárias à essencialidade da existência do Ministério Público e a importância de sua atuação autônoma, cabível frisar a edição da Resolução 181 do supracitado conselho superior que, entre outras, institui normas relativas à instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo daquele órgão.

Cumpre destacar que a citada resolução surge no cenário posterior à decisão do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de instauração de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público. O Pleno da Corte Suprema no julgamento do Recurso Extraordinário de número 593727 de 2015 decidiu que havia legitimidade do órgão acusador para instaurar de ofício investigação criminal, sem a participação da autoridade policial.

O Código de Processo Penal define a autoridade policial como titular do Inquérito que, em suma, representa o procedimento extrajudicial capaz de constituir elementos indiciários de prática delituosa, assim dispõe o artigo 4º do supracitado diploma processual.

> Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.
> Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

A excepcionalidade do parágrafo único visa tutelar a possibilidade de atuação de autoridades que tenham por força de lei a legitimidade de abertura de procedimento inquisitorial, como por exemplo, as Comissões Parlamentares de Inquérito.

A decisão do Supremo Tribunal Federal representa, ao dissabor da teoria Kelseniana, verdadeira inovação legislativa por meio de posicionamento jurisprudencial, visto que dada a inexistência de previsão legal quanto à legitimidade do Ministério Público em instaurar investigações criminais, assim ficou definido.

Nesse sentido visando à uniformização de atuação dos Promotores e

Procuradores, o Conselho Nacional do órgão definiu os moldes a serem seguidos na atuação funcional, porém tal qual um reflexo do ativismo judicial outrora exercitado pelo Supremo Tribunal, a normativa interna inovou em sua literalidade. A resolução 181 ao definir o que se convencionou chamar de "acordo de não-persecução penal" usurpa competência legislativa da União e impõe ao sistema legal total insegurança jurídica.

O artigo 18 da resolução 181 do CNMP assim dispõe:

> Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: [...].

A Legislação vigente sequer ventila medida sinônima ao acordo de não-persecução, tecnicamente é possível se afirmar que não há "direito de ação" por parte do Ministério Público e sim dever de agir, este fundamentado no princípio da Legalidade e consubstanciado pela legislação penal que impõe a propositura da ação quando da existência de notícia crime fundamentada.

O Código de Processo Penal dispõe que mesmo diante da resistência do órgão do Ministério Público ao oferecimento da denúncia poderá o juiz, diante da improcedência das razões suscitadas, remeter os autos para o Procurador Geral de Justiça para que ele o faça (artigo 28), da acepção normativa depreende-se que apenas após o crivo do Judiciário se é possível arquivar autos que impliquem a ocorrência de prática delituosa.

A Resolução 181 inova ao instituir conduta persecutória carente de previsão legal ou constitucional ao passo que inaugura a prática negocial da culpabilidade no sistema legal nacional, invadindo competência legislativa e incorporando ao processo penal conduta tipicamente incompatível com o ordenamento jurídico, nesse ponto cumpre destacar que o acordo de não-persecução baseia-se na teoria anglo-saxã nos institutos jurídicos do "*plead guilty*" e "*plea bargaing*" que consistem fundamentalmente em

permissões jurídicas à práticas negociais no âmbito da persecução penal.

O tópico seguinte abordará mais profundamente a incompatibilidade do direito penal acordado e as disposições constitucionais vigentes.

5. CARACTERÍSITCAS GERAIS DO *"PLEA GUILTY"* E *"PLEA BARGAING"*

O "plea guilty" e "plea bargaing" são expressões em inglês que referem-se à modalidade de propulsão dos procedimentos inquisitoriais em determinados ordenamentos jurídicos, em tradução literal significam "declarar-se culpado" e "negociação de confissão", reprodutoras do múnus do sistemas legais penais de matriz Common Law.

Os aparelhos acusatórios nos sistemas legais que adotam as práticas inerentes a estes dois conceitos possuem, por força normativa, atribuições funcionais para a formalização de acordos quanto à culpabilidade diante de determinados eventos com matéria indiciária sobre o cometimento de crimes. O Departamento de Justiça norte-americano define o acordo de não-persecução penal como uma ferramenta que privilegia a economicidade ao evitar um processo penal diante da confissão do indivíduo, em sua página oficial o referido departamento dispõe que "*quando o Governo tem um caso forte, o Governo pode oferecer ao réu um acordo judicial para evitar o julgamento e talvez reduzir sua exposição a uma sentença mais longa*".

Alguns teóricos defendem a utilização de ferramentas garantidoras da não-persecução penal em nosso ordenamento jurídico, SANCHES e SOUZA (2018) defendem que "*o uso corriqueiro da justiça negociada e dos acordos penais demonstrou que este instituto é útil para determinados tipos de infrações e, principalmente, apto a evitar o colapso do sistema de Justiça*" e defendem o entendimento de que ao Ministério Público é lícito o protagonismo de definição de políticas criminais:

> Ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal, é franqueado inegável protagonismo de agente político definidor de políticas criminais, notadamente na fase inquisitorial, sendo que o recorte efetuado

pela resolução é absolutamente legítimo, sobretudo se considerarmos o ciclo restrito de infrações que serão por ele alcançadas.

A defesa das práticas negociais relativas à culpabilidade cinge-se à suposta redução sistêmica dos processos judiciais na esfera criminal, definindo extensivas prerrogativas ao órgão acusatório para a possibilidade de pactuação de cláusulas penais diretamente com o acusado e com apenas a participação homologatória do Judiciário.

6. DIREITO PENAL ACORDADO E SUA COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A persecução penal no Estado brasileiro ancora-se no princípio da obrigatoriedade que não faculta ao aparelho estatal a atuação jurisdicional repressora, indica que *"ocorrida a infração penal, ensejadora de ação penal pública incondicionada, deve a autoridade policial investigá-la e, em seguida, havendo elementos, é obrigatório que o promotor apresente denúncia*" (NUCCI, 2008, p. 47-48).

O princípio supracitado deriva fundamentalmente da necessidade de coibição da autotutela resultante de ofensas a bens privados tutelados, impõe que devido à existência do Estado e sua função de pacificação social o mesmo tem a incumbência do exercício obrigatório da tutela repressiva.

A atuação repressiva penal do Estado tem como titular o Ministério Público que precisa vincular-se às disposições claras quanto à deflagração da persecução penal, a resolução 181 do CNMP funda ferramenta processual de natureza negocial na qual, após a confissão expressa e detalhada dos fatos e o aceite das condições impostas pelo Ministério Público ao suspeito, extrai-se uma isenção processual, totalmente desvencilhada do devido processo legal.

A acepção literal da normativa interna em questão assemelha-se à atuação dos órgãos equiparados em países de matriz jurídica anglo-saxã, porém a natureza do sistema legal nacional impede que o indivíduo possa dispor de direitos fundamentais em negociação extrajudicial alheia ao

devido processo legal e exercício da ampla defesa e contraditório, tal afirmação deriva da análise sistemática dos direitos fundamentais instituídos na Constituição Federal, que assim dispõem

> Art. 5º [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

A análise, mesmo que superficial, dos direitos fundamentais encampados pela Carta Magna demonstra que resta instituída na atuação estatal a observância ao princípio da Legalidade onde ninguém será compelido senão pela Lei, frise-se, em sentido formal, derivada do devido processo Legislativo o que, no caso em tela, não representa a Resolução 181 do CNMP. De outro lado, o devido processo legal consubstancia-se pela possibilidade do exercício da ampla defesa e contraditório em rito presidido pelo Poder Judiciário, a proposição de um acordo extrajudicial de assunção de culpabilidade entre o *parquet* e o suspeito fere a garantia processual do indivíduo que encontra-se em posição totalmente desproporcional para defesa de sua liberdade.

Os institutos jurídicos do "*plea guilty*" e "*plea bargaining*" merecem especial atenção porque representam o norte conceitual do acordo de não-persecução penal e são ferramentas processuais naturais do sistema commow law, não adotado em nosso ordenamento. Sobre o tema Messite (2010) explica:

> A negociação judicial (plea bargaining) é um procedimento dentro de um sistema de justiça criminal em que os promotores e os réus negociam um pedido e descartam um caso antes do julgamento. Existe para servir o interesse da economia judiciária, embora seja frequentemente criticado, garante a cooperação dos meliantes como testemunhas em

> outros processos criminais em troca de uma "barganha" quanto a acusações criminais contra si mesmos. (tradução do autor)

O exercício de uma negociação extrajudicial acerca da culpabilidade não encontra fundamento positivo na Constituição Federal, visto que o que se entende por devido processo legal desenvolve-se em na instrumentalização de um procedimento garantidor da ampla defesa e contraditório, na pura resistência à imputação estatal ora ventilada.

O Ministério Público tem suas atribuições funcionais definidas pela Constituição Federal e suas prerrogativas não são extensivas ao ponto de se decidir de maneira discricionária quanto à impulsão da persecução penal diante de elementos sólidos de prática delituosa. Destarte, põe-se como infrutífera a competência legislativa interna para alteração do *status* funcional do órgão, o próximo tópico enfrentará a ausência de previsão legal para a não persecução penal.

7. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O princípio da Legalidade, hegemônico em nosso ordenamento, pode ser definido como base para a vinculação do indivíduo ao Estado, tem sua principal matriz no dizer constitucional que define o arbítrio do cidadão, salvo quando da existência de norma coibitiva ou limitadora.

A estrita atividade estatal deve vincular-se à previsão legal que a sustenta que, por sua vez, encontra fundamento nos preceitos constitucionais do Estado de Direito. A previsão legal surge do movimento legislativo legitimado no qual institui regramento ao ordenamento vigente por meio de processo previamente definido, salutar tal afirmação, pois inibe o equivocado raciocínio de surgimento abstrato, deve-se entendê-la como resultado do desenvolvimento democrático ativo, a mais pura consecução popular, o atendimento positivado dos anseios do povo.

Destarte a teoria Kelseniana basilar ao Estado de Direito Brasileiro institui a hierarquia normativa, como já explicitado, dispondo a cada

espécie de norma sua função executiva no arcabouço legislado. A Resolução 181 do CNMP representa norma de função executiva interna, direcionada ao específico exercício funcional dos componentes do Ministério Público e nesse diapasão deve observar as previsões legais vigentes.

Sobre a natureza jurídica gerencial da Resolução faz-se salutar entendimento de Meirelles (2007, P.183,184)

> As resoluções, normativas ou individuais, são sempre atos inferiores ao regulamento e ao regimento, não podendo inová-los ou contrariá-los, mas unicamente complementá-los e explicá-los. Seus efeitos podem ser internos ou externos, conforme o campo de atuação da norma ou os destinatários da providência concreta.

O esclarecimento doutrinário ascende à cristalina função do instrumento normativo interno e sua limitação, qual seja, vinculação às normas hierarquicamente superiores. Nesse sentido cumpre esclarecer que não há em matéria processual previsão quanto à negociação extrajudicial de culpa, porém no intuito de precaver o intérprete desatento, faz-se relevante a citação à transação judicial constante na Lei 9.099 no âmbito dos Juizados Especiais Criminais ou a colaboração premiada na lei 12.850 no âmbito das organizações criminosas.

A transação judicial e a colaboração premiada são instrumentos do nosso ordenamento compatíveis com a possibilidade de negociação no processo penal, porém possuem constrangedoras diferenças, quais sejam, são frutos do devido processo legislativo no Congresso Nacional e assim revestidos de legitimidade e validade executória e, não menos importantes, são implementadas sob a supervisão e homologação do Poder Judiciário.

O acordo de não persecução penal instituído na Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público resta prejudicado formalmente apresenta grave inconstitucionalidade por vício de iniciativa e por desrespeito ao devido processo legislativo, pois se trata de norma produzida unilateralmente por órgão sem competência legislativa.

A Resolução em apreço ao instituir o acordo de não-persecução penal não apenas almeja a prática negocial da culpabilidade em seara extrajudicial

como também institui penas a serem aceitas pelo suspeito antes mesmo do exercício de sua ampla defesa e contraditório

> Art. 18[...] I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos arts. 91 e 92 do Código Penal; III – comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou email; IV – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público. V – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito. VI – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

A ausência de previsão legal que preveja o acordo de não persecução penal o faz formal e materialmente inaplicável ao ordenamento jurídico vigente, como exaustivamente apresentado, porém muito mais do que rejeição técnica cumpre destacar que tal acordo representa ferramenta falível ao seu fim, na breve análise do Direito comparado a seguir será possível a percepção da inutilidade do supracitado acordo e sua natureza de subterfúgio.

8. A ANTIDEMOCRÁTICA "CONTRATUALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL" E A NECESSIDADE DE UM SISTEMA JUDICIAL EFICAZ

O Estado Democrático de Direito tem nos avanços civilizatórios sua base para a progressividade dos direitos individuais e efetividade de suas

garantias, principalmente a existência das limitações da imposição estatal em detrimento da posição do indivíduo. A celeridade dos processos judiciais representa um objetivo do Estado Democrático, tendo como base o princípio da Eficiência encampado pela Carta Magna, mas tal busca não pode servir de subterfúgio para desvirtuamentos democráticos.

A Resolução 181 tem como linhas inaugurais a consideração de que "*processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais"*(preâmbulo) representa fundamentação idônea à sua literalidade normativa. Deveras mostram-se urgentes medidas que visem impor uma celeridade aos trâmites judiciais, porém não devem ocorrer em detrimento das bases organizacionais do Estado de Direito.

O Direito Penal tem como fundamento o *in dubio pro reo,* não por preferência do Legislador ao criminoso, mas por privilégio à tutela cautelar de abusos estatais, nesse sentido não se pode considerar a existência de recursos ou meios de defesa como a razão da morosidade judicial, não no Estado Democrático de Direito. A Democracia tem como pilar de sua estrutura a possibilidade do livre exercício de defesa da sua liberdade e a existência de garantias que proporcionem ao cidadão a sensação e a instrumentalização de mecanismos que inibam a hegemonia da ação coativa.

Destarte, práticas negociais no âmbito da culpabilidade já são utilizados em outros países, como por exemplo, nos Estados Unidos da América, país de matriz jurídica anglo-saxã que institui extensivas prerrogativas ao órgão acusador, havendo inclusive flexibilização quanto aos fatos imputados, nesse sentido Maynard (1984, p.21) em estudos iniciais quanto à aplicação da "barganha" penal nos EUA lecionava

> A barganha é uma atividade interna porque é executada apenas pelos profissionais de maneira burocrática [...] em alguns casos, o juiz que julga os pedidos dos réus sobre negociação de culpa. Mas outros são claramente subordinados às negociações ritual e ecologicamente protegidas contra intrusões. (tradução nossa).

A relevante conceituação impõe a natureza desvencilhada de tal instrumento processual do nosso ordenamento constitucional, a imposição de um acordo pré-processual desincumbido de observância ao exercício da ampla defesa e contraditório ascende o desvencilhamento da prática com a estrutura basilar do Estado de Direito brasileiro.

A alavancagem de sistemas burocráticos que visam à celeridade processual em detrimento de direitos fundamentais do indivíduo macula a percepção do senso de Justiça e consequentemente expõe o Estado Democrático a uma ruptura, ao passo que destina ao aparelho estatal poderes deveras excessivos frente à liberdade individual.

A Doutrina reforça o entendimento quando afirma que "*na negociação de culpa, obviamente, um tópico central é "o que deve ser feito" com os réus*" (Maynard, p.22), encampa ao processo judicial a discricionariedade dos atores, quando tal possibilidade resta inconveniente aos moldes democráticos. A disposição de capacidade funcional ao Ministério Público suficiente à imposição de penas, acordos de não-persecução e isenção penal em rito extrajudicial que dispense o atendimento aos direitos fundamentais do indivíduo representa noda inapagável nos avanços civilizatórios. Tal qual no absolutismo, individualiza-se o poder de condenar e não condenar nas estruturas administrativas ministeriais.

A literalidade normativa da Resolução 181 do CNMP visa garantir ao órgão acusador o acúmulo da função julgadora, visto que haveria a previsão de imposição de sanções ao acusado de forma extrajudicial, o que demonstra-se expressivamente incompatível com o Estado de Direito.

9. CONCLUSÃO

Com o exposto neste artigo, urge clarividente a inconstitucionalidade da Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público ao passo que inexiste competência Legislativa ao órgão supracitado e restou desrespeitado o devido processo legislativo instituído na Constituição Federal de 1988.

A própria Carta da República dispõe que deverá haver submissão ao princípio da Legalidade em todos os atos coativos praticados, nesse

diapasão cumpre destacar que a ausência de previsão legal dos termos da Resolução em apreço impede a sua validade, afinal o tipo normativo existe para regulamentar aquilo que já possui previsão no ordenamento jurídico vigente.

De outro lado, o acordo de não-persecução penal instituído pela norma viciada impacta diretamente os ditames constitucionais vigentes e as regras processuais atinentes, ao passo que visa suprimir direitos fundamentais e cercear o exercício da ampla defesa e contraditório na análise concreta do cometimento de ilícito penal. Ademais, o Ministério Público não possui prerrogativas extensivas à negociação extrajudicial da culpabilidade, o processo judicial garantidor do exercício da plena defesa visa possibilitar ao indivíduo a tutela da sua liberdade.

Por fim, depreende-se da análise sistemática ora aduzida que se apresenta incompatível com o próprio Estado Democrático de Direito a unificação da acusação e julgamento no mesmo órgão, qual seja, o Ministério Público, vê-se como medida imprescindível à normalidade democrática e estabilidade jurídica o expurgo da Resolução 181 do CNMP do ordenamento jurídico, por ato da mais plena e vigorosa Justiça.

10. REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. **COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DO BRASIL**. São Paulo: Saraiva/Almedi- na, 2013.

Conselho Nacional do Ministério Público. **RESOLUÇÃO 181/2017**. Brasil. Disponível em http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf. Acesso em: 01 de Novembro de 2018.

DEPARTAMENT OF JUSTICE THE UNITED STATES OF AMERICAN. INSTITUCIONAL PAGE. Disponível em: <https://www.justice.gov/usao/justice-101/pleabargaining>. Acesso em: 16 de março de 2019.

MAYNARD, D.W. **INSIDE PLEA BARGAINING**. Springer, Boston, MA. 1984. Disponível em: https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-4899-0372-3_9. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MESSITTE, Peter J. **PLEA BARGAINING IN VARIOUS CRIMINAL JUSTICE SYSTEMS**. Montevideo, Uruguai, Maio de 2010. Disponível em https://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/11th_conference/Peter_Messitte_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

MORAES, Alexandre de. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. 33ª ed. 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método , 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **CÓDIGO PENAL COMENTADO**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Palácio do Planalto. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL**. Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 01 de Novembro de 2018.

Palácio do Planalto. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL** Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm Acesso em: 01 de Novembro de 2018.

SALEME, Ricardo, E. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. Barueri, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520442982/>. Acesso em: 05 de Novembro de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**.6ª ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

SOUZA, Renee do Ó. CUNHA, Rogerio Sanches. **A LEGALIDADE DO ACORDO E DE NÃO PERSECUÇÃO: UMA OPÇÃO LEGÍTIMA DE POLÍTICA CRIMINAL**. Disponível em: https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/10/f257da7d-legalidade-do-acordo-de-nao-persecucao.pdf Acesso em: 16 de março de 2018.

“NÃO HÁ VOCÊ SEM MIM”: ANÁLISE DAS CATEGORIAS “PODER” E “VIOLÊNCIA” NOS CRIMES DE FEMINICÍDIO

MAYNARA COSTA DE OLIVEIRA SILVA
ISA DEBORA PINTO LOPES
ANDRESSA MIGUENS ANDRADE

INTRODUÇÃO

Na década de 60 deu-se início os debates sobre mulher, e estudos feministas, fato esse que ajudou na elaboração da construção e distinções baseadas no sexo, estamos de frente, pela primeira vez na proposta do uso do termo gênero.

Gênero, portanto, emerge no centro desses debates como um importante instrumento de análise antropológica, uma vez que proporciona uma deslocamento entre sexo-gênero, natureza-cultura, autorepresentação e representação (BUTLER, 2015), esta estratégia discursiva posta em ação visa descontruir a inteligibilidade que está na reiteração institucional de que somos efeitos daquilo que nossos corpos determinam, desse modo, embora na década de 90 Joan Scott nos proponha uma separação entre masculino/feminino, hoje é sabido que entre esse binarismo esses muitas outras performance de gênero.

Logo, a distribuição dos corpos na estrutura social é um efeito das normas de gênero, sendo importante apontar como se produzem e se naturalizam os gêneros, ou, seguindo Teresa De Lauretis (1984, 1994), quais são as tecnologias que fazem e gênero. Tão importante quanto a abordagem social que desnaturaliza a diferença sexual, é perceber como nas relações diárias somos instigadas a continuar produzindo e reproduzindo a naturalização dos gêneros e da sexualidade.

Deste modo, até onde a cultura pode interferir na produção do masculino e do feminino? Como a materialidade dos corpos é produzida? O que é gênero? Quais as violências acionadas nessa reprodução do gênero? Essas são perguntas que geram muitas teorias sobre as determinantes que explicam a origem dos masculinos e dos femininos.

Desse modo, a produção das identidades de gênero é um longo e contínuo processo cultural e social. Retratar os passos dessa produção nos remete para um projeto social que propõem ajustar a sexualidade (heterossexualidade/homossexualidade) e gênero (masculino e feminino), a partir da ideologia da complementaridade sexual. Problematizar o binarismo de gênero significa interpretar as tecnologias discursivas acionadas para produzi-lo (FOUCAULT, 1996)

As tecnologias discursivas conduzem para a preparação do corpo para que desempenhe com êxito o gênero. Os gêneros inteligíveis obedecem a seguinte lógica: vagina-mulher-feminino-docilidade-privado *versus* pênis-homem-masculinidade-agressividade-público (BENTO, 2014, 2008). A heterossexualidade seria a força amalgamadora das diferenças binárias entre os gêneros. Assim, é através das performances de gênero que a sociedade controla as possíveis sexualidades desviantes, ou, os comportamentos desviantes, os que fogem da órbita do discurso definido.

Existe uma colcha de retalho que alinha, o corpo ao sexo, de modo que o gênero só pode ser entendido, só adquire vida, quando referido nessa relação. As performatividades de gênero que se articulam fora dessa amarração são postas às margens, analisadas como identidades transtornadas, anormais, psicóticas, aberrações da natureza, coisas esquisitas. A repetição permite a eficiência dos atos performativos que sustentam e reforçam as identidades hegemônicas, mas, também são as repetições deslocadas do contexto natural dos sexos que possibilitam a emergência de práticas que interrompam a reprodução das normas de gênero e ao fazê-lo explicitam o caráter excludente da categoria "humano" das pessoas que reconstroem suas posições indetitárias transitando e, portanto, negando, a precedência explicativa do biológico (BUTLER, 1998, 2015).

Essa pedagogia dos corpos aos gêneros hegemônicos tem como escopo organizar os sujeitos para a vida referenciada na heterossexualidade, edificada a partir do sistema de ideias da complementaridade dos sexos.

As "confusões" nos "papéis" provocam, direta e imediatamente, "perturbações" e possíveis violência uma vez que estreita as relações de poder, e reiteram por um terrorismo contínuo.

Existe, assim, um heteroterrorismo a cada enunciado que incentiva ou inibe comportamentos, a cada insulto ou piada machista. Se um menino gosta de lavar louça, os heteroterroristas afirmarão: "Pare com isso! Isso não é coisa de menino!" A cada reiteração que um/a pai/mãe ou professor/a, a cada "menino não chora!", "comporta-se como menina!", "isso é coisa de bicha!"[1], a subjetividade daquele que é o objeto dessas reiterações é amofinada, os corpos são moldados, e essa busca pela uniformização dos corpos, produz ainda mais diferença, e consequentemente mais violência. Conforme Jacques Derrida, a diferença gera aquilo que ela proíbe, "tornando possível a própria coisa que ela torna impossível" (1974. p. 143).

Quando se opera e se deseja reproduzir a/o mulher/homem "de verdade", desejando que cada ato seja reconhecido como aquele que nos posiciona legitimamente na ordem de gênero, nem sempre o resultado corresponde aquilo definido e aceito socialmente como atos próprios a um/a homem/mulher. Se as ações não conseguem corresponder às expectativas estruturadas a partir de suposições, abre-se uma possibilidade para se desestabilizar as normas de gênero, que geralmente utilizam da violência física ou/e simbólica para manter essas práticas às margens do considerado humanamente normal, assim percebe-se a crescente e perene produção de violência de gênero, sobretudo nas relações entre homens e mulheres.

Desse modo, pretende-se discutir neste ensaio como o poder e a violência atravessam as relações de gênero, e desencadeia violência sexuais contra as mulheres, pretende-se também trazer como exemplo para dar força ao debate o caso Mariana Costa, bem como estruturar o texto a partir da literatura e políticas públicas que encontram-se no fronte desse debate.

1. Utilizo homofobia conforme proposto por Guacira Louro: "Homofobia, o medo voltado contra os(as) homossexuais, pode-se expressar numa espécie de 'terror em relação à perda do gênero', ou seja, no terror de não ser mais considerado como um homem ou uma mulher 'reais' ou 'autênticos'" (Louro, 1997:29). Estou consciente que há especificidades na forma como este terror atualiza-se quando referente às lésbicas, às pessoas transexuais e travestis, daí está de acordo com aqueles/as que preferem lesbofobia e transfobia para marcar e desvendar as singularidades das violências. No entanto, como não discutirei estas especificidades utilizo o conceito de homofobia de Guacira Louro por ter um caráter mais amplo.

METODOLOGIA

Utiliza-se como fonte de dados a bibliográfica especializada em antropologia do corpo, gênero e sexualidade, além da literatura feminista e dos Jornais Regionais de Grande divulgação para exploração do caso Mariana, além de textos legais, e dados estatísticos nacionais.

REFERENCIAL TEÓRICO E RESULTADO

Na década de 60 deu-se início os debates sobre mulher, e estudos feministas, fato esse que ajudou na elaboração da construção e distinções baseadas no sexo, estamos de frente, pela primeira vez na proposta do uso do termo gênero.

Gênero, portanto, emerge no centro desses debates como um importante instrumento de análise antropológica, uma vez que proporciona uma deslocamento entre sexo-gênero, natureza-cultura, autorepresentação e representação (BUTLER, 2015), esta estratégia discursiva posta em ação visa descontruir a inteligibilidade que está na reiteração institucional de que somos efeitos daquilo que nossos corpos determinam, desse modo, embora na década de 90 Joan Scott nos proponha uma separação entre masculino/feminino, hoje é sabido que entre esse binarismo esses muitas outras performance de gênero.

Logo, a distribuição dos corpos na estrutura social é um efeito das normas de gênero, sendo importante apontar como se produzem e se naturalizam os gêneros, ou, seguindo Teresa De Lauretis (1984, 1994), quais são as tecnologias que *fazem* e gênero. Tão importante quanto a abordagem social que desnaturaliza a diferença sexual, é perceber como nas relações diárias somos instigadas a continuar produzindo e reproduzindo a naturalização dos gêneros e da sexualidade.

Deste modo, até onde a cultura pode interferir na produção do masculino e do feminino? Como a materialidade dos corpos é produzida? O que é gênero? Quais as violências acionadas nessa reprodução do gênero? Essas são perguntas que geram muitas teorias sobre as determinantes que explicam a origem dos masculinos e dos femininos.

Desse modo, a produção das identidades de gênero é um longo e contínuo processo cultural e social. Retratar os passos dessa produção nos remete para um projeto social que propõem ajustar a sexualidade (heterossexualidade/homossexualidade) e gênero (masculino e feminino), a partir da ideologia da complementaridade sexual. Problematizar o binarismo de gênero significa interpretar as tecnologias discursivas acionadas para produzi-lo (FOUCAULT, 1996)

As tecnologias discursivas conduzem para a preparação do corpo para que desempenhe com êxito o gênero. Os gêneros inteligíveis obedecem a seguinte lógica: vagina-mulher-feminino-docilidade-privado versus pênis--homem-masculinidade-agressividade-público (BENTO, 2014, 2008). A heterossexualidade seria a força amalgamadora das diferenças binárias entre os gêneros. Assim, é através das performances de gênero que a sociedade controla as possíveis sexualidades desviantes, ou, os comportamentos desviantes, os que fogem da órbita do discurso definido.

Existe uma colcha de retalho que alinha, o corpo ao sexo, de modo que o gênero só pode ser entendido, só adquire vida, quando referido nessa relação. As performatividades de gênero que se articulam fora dessa amarração são postas às margens, analisadas como identidades transtornadas, anormais, psicóticas, aberrações da natureza, coisas esquisitas. A repetição permite a eficiência dos atos performativos que sustentam e reforçam as identidades hegemônicas, mas, também são as repetições deslocadas do contexto natural dos sexos que possibilitam a emergência de práticas que interrompam a reprodução das normas de gênero e ao fazê-lo explicitam o caráter excludente da categoria "humano" das pessoas que reconstroem suas posições identitárias transitando e, portanto, negando, a precedência explicativa do biológico (BUTLER, 1998, 2015).

Essa pedagogia dos corpos aos gêneros hegemônicos tem como escopo organizar os sujeitos para a vida referenciada na heterossexualidade, edificada a partir do sistema de ideias da complementaridade dos sexos. As "confusões" nos "papéis" provocam, direta e imediatamente, "perturbações" e possíveis violência uma vez que estreita as relações de poder, e reiteram por um terrorismo contínuo.

Existe, assim, um heteroterrorismo a cada enunciado que incentiva

ou inibe comportamentos, a cada insulto ou piada machista. Se um menino gosta de lavar louça, os heteroterroristas afirmarão: "Pare com isso! Isso não é coisa de menino!" A cada reiteração que um/a pai/mãe ou professor/a, a cada "menino não chora!", "comporta-se como menina!", "isso é coisa de bicha!"[2], a subjetividade daquele que é o objeto dessas reiterações é amofinada, os corpos são moldados, e essa busca pela uniformização dos corpos, produz ainda mais diferença, e consequentemente mais violência. Conforme Jacques Derrida, a diferença gera aquilo que ela proíbe, "tornando possível a própria coisa que ela torna impossível" (1974. p. 143).

Quando se opera e se deseja reproduzir a/o mulher/homem "de verdade", desejando que cada ato seja reconhecido como aquele que nos posiciona legitimamente na ordem de gênero, nem sempre o resultado corresponde aquilo definido e aceito socialmente como atos próprios a um/a homem/mulher. Se as ações não conseguem corresponder às expectativas estruturadas a partir de suposições, abre-se uma possibilidade para se desestabilizar as normas de gênero, que geralmente utilizam da violência física ou/e simbólica para manter essas práticas às margens do considerado humanamente normal, assim percebe-se a crescente e perene produção de violência de gênero, sobretudo nas relações entre homens e mulheres.

Desse modo, pretende-se discutir neste ensaio como o poder e a violência atravessam as relações de gênero, e desencadeia violência sexuais contra as mulheres, pretende-se também trazer como exemplo para dar força ao debate o caso Mariana Costa, bem como estruturar o texto a partir da literatura e políticas públicas que encontram-se no fronte desse debate.

Na década de 60 deu-se início os debates sobre mulher, e estudos feministas, fato esse que ajudou na elaboração da construção e distinções baseadas no sexo, estamos de frente, pela primeira vez na proposta do uso do termo gênero.

2. Utilizo homofobia conforme proposto por Guacira Louro: "Homofobia, o medo voltado contra os(as) homossexuais, pode-se expressar numa espécie de 'terror em relação à perda do gênero', ou seja, no terror de não ser mais considerado como um homem ou uma mulher 'reais' ou 'autênticos'" (Louro, 1997:29). Estou consciente que há especificidades na forma como este terror atualiza-se quando referente às lésbicas, às pessoas transexuais e travestis, daí está de acordo com aqueles/as que preferem lesbofobia e transfobia para marcar e desvendar as singularidades das violências. No entanto, como não discutirei estas especificidades utilizo o conceito de homofobia de Guacira Louro por ter um caráter mais amplo.

Gênero, portanto, emerge no centro desses debates como um importante instrumento de análise antropológica, uma vez que proporciona uma deslocamento entre sexo-gênero, natureza-cultura, autorepresentação e representação (BUTLER, 2015), esta estratégia discursiva posta em ação visa descontruir a inteligibilidade que está na reiteração institucional de que somos efeitos daquilo que nossos corpos determinam, desse modo, embora na década de 90 Joan Scott nos proponha uma separação entre masculino/feminino, hoje é sabido que entre esse binarismo esses muitas outras performance de gênero.

Logo, a distribuição dos corpos na estrutura social é um efeito das normas de gênero, sendo importante apontar como se produzem e se naturalizam os gêneros, ou, seguindo Teresa De Lauretis (1984, 1994), quais são as tecnologias que *fazem* e gênero. Tão importante quanto a abordagem social que desnaturaliza a diferença sexual, é perceber como nas relações diárias somos instigadas a continuar produzindo e reproduzindo a naturalização dos gêneros e da sexualidade.

Deste modo, até onde a cultura pode interferir na produção do masculino e do feminino? Como a materialidade dos corpos é produzida? O que é gênero? Quais as violências acionadas nessa reprodução do gênero? Essas são perguntas que geram muitas teorias sobre as determinantes que explicam a origem dos masculinos e dos femininos.

Desse modo, a produção das identidades de gênero é um longo e contínuo processo cultural e social. Retratar os passos dessa produção nos remete para um projeto social que propõem ajustar a sexualidade (heterossexualidade/homossexualidade) e gênero (masculino e feminino), a partir da ideologia da complementaridade sexual. Problematizar o binarismo de gênero significa interpretar as tecnologias discursivas acionadas para produzi-lo (FOUCAULT, 1996)

As tecnologias discursivas conduzem para a preparação do corpo para que desempenhe com êxito o gênero. Os gêneros inteligíveis obedecem a seguinte lógica: vagina-mulher-feminino-docilidade-privado *versus* pênis-homem-masculinidade-agressividade-público (BENTO, 2014, 2008). A heterossexualidade seria a força amalgamadora das diferenças binárias entre os gêneros. Assim, é através das performances de gênero que a sociedade

controla as possíveis sexualidades desviantes, ou, os comportamentos desviantes, os que fogem da órbita do discurso definido.

Existe uma colcha de retalho que alinha, o corpo ao sexo, de modo que o gênero só pode ser entendido, só adquire vida, quando referido nessa relação. As performatividades de gênero que se articulam fora dessa amarração são postas às margens, analisadas como identidades transtornadas, anormais, psicóticas, aberrações da natureza, coisas esquisitas. A repetição permite a eficiência dos atos performativos que sustentam e reforçam as identidades hegemônicas, mas, também são as repetições deslocadas do contexto natural dos sexos que possibilitam a emergência de práticas que interrompam a reprodução das normas de gênero e ao fazê-lo explicitam o caráter excludente da categoria "humano" das pessoas que reconstroem suas posições identitárias transitando e, portanto, negando, a precedência explicativa do biológico (BUTLER, 1998, 2015).

Essa pedagogia dos corpos aos gêneros hegemônicos tem como escopo organizar os sujeitos para a vida referenciada na heterossexualidade, edificada a partir do sistema de ideias da complementaridade dos sexos. As "confusões" nos "papéis" provocam, direta e imediatamente, "perturbações" e possíveis violência uma vez que estreita as relações de poder, e reiteram por um terrorismo contínuo.

Existe, assim, um heteroterrorismo a cada enunciado que incentiva ou inibe comportamentos, a cada insulto ou piada machista. Se um menino gosta de lavar louça, os heteroterroristas afirmarão: "Pare com isso! Isso não é coisa de menino!" A cada reiteração que um/a pai/mãe ou professor/a, a cada "menino não chora!", "comporta-se como menina!", "isso é coisa de bicha!"[3], a subjetividade daquele que é o objeto dessas reiterações é amofinada, os corpos são moldados, e essa busca pela uniformização dos corpos, produz ainda mais diferença, e consequentemente mais violência.

3. Utilizo homofobia conforme proposto por Guacira Louro: "Homofobia, o medo voltado contra os(as) homossexuais, pode-se expressar numa espécie de 'terror em relação à perda do gênero', ou seja, no terror de não ser mais considerado como um homem ou uma mulher 'reais' ou 'autênticos'" (Louro, 1997:29). Estou consciente que há especificidades na forma como este terror atualiza-se quando referente às lésbicas, às pessoas transexuais e travestis, daí está de acordo com aqueles/as que preferem lesbofobia e transfobia para marcar e desvendar as singularidades das violências. No entanto, como não discutirei estas especificidades utilizo o conceito de homofobia de Guacira Louro por ter um caráter mais amplo.

Conforme Jacques Derrida, a diferença gera aquilo que ela proíbe, "tornando possível a própria coisa que ela torna impossível" (1974. p. 143).

Quando se opera e se deseja reproduzir a/o mulher/homem "de verdade", desejando que cada ato seja reconhecido como aquele que nos posiciona legitimamente na ordem de gênero, nem sempre o resultado corresponde aquilo definido e aceito socialmente como atos próprios a um/a homem/mulher. Se as ações não conseguem corresponder às expectativas estruturadas a partir de suposições, abre-se uma possibilidade para se desestabilizar as normas de gênero, que geralmente utilizam da violência física ou/e simbólica para manter essas práticas às margens do considerado humanamente normal, assim percebe-se a crescente e perene produção de violência de gênero, sobretudo nas relações entre homens e mulheres.

Desse modo, pretende-se discutir neste ensaio como o poder e a violência atravessam as relações de gênero, e desencadeia violência sexuais contra as mulheres, pretende-se também trazer como exemplo para dar força ao debate o caso Mariana Costa, bem como estruturar o texto a partir da literatura e políticas públicas que encontram-se no fronte desse debate.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deste modo, o artigo se mostra relevante visto que a sua problemática possibilita perceber como ocorreu o desenvolvimento da social, político e jurídico do reconhecimento e enfrentamento da violência contra mulher, e como as estratégias discursivas produzem identidade, e principalmente reproduzem violência para qualifica-las e deixa-las estáveis. Buscou-se também, permitir uma visão teórica das instituições responsáveis por julgar os casos referidos à Lei Maria da Penha. Bem como, os aspectos que facilitam ou dificultam o processo de rompimento da violência contra mulher na capital maranhense.

Sendo assim, buscou-se apresentar a violência contra a mulher na sua dimensão singular, a fim de analisar a construção da vítima como sujeita de direito, por meio das teorias da antropologia e sociologia do corpo, gênero e sexualidade, bem como das teorias do Reconhecimento e Lutas

Sociais. No entanto, deve-se ter claro que as questões estarão sempre mais além das observações teóricas que possamos levantar. Deve-se compreender que os significados e representações elucidadas pelos jornais, servidores no fronte do combate dessa violência, bem como a vítima e o os agressores são essenciais, visto que as práticas do direito é um lugar de luta e não apenas uma última instância para resolução de conflitos. E seus sujeitos sociais são atores que lutam por reconhecimento, compreendem as injustiças, e processam suas causas.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Angela. **As teorias dos movimentos sociais: um balanço do debate**. Lua Nova, n.76, p.49-86, 2009.

BANDEIRA, L. & SÚAREZ, M. (Orgs.). Um recorrido pelas estatísticas da violência sexual no Distrito Federal. In: **Violência, Gênero e Crime no Distrito Federal**. Brasília (Paralelo 15): Editora Universidade de Brasília, 1999.

BENTO, Berenice. **A (re) invenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual**. Natal: EdUFRN, 2014.

_____. O que é transexualidade. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BOLTANSKI, Luc. **Amor y la justicia como competências**. Madrid: Paidós, 2001. (Primera parte. Aquello de lo que la gente es capaz).

BRASIL. **Lei n° 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 04 set. 2016.

_____. **Lei n° 9.099, de 23 de abril de 1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato1995-1995/1995Lei/L9099.htm>. Acesso em: 04 set. 2016.

_____. **Lei nº 12.845**, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Diário Oficial da União, Brasília, 2003.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Norma técnica de padronização das delegacias especializadas de atendimento às mulheres — 25 anos de conquistas — Deams**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2010.

_____. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero** - Feminismo e Subversão da Identidade - Col. Sujeito & História - 8ª Ed. 2015

_____. Gênero, Trajetórias e perspectivas. In: **Cadernos Pagu**. Trajetórias do gênero, masculinidades. No.11. Campinas: Pagu, 1998a.

CORRÊA, Mariza. **Morte em Família: Representações jurídicas de papéis sexuais**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1983.

_____. **Os Crimes da Paixão**. São Paulo, Brasiliense, 1981.

DAMATTA, Roberto. Cidadania: A questão da cidadania num universo relacional, In **A Casa e a Rua**, Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan S.A. 1991ª.

DERRIDA, Jacques. **Of Grammatology**. **Baltimore**: Johns Hopkins University Press, 1974.

FAISTING, André. O dilema da dupla institucionalização do Poder Judiciário: o caso do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). **O sistema de justiça**. São Paulo: Sumaré/ Idesp, 1999.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, J.; MATTOS, P. (orgs). **Teoria Crítica no Século XXI**. São Paulo: Annablume, 2007, p.113-140.

FOUCAULT, M. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 1996.

_____. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

_____. **História da sexualidade: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

GOFFMAN, Irving. Prefácio; Introdução; Conclusão. In: **A Representação do Eu na Vida cotidiana**. Petrópolis: Vozes, 1985.

_____. Prefácio; Estigma e Identidade Social; Desvios e comportamento desviante. In: **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1980.

GREGORI, Maria Filomena. **Cenas e Queixas: Mulheres e Relações Violentas**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1993.

GROSSI, M. P. "Novas/Velhas Violências contra as Mulheres no Brasil". **In: Revista Estudos Feministas, ano 2, 2º semestre**, 1994, pp. 473-483.

GROSSI, M. P. e BRAZÃO, A. **Histórias para Contar: Retrato da Violência Física e Sexual contra o Sexo Feminino da Cidade de Natal**. Natal: Casa Renascer, Florianópolis, NIGS, 2000.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2003.

LAURETIS, Teresa De. **Alice doesn't. Blomington**: Indiana University Press. 1984.

_____. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, Heloísa Buarque de. (org.) **Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura**. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

LOURO, Guacira L. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1997.

MACHADO, Lia Zenotta. **Feminismo em movimento**. 2 ed. São Paulo: Editora Francis SP, 2010.

_____. **Violência, gênero e crime no Distrito Federal/**MireyaSuárez, Loudes Bandeiras (orgs). et al. Brasilia: Paralelo 15, Editora Universidade de Brasília, 1999.

MAFFESOLI, Michel. A transfiguração do político. **A tribalização do mundo**. Porto alegre: Editora Sulina, 1997. Parte V O nós comunitário.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso. Entre o justo e o solidário: os dilemas dos direitos de cidadania no Brasil e nos EUA. **Série Antropologia**, n. 185, Brasilia, 1995.

PONTES, Heloísa Andréa. **Do Palco aos Bastidores (O SOS Mulher de São Paulo e as Práticas Feministas Contemporâneas),** Dissertação de Mestrado, UNICAMP, 1986.

PORTO, Rozeli M. **Gravidez e Relações Violentas: Representações da Violência Doméstica no Município de Lages – SC**. Florianópolis: Dissertação de Mestrado 2002. Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, 2002.

RIFIOTIS, T. Judiciarização das relações sociais e estratégias de reconhecimento: repensando a 'violência conjugal' e a 'violência intrafamiliar'. **Rev. Katál**. Florianópolis v. 11 n. 2 p. 225-236 jul./dez. 2008

SAFFIOTI, Heleieth. "Violência de Gênero no Brasil atual". In: **Revista Estudos Feministas**, número especial, Rio de Janeiro – CIEC-ECO-UFRJ – 1994.

_____. "Violência de gênero - lugar da práxis na construção da subjetividade". **Lutas Sociais**. São Paulo: PUC. 1997.

ç, G. "El Secreto y la Sociedad Secreta". In: **Sociologia: Estudios sobre as Formas de Socialización**. Buenos Aires: Espasa-Calpe Argentina. 1939.

SIMIÃO, Daniel. Reparação, justiça e violência doméstica: perspectivas para reflexão e ação. **Revista Vivência** n. 46, |2015, p. 53-74.

TARROW, Sidney. **O poder em movimento: movimentos sociais e confronto político**. Petrópolis: Vozes, 2009.

TILLY, Charles. **Politique(s) du conflit. De la grève à la révolution.Paris**: Presses de Sciences Po, 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MARANHÃO. **Violência Doméstica contra a Mulher: Dados Estatísticos da Vara Especializada da Comarca de São Luís**. 2016. Disponível: compromissoeatitude.org.br

TRIBUNA DO NORTE. **Edmo Nathan. RN registra 19 feminicídios só este ano. 13 de agosto de 2016.**

TURNER, Victor. Introdução; Os símbolos do ritual Ndembu; Betwix and between: o período liminar nos ritos de passagem; Um curandeiro Ndembu e sua prática. In: **Floresta de símbolos: aspectos do ritual Ndembu**. Niterói: EdUFF, 2005.

SITES DA INTERNET

A ONU e as mulheres. Disponível em: https://nacoesunidas.org/acao/mulheres/. Acessado em: 05 ago 2016.

OMS. **Estimativas globais e regionais de violência contra as mulheres: efeitos de prevalência e de saúde de violência por parceiro íntimo e violência sexual não-parceiro**. London School of Hygiene

and Tropical Medicine, Conselho Sul-Africano de Pesquisa Médica 2013. Departamento de Saúde Reprodutiva e Pesquisa. 2013.

ONU. **Mulheres do Mundo 2015, Tendências e Estatística, Capítulo 6, violência contra mulheres**. Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais de 2015 das Nações Unidas. 2015.

UNICEF. **Terminando Casamento Infantil: Avanços e Perspectivas**. 2014.

UNICEF. **Escondido em Plain Sight: Uma Análise Estatística da Violência contra as Crianças**. 2014.

G1MARANHÃO. Cunhado confessa que matou sobrinha neta de Sarney. Disponível em: http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2016/11/cunhado-confessa-que-matou-sobrinha-neta-de-sarney.html Acessado em 18/12/2017.

G1MARANHÃO. Sobrinha neta de Sarney foi morta estuprada e morta por cunhado conclui polícia. Disponível em: http://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2016/11/sobrinha-neta-de-sarney-foi-estuprada-e-morta-por-cunhado-conclui-policia.html. Acessado em 18/12/2017.

CRIMES DE FEMINICÍDIO EM ALAGOAS: A IMPORTÂNCIA DOS DISPOSITIVOS LEGAIS COMO ALTERNATIVA DE ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

PAULO RICARDO SILVA LIMA
FERNANDA VICON ROCHA E SILVA
ELIAQUIM FERREIRA DOS SANTOS
STEPHANYE MAGDA DOS SANTOS FERRAZ

1. INTRODUÇÃO

A discussão acerca da violência de gênero é constante e crescente em nosso Pais, vindo a ser um problema de longa existência. Ressalta-se que, mesmo diante de tratados, leis especificas, constituição que vedam tais tratamentos degradantes e punem qualquer forma de agressão seja ela física ou moral, não vem se demonstrando suficiente para o verdadeiro combate de tais condutas.

Diante do exposto, mister faz salientar que o feminicídio é:

> (...) o homicídio doloso praticado contra a mulher por "razões da condição de sexo feminino", ou seja, desprezando, menosprezando, desconsiderando a dignidade da vítima enquanto mulher, como se as pessoas do sexo feminino tivessem menos direitos do que as do sexo masculino. (ORTEGA, 2017).

Apesar da imposição da igualdade de gênero tipificada no Caput do artigo 5° da Constituição Federal (Brasil, 1988) impõe que:

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

No Brasil, o crime de feminicídio foi tipificado como um crime hediondo impulsionado pelo desejo da população brasileira em punir os agressores do sexo masculino que fazem vítimas diariamente mulheres no país pelo fator de gênero. Tendo os movimentos feministas, de direitos humanos os principais influenciadores da criação do tipo penal em espécie.

> Ativistas e movimentos feministas, como outros ativistas e movimentos de direitos humanos, argumentam que as leis penais criminalizadorastêm uma natureza simbólica e uma função comunicadora de que determinadas condutas não são socialmente aceitáveis ou são publicamente condenáveis. Não parecem perceber ou talvez não se importem com o fato de que leis ou quaisquer outras manifestações simbólicas – como explicita o próprio adjetivo 'simbólico' – não têm efeitos reais. Leis simbólicas não tocam nas origens, nas estruturas e nos mecanismos produtores de qualquer problema social (KARAM, 2015).

Afirma Maciel (2007), que, a luta das mulheres apenas só começou aproduzir resultados a partir da criação em 1922, por Bertha Lutz, da primeiraOrganização de Mulher a Federação Brasileira para o Progresso Feminino cuja principalpalavra de ordem era a conquista do direito de voto em igualdade de condições com ohomem.

Observa-se que a quantidade de casos é crescente, assim como as tentativas de resolução desse problema, o que vem obrigando ao Estado ser signatário de diversos tratados internacionais com finalidade de vedar tais condutas, sendo ela voltadas diretamente a preservação dos Direitos Humanos, assim como, a garantia dos termos do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, principio este de grande valia para todos os seres humanos.

Como objeto da pesquisa é a percepção do quãofrágil ainda estamos no combate a tais situações de exposição da violência de gênero, especificamente quando a vítima é mulher, o que consequentemente, de um ato pequeno pode-se tornar um bem maior, chegando a ceifar a vida daquela pessoa chegando no ponto chave do trabalho, o Feminicídio.

2. ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS LEGAIS QUE ATUAM NA PROTEÇÃO DA MULHER NO BRASIL

A legislação Brasileira, tomou forma neste sentido, implementando a defesa dos direitos pessoais em sua Constituição Federal de 1988, a qual teve como marco jurídico a institucionalização dos direitos humanos, momento este que o Brasil ratificou vários tratados internacionais.

Em setembro de 1992, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, o que aconteceu durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, nomeada como "Pacto de São José da Costa Rica".

Como princípio basilar da pessoa humana, temos o mais famoso princípio da Dignidade da Pessoa Humana que visa preservar a não submissão de qualquer pessoa a tratamentos degradantes ou que sejam submetidas a condições totalmente degradantes para o mínimo necessário de sobrevivência.

Tendo em vista a crescente demanda que envolvem a violência contra a mulher, seja ela a violência doméstica ou de gênero, o Brasil, finalmente, aplicou as imposições trazidas em suas convenções e tratados os quais é signatário.

Daí a referência constante na ementa contida na Lei Maria da Penha à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, (relatório nº 54/2001) em que se orientou o país a realizar profunda reforma legislativa com o fim de combater, efetivamente, a violência doméstica praticada contra a mulher (DIAS, 2007, p. 14).

Conforme preconiza a lei maria da penha:

> Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.
> Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.
> § 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
> § 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.
> Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (BRASIL, 2006).

No posicionamento de Maciel (2007), numa sociedadetradicionalmente dominada pelos homens, as mulheres foram conquistando condiçõesde igualdade, contra as mais variadas discriminações, assim mesmo depois dos inegáveisavanços da Constituição de 1988, as mulheres ainda se defronta, com o preconceito, seumaior adversário, arraigado principalmente nos costumes de aparência, vestimenta ecomportamento que foram modificados com os anos.

No Brasil, diante dos frequentes casos de violência de gênero, especificamente voltado a pratica do Feminicídio, nossa legislação prevê condições mais severas quando se tratar desses casos, no seguinte sentido: quando ceifada a vida de uma mulher derivado de violência doméstica, discriminação, menosprezo ou qualquer outro ato que venha a contribuir com a desvalorização do ser humano do gênero feminino, por motivos

exclusivos de seu gênero, provocando o fim "morte", nossa legislação penal prevê a figura do Feminicidio que é a configuração de um homicídio de forma qualificada justamente pela qualidade do gênero da vítima, o que traz o aumento de sua pena.

Sancionada a Lei do Senado nº 292 do ano de 2013, elaborado pela Comissão Parlamentos Mista de Inquérito (CPMI) de Violência contra a mulher, foi apenas sancionada em Março de 2015 pela presidente em exercício, Dilma, A Lei 13.104 trouxe modificações ao art. 121 do Código Penal Brasileiro categorizando o Feminicidio na figura de Homicídio qualificado pela condição de gênero.

Nos ensinamentos de David Teixeira de Azevedo, acerca das agravantes do homicídio em relação ao gênero, em sua obra "Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição" afirma que.

> É defeso ao magistrado elevar a sanção, no trabalho de motivação e aplicação da pena, em razão da virulência do ataque ou da gravidade da lesão ao bem jurídico, tomando circunstâncias já consideradas no tipo incriminador. Se assim o fizer, incidirá no bis in idem, repetindo para a gravidade do crime a modalidade ou o grau de intensidade da ofensa, ambos já considerados e avaliados pelo legislador ao fixar a quantidade da pena mínima. (AZEVEDO, 2002, p.42)

Ainda nessa toada, surge-se a indagação quanto a hediondez desta pratica, o que entende-se que o crime deixará de possuir o caráter hediondo devido à incidência da qualificadora, como também ilustra Guilherme de Souza Nucci, em sua obra.

> Não nos parece admissível a consideração do homicídio privilegiado-qualificado como hediondo. A lei 8.072/90, no art. 1º, I, faz expressa referência apenas ao homicídio simples e ao qualificado. A figura híbrida, admitida pela doutrina e pela jurisprudência, configura situação anômala, que não deve ser interpretada em desfavor do réu.
> [...] Por isso, inexistindo qualquer referência na Lei 8.072/90 a respeito da causa de diminuição prevista no § 1º do art. 121 do Código Penal,

> torna-se, a nosso juízo, indevida a sua qualificação como delito hediondo. Acrescente-se, ainda, o fato de que a referida causa de diminuição faz parte, sem dúvida, da tipicidade derivada, tanto assim que permite a fixação da pena abaixo do mínimo legal. Por isso, integrando o tipo penal, é indispensável que qualquer qualificação, tornando-o mais severo, passe pelo crivo da previsão expressa em lei (...) (NUCCI, 2017, p. 77)

Sabe-se que, há legislações internacionais voltadas a proteção do gênero (mulher) as quais devem ser aplicada em primeiro plano, ficando abaixo apenas de nossa Constituição Federal, dentre elas, podemos citar: A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Contra a Mulher; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a chamada "Convenção de Belém do Pará"; a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher "Beijing", os citados, constituem os mais relevantes instrumentos voltados à proteção dos direitos humanos da mulher na ordem jurídica internacional (DIAS, 2007, p. 28).

A Primeira Conferência Mundial sobre a Mulher foi realizada no México, em 1975 que resultou na elaboração da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, assinada pelo Brasil em 1981 e ratificada em 1984, porém com reservas na parte relativa à família; somente em 1994, tendo em vista o reconhecimento pela Constituição Federal Brasileira de 1988 a qual reconheceu a igualdade de gênero para efeitos da vida pública e privada, em particular na relação conjugal, é que o Brasil retirou as reservas, ratificando plenamente toda a Convenção (DIAS, 2007, p. 28).

A referida Convenção reflete a visão de que as mulheres são titulares de todos os direitos e oportunidades que os homens podem exercer; adicionalmente, habilidades e necessidades que decorrem de diferenças biológicas entre os gêneros devem também ser reconhecidas e ajustadas, mas sem eliminar da titularidade das mulheres a igualdade de direitos e oportunidades (PIOVESAN, 2012, p. 270).

Em 1994, a OEA (Organização dos Estados Americanos) ampliou a proteção aos direitos humanos das mulheres com a edição da Convenção

para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a "Convenção de Belém do Pará" (DIAS, 2007, p. 28).

Esta Convenção declara que a violência contra a mulher constitui grave violação aos direitos humanos fundamentais e ofensa à dignidade humana, sendo manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens, limitando total ou parcialmente à mulher o reconhecimento, gozo e exercício de direitos e liberdades, fato que expressamente foi registrado como artigo 6º da Lei Federal nº 11.340/06 (DIAS, 2007, p. 60).

Declaração e Plataforma de Ação IV Conferência Mundial sobre a Mulher – "Beijing", China, 1995, aprovou uma declaração e uma Plataforma de Ação com a finalidade de fazer avançar os objetivos de igualdade, desenvolvimento e paz para todas as mulheres. Nesta Declaração foi tratada a questão relativa à violência doméstica, prevendo que são necessárias, além das medidas punitivas, ações que estejam voltadas para a prevenção, e, ainda medidas de apoio que permitam, por um lado, à vítima e à sua família ter assistência social, psicológica e jurídica necessárias à recomposição após a violência sofrida e, por outro, que proporcionem a possibilidade de reabilitação dos agressores (PIOVESAN, 2012, p. 275).

Na citada Convenção, foram instituídos dois mecanismos de monitoramento: a petição e o procedimento investigativo.

a) petição: permite o encaminhamento de denúncias de violação de direitos enunciados na Convenção à apreciação do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher;

b) procedimento investigativo: habilita o Comitê a investigar a existência de grave e sistemática violação aos direitos humanos das mulheres.

Para acionar citados mecanismos, é necessário que o Estado tenha ratificado o Protocolo Facultativo (PIOVESAN, 2012, p. 275).

3. A IMPORTÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA PUNIÇÃO DOS FEMINICIDAS

A violência de gênero no Brasil têm gerado indignação e revolta da sociedade, sendo portanto o poder judiciário o detentor da justiça e capaz de punir os delinquentes. Nesse sentido, cabe ao Ministério Público investigar, proferir a denúncia, e dar credibilidade aos fatos narrados pela mulher (quando se trata de violência no âmbito familiar, aplica-se-á às normas da Lei Maria da Penha), e quando ocorrer morte em qualquer local da mulher pelo fato de ser do sexo feminino aplicar a lei de feminicídio.

É importante destacar que o poder judiciário ainda encontra alguns gargalos para resguardar a proteção da mulher conforme preconiza a lei maria da penha, e assim inibir que o feminicídio ocorra. A operabilidade da lei maria da penha se faz necessário uma vez que não há uma equiparação de forças entre homem e mulher, na maioria das vezes o homem é predominantemente mais forte, não havendo portanto chances de defesa para a vítima. Conforme esclarece Rosa Maria Rodrigues de Oliveira:

> Embora um fato pontual possa ser alegado como o estopim, a violência parece estar entranhada na própria desigualdade entre homens e mulheres que caracteriza as histórias captadas pela pesquisa. Entretanto, o pano de fundo da desigualdade de gênero raramente é considerado pelo sistema de justiça, que privilegia uma visão descontextualizada do ato de violência. (MACHADO, 2015, p.45).

Destarte, a penalização do indivíduo homicida trata-se de uma resposta a sociedade, de que a justiça foi feita e é capaz de punir sempre que existir crimes dessa natureza. É preciso romper o paradigma de que o feminicídio é algo natural, que está presente na sociedade como mais um caso de violência noticiado nas mídias diariamente.

Apesar de existir as normas internas brasileiras como a lei maria da penha, lei do feminicídio, tratados internacionais de direitos humanos que protegem e garantem o direito da mulher na sociedade, é preciso que o judiciário aplique esses dispositivos para que assim seja resguardado os

direitos fundamentais, principalmente o de não violação física e psicológica.

Além das fragilidades do judiciário, o Estado também possui algumas dificuldades de proteger a mulher, é o que ocorre normalmente no primeiro contato da vítima com a procura de ajuda nas delegacias:

> Na Delegacia ninguém duvida que o crime deva ser punido, mas há sempre a dúvida a respeito da manutenção da queixa. A denunciante estaria querendo apenas 'dar um susto' no marido, ou quer ver a lei sendo cumprida? Essa questão pesa na decisão a respeito da validade da abertura de um inquérito policial. Quando as mulheres espancadas relatam que sofreram várias outras agressões físicas, a pergunta é sempre a de saber porque só agora vieram à polícia. Se a resposta traz revelações do tipo: 'descobri que meu marido tem uma amante'; 'ele agora começou a beber'; 'faz alguns dias que ele não volta para casa', esses são sintomas de que não há interesse por parte da denunciante de que a lei seja aplicada". (ARDAILLON; DEBERT, 1987, p. 50).

Nesse contexto, é possível perceber que ainda há o pré-julgamento pelas autoridades policiais no atendimento da mulher violentada, buscando encontrar em suas falas o motivo pelo qual foi espancada e a tornar culpada pela agressão recebida que fazer a justiça.

Sob uma tentativa de justificar a ação violenta contra as mulheres, os autores se valem de que:

> Essa mesma "lógica justificadora" também acontece em casos onde a violência é exercida por desconhecidos contra mulheres consideradas "transgressoras" do papel ou comportamento culturalmente esperado e/ou imposto a elas. Em ambos os casos, culpa-se a vítima pela agressão sofrida, seja por não cumprir o papel doméstico que lhe foi atribuído, seja por "provocar" a agressão dos homens nas ruas ou nos meios de transporte, por exibir seu corpo ou "vestir-se como prostituta". (WAISELFISZ, 2015, p. 75).

Não obstante, é importante ressaltar que o judiciário deve sempre visualizar e arguir suas decisões com base no caso concreto e da injusta violência sofrida pela mulher.

4. DIAGNÓSTICO DOS CRIMES DE FEMINICÍDIO NO ESTADO DE ALAGOAS

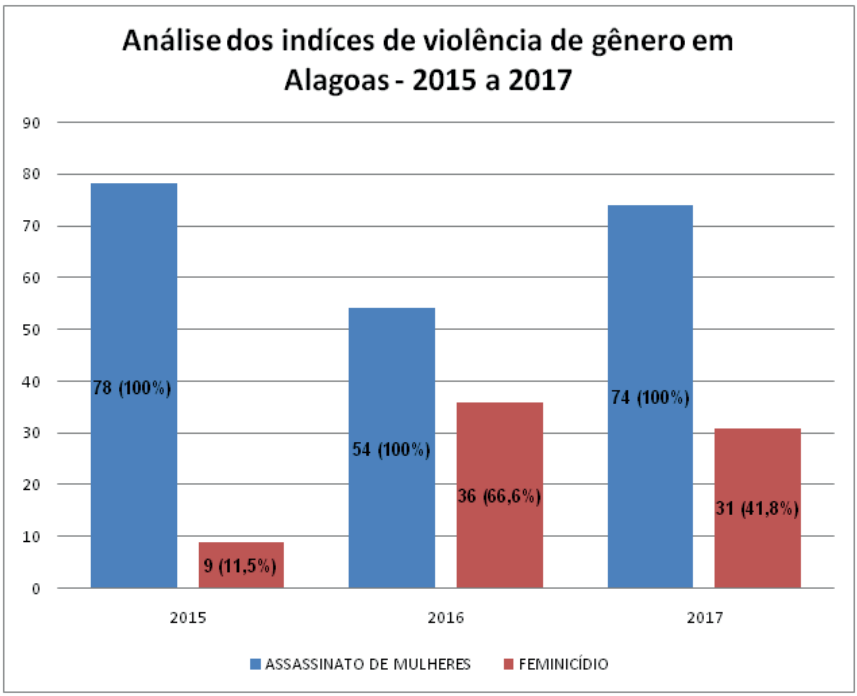
Alagoas é um dos estados do Brasil que possui um grande índice de violência contra mulheres nos últimos anos. No ano de 2006 foi observado um número de 106 morte de mulheres; em 2007 registrou-se 109 mortes; 2008, 83; 2009, 11 registros; em 2010, 137; no ano de 2011, 138 mortes; em 2012, 133 casos; em 2013, tiveram 142 mortes; em 2014, 125 casos; 2015, 95 mortes; 2016, 101 casos, conforme o Atlas da violência 2018.

Esses dados nos leva a questionar a ausência da proteção das mulheres nos lares e locais públicos. Estamos diante de uma deficiência do Estado referente à proteção da mulher no Brasil.

No que se refere a mortes por feminicídio em Alagoas:

> Em 2015, das 78 mulheres assassinadas, apenas nove casos foram classificados como feminicídio. Em 2016, 54 mulheres foram mortas e 36 foram classificadas como feminicídio. Em 2017, das 74 mulheres assassinadas, 31 foram contabilizadas como feminicídio. (RODRIGUES; FARIAS, 2018).

Diante dessas informações é possível perceber que nos anos de 2015 a 2017, dos 206 casos de assassinatos de mulheres no estado conforme aponta os números da secretaria de segurança pública de Alagoas - SSP/AL, sendo 36% (trinta e seis por cento) dos casos são por feminicídio.



Fonte: Autores, 2019.

Conforme informações obtidas pelo monitor de violência do sítio virtual do G1 (portal de notícias brasileiras associado ao grupo Globo), em 2018, foi registrado 21 casos de feminicídio no estado alagoano. Já para a SSP/AL o estado nordestino contabilizou 20 crimes de feminicídio para o ano de 2018. (ALAGOAS, 2018).

Destarte, ainda de acordo com os números da SSP/AL, nos três primeiros meses (janeiro, fevereiro e março) de 2019 foram registrados 25 crimes de feminicídio no estado. Esses primeiros dados do ano corrente são alarmantes pois os resultados de apenas 03 meses superam os casos demonstrados no período de 2015.

O índice de mortes tipificadas como feminicídio demonstrado nos anos acima citado sinaliza a necessidade de políticas públicas eficientes que visem conscientizar o agressor, como também aponta a carência de

programas e estratégias que possibilitem o atendimento de qualidade e acolhimento das vítimas de violência. Sob o mesmo viés, faz-se necessário a construção de novas unidades policiais especializadas no atendimento da mulher e criação de mais juizados especiais de violência doméstica. (GODOY, 2018).

5. CONCLUSÃO

Ao longo dessa pesquisa percebemos que existem lacunas no direito brasileiro no tocante à proteção da mulher nos mais diversos ambientes sociais. Apesar de existir a lei maria da penha que foi uma das maiores conquistas para o gênero feminino no século XXI e ter também a tipificação do crime de feminicídio no código penal, não há eficiência nos serviços de segurança (delegacias especializadas na proteção feminina) bem como dos juizados especiais.

Sabe-se que o maior índice de homicídios de mulheres ocorre em ataques dentro de seuâmbito familiar, e são cometidos por seus parceiros íntimos ou conhecidos, sendo na maioriados casos por namorados, maridos, pais, padrastos. Justamente dentro de seu próprio lar, onde seria o local para que fosse garantida sua proteção, no seio de sua família, e não voltar pra casacom medo do que pode lhe acontecer.

No que se refere a Alagoas, analisando os números de feminicídios entre 2017 e 2019 percebemos a necessidade de se discutir políticas públicas que visem inibir o avanço desse crime tão letal e agressivo.

A realidade observada em Alagoas é bem parecida com os outros estados da federação brasileira. De acordo com o mapa da violência do G1, em 2018 foram contabilizados 1.173 crimes de feminicídio no Brasil, uma média de 3,2 casos de violência contra mulheres por dia. Esses números apontam uma carência da mediação do Estado com a sociedade para discutir essa triste realidade, é necessário prevenir, combater e acolher as vítimas, contudo, devem ser priorizadas a instalação de delegacias especializadas pelo país e a criação de mais juizados de violência doméstica e familiar nas Comarcas. (GODOY, 2018).

Infelizmente, mesmo diante de tantos meio a fim de evitar e proibir tais atos que venham a violar direito basilares do ser humano, a ratificação de tratados internacionais e aplicação de leis mais severas, observa-se que não há um verdadeiro cumprimento daquilo que é imposto a sociedade, o que nos dá a sensação de impunidade, fazendo com que muitas mulheres não procuremesse amparo.

Porém, as mudanças que ocorrem na legislação, tem a finalidade de-contribuir para as novas realidades sociais e também de assegurar cada vez mais ásmulheres encorajando-as á lutarem por seus direitos e a não terem medo, por maisdifícil e cruel que a vida pareça ser á elas no ambiente em que deveriam estar mais.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. **Boletim anual da estatística criminal, 2018**. Disponível em: <http://seguranca.al.gov.br/wp-content/uploads/arquivos/217_arquivos.pdf>. Acesso em: 11 de abr. 2019.

ARDAILLON, D.; DEBERT, G. G. **Quando a Vítima é Mulher**. **Análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídios**. Brasília: CNDM/ Ministério da Justiça,1987.

AZEVEDO, D. T. D. **Dosimetria da pena: causas de aumento e diminuição. 1. ed.**, 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 12 de abr. 2019.

CERQUEIRA, D. **Atlas da violência 2018**. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP_Atlas_da_Violencia_2018_Relatorio.pdf>. Acesso em: 08 de abr. 2019.

DIAS, M. B. **A Lei Maria da Penha na justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GODOY, E. F. F. **Como reduzir os casos de feminicídio - Jornal do Comércio**. Disponível em: <https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/opiniao/2018/08/645317-como-reduzir-os-casos-de-feminicidio.html>. Acesso em: 11 de abr. 2019.

KARAM, M. L. **Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas**. Disponível em http://justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais- -desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/. Acesso em: 13 de abr. 2019.

MACHADO, M. R. D. A. **A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil**. Brasília : Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2015.

MACIEL, Eliane C. B. de Almeida. **A Igualdade entre os Sexos na Constituição de1988**

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito penal: parte especial. Vol2**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ORTEGA, F. T. **Feminicídio (art. 121, § 2º, VI, do CP)**. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/337322133/feminicidio-art-121-2-vi-do-cp>.Acesso em: 12 de abr. 2019.

PIOVESAN, F. Direitos **humanos e o direito constitucional internacional. 13. Ed**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, C; FARIAS, M. **Alagoas teve 76 mulheres vítimas de feminicídio nos últimos três anos**. Disponível em: <https://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/alagoas-teve-76-mulheres-vitimas-de-feminicidio-nos-ultimos-tres-anos.ghtml>. Acesso em: 11 de abr. 2019.

WAISELFISZ, J. J. **Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil**. Brasília: 2015.

JUSTIÇA RESTAURATIVA - UM MODELO DE VALORIZAÇÃO HUMANA NA POLÍTICA CARCERÁRIA - METODO APAC

RENATA APARECIDA SILVA

INTRODUÇÃO

O Sistema Prisional Carcerário Brasileiro encontra-se estagnado. No Brasil o condenado ingressa no sistema carcerário e é marginalizado, corroído, sendo lançado a própria sorte. O Sistema Penitenciário apresenta péssimas condições de vivência, o condenado não acredita em melhores perspectivas de melhoria e acaba retornando ao anseio social mais violento e cada vez mais inserido no contexto do crime.

Como meio de alterar a realidade surge a ideia de procurar uma solução para o cumprimento de pena com condições mais humanizadas e ressocializadoras. Surge então a APAC - Associação de Proteção e Assistência ao Condenado método que não deve por sua vez tomar o lugar do Sistema Penitenciário comum, mas que visa a comunicabilidade entre os métodos. Este vem fazendo a diferença e mudando aos poucos a realidade carcerária brasileira.

Enquanto se faz necessário em estabelecimentos prisionais a presença de força policial a fim de que sejam asseguradas a disciplina e a ordem, na APAC ao contrário os próprios encarcerados são corresponsáveis por sua recuperação, sendo inclusive confiado a eles parcialmente a segurança do estabelecimento.

O Brasil apresenta conceituação negativa perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos já que em virtude das mazelas do sistema

carcerário brasileiro e a omissão estatal o órgão e constantemente acionado.

Um fator a se destacar é que a Noruega país com menor índice de reincidência do mundo apresenta metodologia similar com a metodologia APAC.

Ocorre que o país é pioneiro estando aos poucos adaptando seu olhar para esta área o que se faz necessário já que atualmente o país e o terceiro com maior índice de reincidência do mundo.

O Trabalho apresenta evolução do Sistema Prisional procurando demonstrar diferenças entre o cumprimento de pena privativa de liberdade desde seu surgimento até os dias atuais. Demonstra a desvalorização do homem perante o Sistema Prisional comum e a importância da valorização humana resgatada pelo surgimento da nova metodologia.

Por fim demonstra a falibilidade do sistema penitenciário comum inaugurando uma perspectiva positiva com o surgimento do método APAC

JUSTIÇA RESTAURATIVA

Trata-se de proposta de justiça que, por meio de um ideal humanizador visa proporcionar o cumprimento de pena de modo distinto do punitivíssimo clássico do sistema penal. No referido, o papel do preso é secundarizado.

Por sua vez a metodologia apaqueana demonstra que a recuperação não é só no plano abstrato: o preso é colocado frente a frente com ele mesmo permitindo que ele reflita sobre os danos e sofrimentos causados pela agressão. Isso possibilita que o mesmo compreenda conduta causadora do dano e os impactos da sua ação e expresse as condições particulares em que ela estava. Dessa forma, cria-se também um espaço propício para que os danos possam ser revistos e de forma preventiva evitando assim futuras reincidências.

A justiça restaurativa é materializada através da metodologia APAC é e utilizada paralelamente ao sistema penal tradicional: há um entendimento dos benefícios psicológicos trazidos pela sua proposta, ainda que a resposta principal continue sendo a do sistema penal tradicional. Passa a ser considerada uma pratica que não só abre mão da busca por uma pena

– muitas vezes baseada no sofrimento –, mas se propõe, principalmente, a observar as causas e contextos dos conflitos e agressões. Recuperando as relações entre indivíduos ou repensando o ordenamento jurídico tradicional, onde o conflito pode ser resolvido sem formas desumanas de punição, como as observadas pelos presídios brasileiros a partir do entendimento e do reconhecimento entre as partes e a formação de uma possível restauração dos danos causados.

PRINCÍPIOS INFORMADORES

A princípio é de suma importância destacar que desde o inicio dos tempos, as diferentes sociedades desenvolveram mecanismos punitivos para os agentes infratores. Na História da humanidade sempre esteve presente os sistemas de punições, destacando-se primordialmente os *castigos corporais* como materialização da efetiva aplicação da pena.

Passado esse período, eliminou-se do sistema punitivo o seu caráter de humilhação *moral e físico,* logo o corpo era sinal de punição, e a dor simbolizava a efetiva aplicação do castigo. A lei penal passou a propor uma nova função de prevenção do delito e de readaptação do criminoso.

Vejamos para Michel Foucault:

> A finalidade da prisão deixou de ser então o de causar dor física e o objeto da punição deixou de ser o corpo para atingir a alma do infrator. A prisão torna-se como pena privativa de liberdade e constitui em uma nova tática da arte de fazer sofrer

Para o autor a prisão passa por uma nova roupagem, fundamentando-se em privar o individuo da liberdade para que através do isolamento, retirando-o do núcleo família, de relações socialmente significativas, possa refletir então sobre o ato criminoso, compreendendo por sua vez o porquê de sua punição.

Dito isso, hodiernamente, vive-se atualmente uma crise no sistema de execução penal brasileiro. A aplicação da Lei Execução Penal torna

se distante do contexto social atual restando demostrado ao longo desse trabalho a sua ineficácia.

Superados estes pontos teóricos, a finalidade de um viés prático, no intuito de ilustrar e demostrar a eficácia da Lei de Execução Penal, resta demostrada.

LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Inicialmente o Artigo 1º do Código Penal – Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940, conceitua o que se considera como pena: "Art. 1º – Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal."

Assim sendo entende-se como "crime" o que é tipificado por lei, em decorrência de omissão/ação. O agente será então punido por uma "pena", trata-se de punição por uma ação julgada repreensível logo esta também deve estar expressa em lei.

O Autor Rogério Greco (2014, p.124), explica que a finalidade da pena deve ser de reprovação e prevenção assim sendo a pena deve: "Reprovar o mal produzido pela conduta praticada bem como prevenir futuras infrações penais".

Percebe-se que a pena aplicada ao autor do delito tende a refletir na sociedade, fazendo com que as demais pessoas, saibam sobre a severidade para aqueles que rompem a ordem vigente, e passem a refletir antes de qualquer inflação penal. Além disso, ao que tange ao aspecto preventivo esse tem como proposito infundir na consciência geral a necessidade de respeito, valores, fidelidade ao direito, promovendo assim a integração social.

Segundo o Ministro Nilson Naves (STJ Resp. 662807//MG Min. Nilson Naves 6ºT, DJ 19/32007, p.398 *apud* GRECO, 2014, p. 125), teria a pena mais uma finalidade:

> As penas devem visar à reeducação do condenado. A história da humanidade teve, tem e terá compromisso com a reeducação e com a reinserção social do condenado. Se fosse doutro modo, a pena estatal estaria fadada ao insucesso.

Sendo assim, a pena deve visar à educação, a fim de que haja uma reciclagem de valores e preceitos e então o efetivo resgate do infrator.

Poderá, então, o preso, pensar e refletir sobre a vida, ter uma nova visão de si e do mundo de seus próprios símbolos, ao fito de ser acolhido no "mundo exterior", à vida normal na sociedade humana, e, portanto, Ressocializar-se.

SISTEMA PRISIONAL COMUM

O Sistema Prisional Brasileiro prevê a adoção de três regimes de cumprimento pena, iniciando-se com o mais gravoso de todos o regime fechado. Todavia de acordo com a legislação brasileira a também à possibilidade de cumprimento de pena em liberdade, vejamos como exemplo, a pena restritiva de direitos.

O dispositivo legal artigo 33 do Código Penal, destaca os meios de regimes existentes, tais como: '' Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto''.

A pena privativa de liberdade representa um grande avanço, na forma de punir, já que conforme demostrado, nos tempos mais remotos eram aplicadas as mais esdrúxulas e torturantes penas corporais o que certamente não possuía como objetivo a recuperação, mais sim única e exclusivamente o viés punitório. Atualmente sua aplicação demostra o controle sobre os critérios objetivos do direito penal, evitando a subjetividade arbitraria que foram tão presentes em épocas passadas.

A adoção dos três regimes demostra uma evolução a ser percorrida pelo condenado, que lentamente vai sendo inserido na sociedade, a fim de que sejam evitados saltos entre os regimes, o que certamente representa um problema, uma vez que o apenado não se encontra preparado para sua readaptação repentina.

O Regime Fechado deve ser cumprido em estabelecimentos de segurança máxima, os encarcerados condenados a penas superiores há oito anos, serão presos e privados da sua liberdade de ir e vir, conforme artigo 33, § 2º, "a": "o condenado a pena superior a oito (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado''

Por outro lado, ao que pese o regime semiaberto esse será cumprido em estabelecimento de nível médio, aqui será cumprido pelo "o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a quatro (quatro) anos e não exceda a oito (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto" (Artigo 33, § 2º, letra b, do Código Penal)".

Por fim e não menos importante, em se tratando do regime aberto "o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto" (Artigo 33, § 2º, letra b, do Código Penal).

Percebe-se a progressão entre os regimes, sendo a privação de liberdade destituída conforme a gravidade do delito.

Ocorre que na realidade brasileira desde a instituição do Decreto Lei 2848/40 até os dias de hoje, na grande maioria das comarcas brasileiras não possuem capacidade seja econômica, territorial, para abrigar os três regimes, o que impede que o condenado passe pela progressão de cumprimento de pena, o que gera saltos entre regimes, fator negativo no cumprimento das penas.

Além disso, o que o Estado faz é a apenas remediar, o problema ocorrido, retirando os autores da inflação penal e despejando-os em estabelecimentos de segurança máxima, superlotados, com condições precárias de moradia.

Como são sabidos, os sistemas de segurança máxima, denominados popularmente como presídios, encontram-se desvalidos. O condenado depara-se com uma faculdade de crimes, atos de violência, suicídios, fugas, drogas, é notório que o mesmo tende a sair pior do que quando entra.

A superlotação prisional é chocante, a construção de novos presídios é fator de preocupação ao Estado Brasileiro, que não possui condições territoriais e econômicas com a construção.

SUPRESSÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

O Sistema Penitenciário Brasileiro– não cumpre seu papel ressocializador, não há individualização do cumprimento da pena, e não comporta todos

os que para lá são enviados. A sociedade se cala diante dessa realidade, por acreditar que os que lá estão merecem tal sofrimento. Há uma concordância quase geral de que os delinquentes necessitam padecer dos males do Sistema, pois 'pensarão duas vezes antes de cometerem novos delitos'.

No entanto, o alto índice de reincidência tem demonstrado o oposto – aumenta vertiginosamente com o caos do sistema, pois funciona com um ciclo, onde o indivíduo que cumpre a pena é tratado (e assim se sente) como um problema social. Ao sair, alvo de preconceito, muitas vezes não encontra amparo social, especialmente quando se trata de emprego, e volta a delinquir.

Além disso, as formas desumanas proporcionadas nos estabelecimentos prisionais brasileiros influenciam negativamente no processo de recuperação dos mesmos. Lamentavelmente, o Brasil, não obstante demonstrar internacionalmente seu interesse em preservar e legitimar os direitos humanos tem agido de forma imprudente quanto à questão da violência aos direitos fundamentais dos presidiários. Ressalte-se que tais violações afrontam gravemente a Constituição Federal, na medida em que a Carta Maior assegura, em seu artigo 4º, II, que o Brasil reger-se-á, em suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos, sendo a proteção a tais direitos, verdadeiro imperativo constitucional.

SUPER LOTAÇÃO PRISIONAL

Em pesquisa realizada pela reviste veja, em 08 de Dezembro de 2017, demostra que o Brasil é a terceira maior população carcerária do mundo. A população prisional chegou a 726.000 no país ultrapassando a da Rússia, que é de um pouco mais de 607 mil. O Brasil ficou atrás dos Estados Unidos, que tem mais de dois milhões de presos, e da China, cujo número de pessoas presas chega a 1,6 milhão.

Comparado com o ano de 1990, quando esse levantamento começou a ser feito pelo Ministério da Justiça, a população carcerária foi multiplicada em oito vezes, passando de 90 mil para o número atual de mais de 726 mil presos, período em que a população brasileira cresceu apenas em 39%.

O que é preocupante é que enquanto a população carcerária só cresceu em contrapartida o numero de vagas, veio a diminuir. Vejamos no ano de 2017 foi registrada uma queda de 0,8 % no numero das vagas, com 3.152 a menos e um aumento de 4% com 28.094 prisioneiros. A cada 10 detentos nove vivem em unidades de superlotação.

Outro fator alarmante é que a população prisional e majoritariamente composta por jovens, negros, pobres e de baixa escolaridade, segundo o levantamento realizado pelo Ministério da Justiça através do INFOPEN 56% dos presos são jovens entre a faixa etária de 18 a 29 anos. Percebe-se que as falhas nos setores, escolar, assistencial, empregatício, podem estar associados à elevação dos números de encarcerados.

A divulgação dos dados atualizados é um empecilho à veracidade da realidade enfrentada. O Ministério da Justiça, não apresenta dados, sobre a quantidade de presos, nas celas, mas de fato não é de se estranhar que em uma cela haja entre 16 a 40 presos, quando na verdade ela é destinada a apenas oito.

O SISTEMA INTERAMERICANO E O MÉTODO BRASILEIRO DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Firmada a Convenção América de Direitos Humanos (CADH), conhecida como pacto de São José da Costa Rica no ano de 1969 o país aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em 1992, tendo reconhecido a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em 1998.

É alarmante o grau de descumprimento das decisões emanadas da Corte IDH, sendo que 50% das decisões não são cumpridas, 14% têm cumprimento parcial e apenas 36% das decisões são cumpridas totalmente (BASCH, 2010).

O Brasil responde, desde 2002, a processo na OEA (Organização dos Estados Americanos) por não respeitar as normas internacionais de direitos humanos na Casa de Detenção Urso Brancos, devido a massacres de presos, superlotação carcerária, instalações deficientes, dentre

outras violações. A situação no presídio não mudou entre o período de 2002 a 2006, segundo denunciou, em agosto de 2006, o diretor do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça, Maurício Kuehne.

Em 2000 uma rebelião levou a morte de 03 detentos e deixou 30 feridos. Em 2001 seis detentos. No ano seguinte o mesmo presidio ganhou espaço na mídia nacional e internacional devido ao assassinato de 27 presos, cometido por colegas de cela. Ainda assim no mesmo ano mais 10 assassinatos isolados foram registrados. Já em 2004, uma rebelião deixou quinze mortos – cinco decapitados –, além de centenas de feridos e 80% das instalações destruídas. Um ano depois, nova rebelião fez 200 reféns e dez mortos. O Brasil foi denunciado a OEA sobre de violação de direitos humanos dos apenados, sejam eles direito à vida e integridade física dos internos do presídio Urso Branco (artigos 4º e 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos), e dos direitos às garantias judiciais (artigos 8º e 25 da Convenção). O presidio conta ainda com superlotação e estima-se que os apenados ainda sofrem das mais distintas formas de tortura.

A situação de um dos mais violentos presídios do país chamou a atenção da Corte Interamericana Humana. Ocorre que essa vem sendo aos poucos a realidade prisional carcerária nacional.

A APAC E SUA METODOLOGIA

> O Amor, a confiança a valorização do ser humano e a crença na sua capacidade de recuperação são pilares importantes que diferenciam o Método APAC do sistema comum (Valdeci Antônio Ferreira, 2016, p. 33 Livro "Juntando Cacos Resgatando Vidas").

Segundo a FBAC- Fraternidade Brasileira de Assistência ao Condenado, percebendo tratar-se de grupo social ignorado pelo âmbito social, foi idealizada pelo advogado e jornalista Mário Ottoboni e um grupo de amigos cristãos a hoje denominada Associação de Proteção e Assistência aos Condenados - APAC.

O objetivo é gerar a humanização das prisões, sem deixar de lado a finalidade punitiva da pena. Sua finalidade é evitar a reincidência no crime e proporcionar condições para que o condenado se recupere e consiga a reintegração social. A primeira APAC nasceu em São José dos Campos (SP) em 1972, atualmente o método socializador da APAC espalhou-se por todo o território nacional e também no exterior. São aproximadamente 50 unidades em todo o Brasil. Além disso, o método já foi implantado internacionalmente em países tais como Alemanha e Argentina. O modelo Apaqueano foi reconhecido pelo Prison Fellowship Internacional (PFI), organização não governamental que atua como órgão consultivo da Organização das Nações Unidas (ONU) em assuntos penitenciários, como uma alternativa para humanizar a execução penal e o tratamento penitenciário.

Trata-se de entidade civil, de direito privado, e não possui finalidade lucrativa. É importante destacar que cada APAC é autônoma. Todavia é filiada à Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados – FBAC órgão fiscalizador e coordenador. É amparada pela Constituição Federal para atuar nos presídios, já que exerce atividade de cunho publico (matéria penal). Opera como entidade parceira dos Poderes Judiciário e Executivo.

No método, diferente do sistema penitenciário comum, os presos, ora denominados recuperandos são corresponsáveis por sua recuperação e recebem todas as assistências preconizadas pela Lei de Execução Penal e todos os direitos estabelecidos nas regras mínimas da ONU – Organização das Nações Unidas – para o tratamento dos presos.

Sua metodologia é caracterizada pela aplicação de uma disciplina rígida, ampara no respeito, na ordem, no trabalho, e na capacitação profissional, estudo é envolvimento familiar. Sobretudo a valorização Humana é fator primordial na reciclagem de valores do recuperando.

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FRENTE AO MÉTODO APEQUENO

O objetivo da APAC é a promoção da humanização no cumprimento de penas sem, contudo, haver a perda do caráter punitivo da mesma. Manter

o propósito de evitar reincidência e oferecer alternativas para o recuperando se reinserir na sociedade. Tudo isso feito com a efetivação dos princípios constitucionais positivados. É sobretudo através de estabelecimentos prisionais coerentes com a efetivação da dignidade da pessoa humana.

"Em seu método expõe o preso à terapia da realidade fazendo-o confrontar consigo mesmo com a verdade a justiça e o amor."

É garantido ao preso, o respeito à integridade física e moral, (Art. 5º, XLIX da CF). A pena deverá ser cumprida em estabelecimento qualificado pela natureza do crime, da idade e do sexo (Art. 5º, XLVIII da CF) e, às detentas, é assegurado ter condições para permanecer com seus filhos no período de amamentação (Art. 5º, L da CF), mas, como é de conhecimento garantias e princípios não são cumpridas. Diferente do Sistema prisional comum, a APAC trabalha para que essas mesmas garantias sejam preservadas e efetivadas aos apenados.

O abismo entre a lei e sua aplicação e grandioso. O sistema prisional corrompido é provedor do estado paralelo do crime. Até pouco tempo as gestantes presas, iniciavam seus trabalhos de parto algemadas na sala de operações, sendo obrigadas a sentir suas contrações "presas" sob a premissa de possíveis fugas.

Vejamos até que ponto existe riscos de fato, ou estaremos caminhando rumo a uma rede de imposições inexplicáveis e desumanas.

AUSÊNCIA DE POLICIAMENTO NOS CENTROS DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL

É sabido que os presídios brasileiros sempre são alvo de noticia, seja pela facilitação de drogas no mesmo, pela violência brutal, por assassinatos, facções. Em meio a esse panorama surge um modelo de prisão com ausência total de armas e de policiamento, que defende um modelo de prisão sem policiais, armas nem motins, onde os detentos não usam uniformes. A comida e o alojamento são individuais para todos os encarcerados.

Todavia o que parece vida fácil é, no entanto, revestido de muita disciplina. Os horários restritos e a disciplina estão presentes. As tarefas mais

simples as mais complexas são realizadas pelos próprios recuperandos.

Nem todos podem ser transferidos para um centro de reintegração social. O detento pede a transferência e o juiz decide, mas os principais critérios a serem analisados não se tratam da gravidade do crime ou longevidade da pena. A condenação deve ser definitiva e a família deve morar na mesma região do centro solicitado.

A ausência de policiamento não desencadeia aumento de fugas, pelo contrário diferente do método comum, a APAC possui baixo nível de fugas e de reincidência. O método conta com a presença de inspetores de segurança, que não possuem armamento é são responsáveis pelos plantões na instituição. Ao longo do dia, rondas são feitas para conferir a arrumação das celas e camas. Além de fiscalização sobre oficinas realizadas tais como artesanatos, marcenaria. À noite a ronda também é realizado encerrando-se as atividades ás 22:00 horas, onde todos os recuperandos retornam as celas, entregando as chaves ao inspetor noturno. As 05:00 da manhã a rotina se inicia novamente.

O que parece utopia em um país como o Brasil, se faz presente entre mais de 50 APAC'S pelo país. É tem demostrado que a confiança, aliada a garantias dignas de cumprimento, sem deixar de lado a rigidez necessária tem obtido mais resultado, do que o estabelecimento prisional nacional precário é superlotado com a presença constante de armamento e policiamento.

REGIME SEM SALTOS

Progressão de regime é um direito previsto na Lei de Execução Penal, em seu art. 112, nos seguintes termos:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Portanto é direito garantido ao preso, passar por regime menos gravoso desde que preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos previstos em lei.

Por sua vez a progressão por salto (ou "per saltum") seria a possibilidade do preso que cumpre pena no regime fechado ser transferido para o regime aberto, sem, contudo passar pelo regime semiaberto.

Segundo a jurisprudência, essa modalidade de progressão de regime não seria admitida em nosso ordenamento jurídico. Aliás, a súmula 491 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que "é inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional".

Ocorre que na pratica, muitos apenados permanecem em estabelecimentos mais rigorosos (e inadequados) do que aqueles a que teriam direito no regime atual. Assim, apenados que cumprem a pena no regime aberto permanecem em estabelecimentos de execução dos regimes fechado ou semiaberto quando não há albergue, o que é lamentável e incompatível com a individualização da pena.

Nesse sentido, o STJ já decidiu que um apenado que cumpre pena no regime semiaberto poderia permanecer no regime aberto ou em prisão domiciliar até o surgimento de vaga em estabelecimento destinado ao regime semiaberto:

O condenado agraciado com a progressão para o regime semiaberto deve aguardar, em caráter provisório e excepcional, em regime aberto ou prisão domiciliar, o surgimento de vaga em estabelecimento adequado e compatível com o regime para o qual foi promovido.

É importante destacar que é enquadrado como constrangimento ilegal a manutenção do condenado em regime fechado ainda que provisoriamente e na espera de solução de problema administrativo, quando comprovado que o mesmo obteve o direito de progredir para o regime semiaberto.

Não sendo possível a imediata transferência para o regime semiaberto este deve aguardar em regime aberto ou prisão domiciliar.

Ocorre que segundo ao método apaqueano esse modelo de soltos não se encontra correto, vez que é importante que o preso passe por todos os regimes, assim a cada regime cumprido mais preparado para inserir-se no anseio social estará. Ocorrendo o contrário, haverá o choque social o que prejudica a progressão de regimes e a própria recuperação de preso.

No Centro de Reintegração Social da APAC a estrutura proporciona o cumprimento dos três regimes, em um único estabelecimento prisional o que impossibilita o regime precoce de saltos.

REINCIDÊNCIA

O método alternativo de ressocialização, segundo o gerente de metodologia da FBAC, Roberto Donizetti, afirma que há 70% de não reincidência (no crime) enquanto no sistema prisional comum o numero parece ser ao inverso.

A estratégia de corresponsabilizar os recuperandos apresentando conceitos tais como responsabilidade, autovalorização, solidariedade e capacitação, aliados à humanização do ambiente prisional, tem obtido altos índices de aprovação.

O numero é surpreendente se comparado ao sistema comum que apresenta ao contrario 70 a 80% de reincidência.

QUANDO CUSTA UM PRESO PARA O SISTEMA APAC

Um preso de APAC custa menos da metade do valor mensal que o Estado destina para manter um preso sob custódia no sistema prisional comum

Em Minas Gerais, por exemplo, o preso custa em média R$ 2,7 mil por mês pelo sistema tradicional e R$ 1 mil pelo método de ressocialização apaqueano. Os cálculos são do gerente de metodologia da FBAC, Roberto Donizetti.

De acordo com o levantamento da FBAC, o governo de Minas Gerais desembolsa mensalmente R$ 3 milhões nas associações. Se esses presos estivessem em uma das prisões tradicionais do estado, eles custariam R$ 12 milhões mensais. A diferença anual soma R$ 108 milhões. A cifra, variável conforme a lotação da unidade abrange os custos de manutenção do detento no sistema (alimentação, estudo, trabalho, itens de higiene, água, pagamento dos agentes penitenciários, entre outros) e também a construção da unidade prisional, de acordo com a Secretaria de Administração Prisional de Minas Gerais (SAP/MG).

Os 3,5 mil presos que cumprem pena em estabelecimentos que seguem a metodologia APAC em Minas Gerais, Rio Grande do Norte, Paraná e Maranhão representam apenas cerca de 0,5% da população carcerária do país,

calculada em 654,3 mil pessoas, de acordo com informações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O viés de crescimento da população carcerária é de 7% nos últimos anos, de acordo com o mais recente levantamento do Departamento Penitenciário Nacional.

REFORMA NO SISTEMA PRISIONAL E A IMPORTÂNCIA DO SISTEMA COMUM E DA METODOLOGIA APAQUEANA

Tanto o Sistema Comum tanto o método apaqueano, disponibilizam assistência social aos presos/recuperandos, a fim de que seja trabalhada a recuperação e a valorização humana, ajudando ao encarcerado e também a família do mesmo.

Ocorre que é importante que a família ou a vitima sobrevivente também receba tratamento. Embora este possa encontrar-se recuperado, mas em decorrência da não preparação o condenado enfrentará sérios problemas em sua reinserção social.

O Estado tem realizado o trabalho com determinados grupos sociais atingidos como, por exemplo, crianças e adolescentes vitimas de estupro, ou em se tratando de violência a mulher, delegacias especificas prestam rápido atendimento as mesmas.

O trabalho com vitimas de estupro, de fato é realizado, principalmente em se tratando de crianças. Todavia as vitimas de homicídio, latrocínio, por exemplo, ainda não contam ativamente com órgãos responsáveis, o que demostra falibilidade por parte do estado, já que a vitima não é ampara e trabalhada.

Assim sendo, é extremamente necessária a colaboração do estado, para que órgãos voltados ao trabalho com vítimas e familiares sejam também realizados.

É importante destacar de que nada adianta o trabalho apenas com o reeducando, é necessária a acolhida da vitima e na ausência desta a inclusão da família a fim de que haja o trabalho social a minimização de impactos pelas partes envolvidas.

PLATAFORMA DESENCARCERA

A Plataforma é uma iniciativa do Instituto ID: Promoção, Pesquisa e Intervenção de Direitos Humanos e Cidadania em parceria com o Laboratório de Estudo e Trabalho, Cárcere e Direitos Humanos UFMG e com o grupo de amigos e familiares de pessoas em privação de liberdade, com a finalidade de proporcionar a familiares, amigos e terceiros a liberdade de denunciarem as violências, torturados, segregações de liberdade ocorridas nos presídios de Minas Gerais e fora deles.

Através da Plataforma, com a disponibilização de informações, denuncias manifestações e dados. E elaborado a produção de pesquisas, relatórios e trabalhos acadêmicos sobre o Sistema Prisional com o intuito de difundir, facilitar o acesso, e produzir uma mudança de pensamento e ação sobre a justiça criminal no Brasil tendo como elemento orientador a desconstrução das práticas punitivas. Oco ocorridas nos presídios de Minas Gerais e fora deles, com os fora deles, com os familiares.

APAC SERÁ ADOTADA COMO POLÍTICA PUBLICA

Recentemente foi publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen) através do site Tribunal de Justiça de Minas Gerais que a metodologia apaqueana será adotada como politica publica nacional.

O Juiz Luiz Carlos Rezende e Santos comentou sobre o método destacando que o mesmo encontra iniciativas voltadas para a Justiça Criminal.

O Magistrado afirmou que os ganhos para o Estado não se resumem a financeiros, já que o custo dos recuperandos giram em torno de R$ 1 Mil, enquanto que o sistema penitenciário nacional chega a gastar quase R$ 3 Mil por encarcerado.

Além dos inúmeros benefícios é possível perceber uma alavancada positiva ao que se refere à forma humanizada de cumprimento de pena. O Brasil caminha a passos curtos, mais certamente de forma mais digna rumo à transformação da atual realidade.

PESQUISA EM CAMPO - DEPOIMENTO DO RECUPERANDO

"Estive cumprindo pena no regime Fechado do Sistema Penitenciário do Estado por 1 ano e 9 meses. Após esse período consegui a transferência para APAC – Araxá, que também é um presídio para cumprimento de penas, entretanto se destaca pelo método de recuperação dos que estão privados de liberdade através da evangelização e humanização.

Ao chegar a APAC o não uso de algemas e de uniformes, já me impressionou conta Fabiano, recuperando do regime fechado II, da APAC – ARAXÁ, a acolhida afetuosa recebida pelos funcionários e recuperandos que aqui estavam também foi um fator inicial de bom Impacto.

Já estou há 7 meses na APAC, absorvendo muito da metodologia aqui aplicada e o claramente que, as propostas dela almejam a recuperação plena do homem que cometeu um delito. "Matar o criminoso, e salvar o homem". Portanto, queremos aqui cumprir sim o duplo objetivo da pena que é punir e recuperar. Acatamos o caráter punitivo da pena, mas somos felizes porque diferentemente do presídio convencional a APAC tem nos oferecido também o segundo caráter que é a recuperação.

Acredito que aqui se tem todas as oportunidades e instrumentos estudo, capacitação profissional, valorização humana, participação da família e da sociedade

para uma mudança de mentalidade, que refletirá em uma transformação em nossas vidas, a fim de que retornassem para a sociedade como homens recuperados e não mais como homens infratores."

Segundo o recuperando Bruno Sifuentes, do regime fechado I existe duas visões completamente diferentes, a visão como preso e a visão como recuperando vejamos: "Dentro do sistema comum, infelizmente nada pode ser feito para ajudar o preso a fazer uma mudança de vida". Pois já vem dele o total desinteresse, não é esse o objetivo do sistema comum é nem a vontade de mudança de vida por parte de nós presos. A única coisa que esperamos todos os dias é o dia de nossa liberdade, para sairmos e continuarmos a cometer delitos do lado de fora.

Enquanto estamos presos esperando o tempo passar, ociosos, vivenciando histórias dos crimes de outros companheiros, isso se torna um

círculo vicioso, um ladrão de perfumes certamente se tornará um assaltante a mão armada, violento, e fará uso de drogas.

Na APAC o recuperando recebe um grande convite de Deus para fazer uma renúncia, essa não e nada fácil, mas vale ao menos dar uma chance inicial.

CONCLUSÃO

Por fim resta mais que demostrado que o Sistema Prisional Brasileiro Nacional já não apresenta efetividade. A nova metodologia apaqueana apresenta inovação, além de ser garantidora de preceitos fundamentais basilares, sobretudo do cumprimento de tratados internacionais previstos constitucionalmente e titulados como normas supralegais.

O Cumprimento digno proporciona a verdadeira recuperação do infrator, que tratado como "Homem" sujeito de direitos e deveres entende o alcance do erro cometido. Ressalta-se como já abordado, a importância do Estado alerta-se para a criação de órgãos com trabalhos voltados às vitimas e suas famílias. De nada adianta o trabalho voltado apenas com o encarcerado. A vitima e a família devem receber apoio e trabalho especifico para retornarem a sociedade. Assim haverá de forma igualitária a ajuda prestada a ambas as partes envolvidas, materializando a efetiva Justiça Restaurativa.

Dessa forma, cria-se também um espaço propício para que os danos possam ser revistos e de forma preventiva evite-se futura reincidência. Proporciono então o viés dualista e ressocializador da pena.

REFERÊNCIAS

FERREIRA, Valdeci Antônio. Juntando os Cacos Resgatando Vidas. 2016. 58 f. Itauna, 2018. 2° Edição.

FERREIRA, Valdeci Antônio. Parceiros da Ressureição. 2016. 58 f. Itauna, 2018. 1° Edição

FÁBIO, André Cabette. Como a superlotação das cadeias contribui para o fortalecimento do crime organizado Link para matéria: São Paulo, 2018. Cap. 03. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/05/03/Como-a-superlota%C3%A7%C3%A3o-das-cadeias-contribui-para-o-fortalecimento-do-crime-organizado>. Acesso em: 20 set. 2018.

PLANALTO. Https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10639741/artigo-1-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940. 1940. 60 f.). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10639741/artigo-1-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>. Acesso em: 14 set. 2018.

REDAÇÃO, da. Brasil tem a 3° maior população carcerária do mundo. 2017. 05 f. São Paulo3, 2018. Cap. 01. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/brasil-tem-a-3-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>. Acesso em: 14 set. 2018.

UOL. Levantamento aponta que 56% dos presos no Brasil são jovens... - Veja mais em https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/06/23/levantamento-aponta-que-56-dos-presos-no-brasil-sao-jovens.htm?cmpid=copiaecola. 2015 Cap. 01. Disponível em: <ttps://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2015/06/23/levantamento-aponta-que-56-dos-presos-no-brasil-sao-jovens.htm>. Acesso em: 16 set. 2018.

ROXO, Sergio. Em celas para 10 presos, o usual no Brasil é haver ao menos 16. 2017. 02 f.) São Paulo, 2018. Cap. 02. Disponível em: <hhttps://oglobo.globo.com/brasil/em-celas-para-10-presos-usual-no-brasil-haver-ao-menos-16-20947060>. Acesso em: 17 set. 2018.

FÁBIO, André Cabette. Como a superlotação das cadeias contribui para o fortalecimento do crime organizado Link para matéria: São Paulo, 2018. Cap. 03. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/05/0 3/Como-a-superlota%C3%A7%C3%A3o-das-cadeias-contribui-para-o-fortalecimento-do-crime-organizado>. Acesso em: 20 set. 2018.

IPEA. Reincidência Criminal no Brasil. 2015. - Rio de Janeiro, 2018. Cap. 03. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/sto-

ries/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em: 30 set. 2018.

JUSTIÇA, Ministério da. Pessoas Presas no Brasil. 2013. 02 f. Tese Brasília, 2018. Cap. 02. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 01 out. 2018.

LUCIA, Carmén. Cármen Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil. 2016. Góias, 2018. Cap. 01. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-preso-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>. Acesso em: 11 out. 2018.

HOLLAND, Carolina. Gasto com preso chega a ser 10 vezes maior que custo por aluno em MT. 2017, Mato Grosso, 2018. Disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2017/01/gasto-com-preso-chega-ser-10-vezes-maior-que-custo-por-aluno-em-mt.html>. Acesso em: 11 out. 2018.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. Cidadania nos Presídios. 2013- Brasília, 2018. Cap. 01. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acesso em: 11 out. 2018.

JUDICIALIZAÇÃO, PolÍtica CarcerÁria e Direitos Humanos: Reflexos da Sua. Guilherme Nogueira Soares1. 2014, Brasília, 2018. Cap. 02. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=bf5ecfddd572bc0d>. Acesso em: 11 out. 2018.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. Apac: método de ressocialização de preso reduz reincidência ao crime. 2017- Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84625-apac-metodo-de-ressocializacao-de-preso-reduz-reincidencia-ao-crime>. Acesso em: 11 out. 2018.

PRÁTICA, Apac - O Metodo na. VALORIZAÇÃO HUMANA. 2017. São Paulo, 2018. Disponível em: <http://comomatarumcriminoso.com.br/metodo/7-valorizacao-humana/>. Acesso em: 11 out. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2017.

EXTRAÇÃO COMPULSÓRIA DE PERFIL GENÉTICO E A CRIAÇÃO DOS BANCOS DE DADOS NO ÂMBITO DA LEI 12.654/2012

STEPHANIE DA COSTA VIDAL DE FIGUEIREDO
MAICON SOUZA MENEGATTI

INTRODUÇÃO

Com o avanço científico e tecnológico experimentado nas últimas décadas, novos desafios jurídicos são impostos à sociedade. Um deles é a relação entre a proteção à privacidade do indivíduo, a presunção de inocência e a defesa da segurança pública. O embate pode ser observado e estudado de acordo com a implementação dos Bancos de Dados de Perfis Genéticos, no âmbito da lei 12.654/2012.

A evolução nas ciências médicas, principalmente na engenharia genética, representou em âmbito forense, uma oportunidade quase infalível para a identificação criminal. O estudo e regulamentação sobre os recursos genéticos, bem como suas coletas e validades, nos é apresentado, no tempo das incertezas e dos questionamentos, como pesquisa, manutenção da justiça e de igual modo, como valor econômico dissociando à relativização de direitos em prol de avanços.

O estudo da identificação genética bem como da manipulação das informações genéticas para pesquisas ou com finalidade de auxílio na persecução criminal, com base nos avanços tecnológicos na esfera das ciências médicas, a partir da ótica da bioética, se fazem necessárias por se tratarem de um tema incipiente e com profundo poder de reflexo na sociedade em várias de suas esferas.

A característica principal observada ao se analisar a Lei 12.654/2012,

lei responsável por regulamentar a Rede Integrada de Perfis Genéticos, consiste na obrigatoriedade de submissão à coleta de material genético de condenados referentes a crimes dolosos praticados com violência contra pessoa ou grave ameaça e também, crimes hediondos, a fim de compor o banco de dados com a finalidade de auxiliar na persecução criminal e consequentemente como uma resposta rápida às insatisfações da sociedade.

Entretanto, até qual ponto, tendo como pretexto uma maior acurácia da investigação criminal, seria possível tolerar a invasão de inúmeras esferas de direitos fundamentais de um ser humano. É com base nesta questão que será desenvolvido este trabalho, utilizando-se ainda os ensinamentos advindos da Bioética para maior análise e aprofundamento acerca do tema.

A Bioética é trazida à pesquisa com intuito de possibilitar maior aprofundamento no estudo e na discussão sobre coleta genética e seus possíveis reflexos na sociedade, haja vista que a especificidade da bioética consiste em abarcar várias áreas do conhecimento.

Sob tal jaez, poderia o homem tornar-se escravo e refém dos avanços tecnológicos em relação ao próprio material genético? Quais são os limites que nos servem como baluarte contra a autoridade Estatal?

Frente a tantas incertezas, a pesquisa se volta para questões bioéticas, seus avanços, os direitos da personalidade e as Ciências Criminais, trabalhando esses paradigmas, a partir do estudo do uso das informações coletadas e codificadas nos bancos genéticos de dados e sua disponibilidade, em conflito com a privacidade e a unicidade do indivíduo, a dignidade da pessoa humana e os reflexos e incertezas que se apresentam na sociedade.

Para efetuar de forma mais eficaz a reunião de diversas problemáticas, fez-se opção pelo método dedutivo, adotando o referencial teórico-bibliográfico, uma vez que a presente pesquisa teve como enfoque a revisão bibliográfica, embasando-se assim, em livros e artigos científicos sobre os assuntos que compõe o objeto de estudo.

Ainda nesse aspecto, é de sua importância a discussão e reflexão acerca da necessidade de se balizar os avanços e descobertas genéticas, tendo em vista a possibilidade de seu uso de maneira exacerbada, podendo servir para a realização de uma seletividade biológica e um controle da sociedade, mascarada pelo ideal de segurança pública.

Passa-se então, de forma pormenorizada à inserção e análise do direito como ferramenta balizadora e protetora bastante aos avanços genéticos contidos na biotecnologia em relação aos direitos da personalidade no direito contemporâneo, bem como, o direito à privacidade ao acesso e uso das informações codificadas.

1. O SISTEMA DE ARMAZENAMENTO DE DADOS GENÉTICOS

O avanço nas Ciências biomédicas, bem como o progresso na Engenharia Genética, possibilitou para a humanidade inúmeras descobertas e possibilidades que encontram base desde a procriação ginecológica ou artificial, bem como, ao mapeamento genético, este por ora, objeto de estudo aqui delimitado.

O Sistema de armazenamento de Dados de DNA, genéticos ou biobancos, nas palavras de Helena Moniz (2002), pode ser conceituado de forma propedêutica como um conjunto estruturado de informações e resultados de análises do DNA, tecidos e órgãos. Por sua vez, a pesquisadora Adriana Espindola (2010), amplifica seu conceito, acrescentando que os dados genéticos coletados, sequenciados e armazenados no sistema de armazenamento de dados genéticos, podem ser associados à diversas naturezas, sendo elas, natureza médica, genética, familiar e criminal.

O referido avanço científico, iniciou-se em 1953, quando os pesquisadores James Watson e Francis Crick desvendaram o mecanismo pelo qual as informações hereditárias eram passadas de uma célula para outra, determinando assim a estrutura do DNA- Ácido Desoxirribonucleico (BONACCORSO, 2010).

Dessa forma, a respeito do Ácido Desoxirribonucleico (DNA) e para melhor elucidação de suas características para a compreensão do funcionamento e peculiaridades acerca dos Bancos de Dados Genéticos, Almeida Neto (2010, p. 16) explicita que:

> O ácido desoxirribonucleico (ADN) é o material genético nuclear dos seres humanos e está presente em todas as células do nosso organismo.

> É ele que determinada a função de cada célula, dando assim a cada indivíduo suas características, que podem ou não manifestarem-se ao longo de sua vida. Constitui-se por duas cadeias de nucleotídeos que se enrolam formando uma dupla hélice. Os nucleotídeos, por sua vez, são unidades moleculares compostas por um grupo fosfato, um açúcar e uma base nitrogenada. [...] o ADN determina as características de cada indivíduo, fazendo com que haja uma individualização, e corroborado pelo fato de estar presente em qualquer.

Nesse diapasão, os Bancos de Perfis Genéticos, são responsáveis pelo armazenamento das informações obtidas das coletas de material genético. As referidas coletas podem ser efetuadas de duas formas, direta ou indireta, com fulcro especificamente forense.

Consideram-se coletas diretas as efetuadas por exame de sangue ou ainda, através de hastes flexíveis coletoras de saliva, sendo esta uma forma não invasiva. Por outro lado, as coletas indiretas podem ser efetuadas em materiais obtidos e coletados na cena do crime e ou no corpo da vítima, sendo usualmente utilizados para solucionar crimes sexuais, onde o vestígio e fluídos corporais são mais intensos.

No Brasil, o armazenamento dos materiais genéticos coletados com finalidade de auxiliar na investigação criminal, ficam armazenados na Rede Integrada de Perfis Genéticos, tal como disposto na Lei n° 12.654/2012.

A análise dos materiais genéticos empregados à auxilio da justiça, podem ser observados diretamente no processo civil, principalmente e significativamente nos casos de investigação de paternidade. Entretanto, na seara criminal, âmbito este que beneficiado diretamente com os bancos de dados Genéticos, levanta questionamentos acerca dos possíveis reflexos na sociedade, tendo em vista que não restou sedimentado entendimento acerca de suas possibilidades e seguranças jurídicas.

Nos ensinamentos de Bonaccorso (2010), o potencial dos bancos de dados é indiscutível para efetuar auxílio na investigação criminal, mas não se pode olvidar a problemática subjacente a eles. É bem verdade que, a utilização dessa técnica pode vir por construir uma situação de (in)segurança, referente à possibilidade de efetuar controle social e uma possível seletividade no âmbito penal.

Acrescenta-se que a importância do estudo perfaz devido a proteção adquirida e empregada sobre os dados pessoais, com fulcro na Constituição Federal de 1988 e à crescente evolução das tecnologias que acabam por não seguir os ditames do direito.

Atualmente, no âmbito pátrio, a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG) foi instituída através da iniciativa do Ministério da Justiça e das Secretarias de Segurança Pública Estaduais. Na qual, as informações são armazenadas com a finalidade de identificação mediante comparação com outras informações genéticas também inseridas no sistema.

Na seara criminal, os dados coletados pelo Banco de Dados Genéticos já auxiliaram em diversas investigações, relacionando vestígios de materiais genéticos encontrados no local do crime, bem como no corpo ou pertences da vítima com as informações que continham na Rede Integrada. Por isso, é mais comum a sua utilização para auxiliar a solucionar crimes que deixam vestígio, como crimes sexuais e até mesmo homicídios.

Por intermédio de seu relatório anual, o Ministério da Justiça e Cidadania (2016, p.9), conceitua e mostra o alcance dos bancos de dados genéticos:

> O conceito de investigação auxiliada é definido como um procedimento de investigação criminal no qual o banco de perfis genéticos adiciona valor ao processo investigativo. Já as coincidências confirmadas são aquelas observadas entre vestígios ou entre vestígio e indivíduo identificado criminalmente. Até o dia 28 de maio de 2016, a RIPBG apresentou ao poder público 139 coincidências confirmadas, auxiliando 206 investigações.

Assim sendo, ao primeiro olhar, a utilização das informações coletadas e digitalizadas na Rede de Perfis Genéticos representam um instrumento eficaz na resolução e solução de crimes, sendo uma ferramenta concreta contra a impunidade. Por outro lado, o sistema de armazenamento para fins de investigação criminal gera posicionamentos conflitantes e debates no meio jurídico, mesmo se tratando de um tema incipiente.

2. PROBLEMÁTICA: BANCOS GENÉTICOS E O ROMPIMENTO DE DIREITOS

O constante progresso técnico-científico, mais especificamente referente à engenharia genética, nos faz repensar nos limites que precisam existir entre evolução e os problemas que podem surgir na humanidade. Tendo em vista que o direito, com sua função balizadora, precisa caminhar em compasso com essas evoluções, não podendo permanecer silente.

Com os referidos avanços, novos questionamentos e proteções precisam ser regulamentadas e efetivadas, não apenas no campo moral da Bioética, mas sim, no campo do direito, na existência de normas jurídicas positivadas, visando a proteção social e não apenas no seu uso a qualquer custo.

Faz-se necessário introduzir os ensinamentos de Sonia Fidalgo (2006), citado por Bonaccorso (2010, p. 180), na qual reforça e nos lembra que: "O que se procura no processo penal não é a verdade a todo o custo – nem tudo o que é cientificamente possível é, simultaneamente, processualmente aceitável".

Assim, no Brasil há uma forte tendência à introdução ao ordenamento jurídico pátrio de soluções elaboradas por outros países, muitas vezes mais desenvolvidos, sem que haja, de forma intensa, reflexão sobre os problemas que poderão advir através das peculiaridades e nuances da realidade brasileira.

Nesse contexto, fornecer material genético para investigações presentes, nos casos de suspeitos, ou investigações futuras, para condenados por crimes praticados dolosamente, com natureza grave contra pessoa ou hediondos para compor o banco de perfis genéticos, conforme disposto na Lei 12.654/2012, constitui-se como forma de auxílio probatório, diretamente, através do fornecimento de prova materialmente mais importante e apta a auto incriminar-se.

A obrigatoriedade na coleta e armazenamento das informações para a composição dos Bancos de Perfis Genéticos, pode ser considerada uma violação ao direito natural de não auto incriminar-se. E, ainda, não esquecendo que a coleta é realizada de forma compulsória, rompendo-se assim o consentimento do indivíduo.

Em relação a extração compulsória de materiais genéticos, é de suma importância a análise acerca dos minutos e vontades que antecedem a coleta do material genético para composição dos bancos de perfis genéticos com enfoque na persecução criminal.

O consentimento, nas relações médico-paciente são indispensáveis em vários procedimentos, tornando assim sua ausência em ilícito. De acordo com o art. 9° A da lei em estudo, os condenados por crimes dolosos, com violência de natureza grave, serão submetidos a identificação genética, obrigatoriamente. Mesmo que a extração não seja realizada por método invasivo, constitui uma quebra de direitos e de disposição do próprio corpo. Haja vista que, o consentimento caracteriza-se como o único instrumento de defesa do sujeito em relação à proteção dos seus materiais genéticos e consequentemente, seu corpo.

Acerca da extração compulsória e do consentimento esclarecido, Lorente Acosta (2010), citado por Bonaccorso (2010), possui entendimento de que o consentimento esclarecido pode ser substituído, ressaltando que decisão motivada de juiz, possui o condão de tornar a conduta em ato médico lícito, tendo em vista que os atos médicos necessitam de consentimento livre e esclarecido.

Entretanto, o consentimento informado ou consentimento esclarecido como elenca a pesquisadora Neves (2010), caracteriza-se como o único instrumento de defesa do sujeito em relação à proteção dos seus materiais genéticos e consequentemente, seu corpo. Consentimento esse, apresentado de forma livre, em se tratando dos bancos de diagnóstico e de pesquisa, com finalidade elencada e vinculada.

Poderia então, uma decisão motivada possuir o condão e força para substituir o consentimento livre e esclarecido acerca da disponibilidade e coleta dos dados genéticos de um determinado sujeito? Poderia essa obrigatoriedade de prova genética afastar a presunção de inocência?

Após as indagações e continuando conforme disposto em lei, afastando-se a necessidade do consentimento livre e esclarecido para efetuar a coleta dos materiais genético, temos a segunda insegurança relativa ao instituto. Não se possui entendimento acerca do tempo em que os dados genéticos permanecerão nos bancos e consecutivamente na rede. Problemática essa, trazida e disseminada por Almeida Neto (2010).

Acerca da segunda problemática, o artigo 7°-A da lei em espécie, assevera que "A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito". Entretanto, não existe a possibilidade de confirmar a exclusão, tendo em vista que o acesso à rede é restrito ao Estado. Assim, poderia o Estado permanecer *ad eternam* com os dados genéticos dos indivíduos? São indagações que não possuem respostas concretas.

Ante a isso, podemos seguir para a terceira problemática, quanto à privacidade relacionada aos dados genéticos. Ressaltando que os dados genéticos foram elevados aos dados sensíveis, ou seja, dados pessoais que merecem proteção. Dessa forma, existiu a necessidade em se anonimizar para que haja o rompimento entre a pessoa-fonte e os dados genéticos, perdendo assim, a característica de dados pessoais podendo ser livremente dispostos.

Sobre a anonimização dos dados genéticos, explicita Barbosa (2017) que consiste em não disponibilizar maneiras para a identificação do titular do material genético através da não associação de determinado dado que seria capaz de relacionar o titular ao material genético armazenado, perdendo assim, a característica de dados pessoais passando a sua circulação ser livre.

Em que pese, questiona-se, se a manipulação genética e os avanços da biotecnologia, apresentam significativa e verdadeira melhoria na qualidade de vida atual e se é pautada de segurança quanto ao futuro das demais gerações ou se seu uso pode nos causar mais inseguranças e desvantagens do que benefícios.

O direito à privacidade é trazido como a terceira problemática pela natureza dos materiais genéticos coletados, haja vista que as informações levantadas e armazenadas são específicas, podendo identificar unicamente e especificamente o indivíduo quando não anonimizadas. Nesse desiderato, o direito à privacidade nos é apresentado em conjunto com os direitos à personalidade e ao direito à intimidade, podendo este ser considerado espécie do qual a privacidade é gênero.

Corroborando ao estudo, a pesquisadora Gisele Echterhoff (2006, p. 220) elenca acerca da relação entre a privacidade e a condição de ser humano:

> [...] a pessoa deixa de ser mero sujeito de direitos para passar a ser visto como ser humano dotado de consciência, sentimentos, dignidade, anseios etc. e a personalidade passa a ser vista sob dois enfoques necessários: um jurídico – como capacidade – e outro natural – como conjunto de atributos fundamentais sem os quais o homem não existe, ou seja, atributos inerentes à condição de ser humano.

Assim, a coleta e armazenamento dos matérias genéticos e consecutivamente do perfil genético, quando realizado sem o consentimento livre e esclarecido do indivíduo através da extração compulsória, acaba de ferir inúmeros direis fundamentais, inclusive a proteção dos dados pessoais, que acaba por ser atributo inerente à condição de ser humano através de sua personalidade.

Outra problemática, diretamente relacionada aos bancos de dados de perfis genéticos, diz respeito a sua contrariedade frente ao princípio da não autoincriminação.

A compulsoriedade referente à coleta de matérias genéticos para compor o banco de perfis genéticos e ou para subsidiar investigações criminais nos leva a suscitar o rompimento do princípio da "*Nemo tenetur se detegere"*, no qual, ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo, auxiliando assim, no fornecimento de material probatório que possa incriminá-lo.

O princípio à não autoincriminação, consagrado no Pacto de São José da Costa Rica, por força do art. 8º, §2º, alínea g´ e na convenção Americana de Direitos Humanos, também intitulado como direito ao silêncio de forma errônea, visto que, o direito ao silêncio não compreende ao todo o direito a não autoincriminação.

Nas palavras de Luiz Flavio Gomes (2001), o direito ao silencio disposto no art. 5°, inciso LXIII da Constituição Federal de 1988, constitui somente uma parte do direito à não autoincriminação. Como ramificações desse direito, temos o direito de não colaborar com a investigação ou instrução criminal e não colaborar na produção de provas que serão usadas a seu desfavor, o direito de não declarar contra si e não confessar e ainda, o direito de não falar a verdade.

Assim, a extração compulsória de material genética, obriga a utilização do próprio corpo do indivíduo para a produção de provas que serão usadas contra ele, no presente e ainda, no futuro. Sendo a violação ao direito natural de não se incriminar. Determinado confronto pode ser observado nas palavras de Paulo Queiroz (2017), no qual reitera que o ser humano é sujeito de direitos e não apenas simples objeto de prova.

Constitui dever do Estado o ônus de provar e desfazer a presunção de inocência do indivíduo, sem que ele seja chamado a contribuir. Dessa forma, o princípio da não autoincriminação, é uma ação negativa, possibilidade que o sujeito permaneça inerte. E está sendo diretamente violado com o advento da lei 12.654/2012, com a criação da Rede Integrada de Perfis Genéticos.

Entretanto, parte preponderante doutrinariamente, acredita que com base no princípio da proporcionalidade, pode se afastar a não autoincriminação, tendo em vista que este não é absoluto, coexistindo com outros valores de igual modo importantes, como a segurança pública, a coleta de forma obrigatória é sim hábil e válida, tendo em vista a busca do bem coletivo. Em sentido contrário, Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 115) disserta que: "em se tratando de prova invasiva ou que exija um comportamento ativo, não é possível a produção forçada da prova contra a vontade do agente".

No cenário atual, não podemos aceitar a relativização de garantias e permitir excessos punitivos, com o discurso de segurança pública. Segurança essa, que não pode ser consubstanciada em números reais, haja vista que os bancos genéticos são mais utilizados para solucionar e elucidar crimes sexuais. Entretanto, não são todos os crimes sexuais que conseguem proporcionar materiais genéticos que são hábeis a serem identificados. Dessa forma, a disseminação de um aspecto de segurança é maior que sua efetividade concreta.

O relatório anual ofertado pela Rede Integrada de Perfis Genéticos no capítulo anterior assevera que o programa auxiliou em 206 investigações, mas, não relata qual foi a sua importância real na cena do crime ou se apenas foram reconhecimento de cadáveres.

O Direto Penal constantemente vem sendo chamado a exercer papel principal e fundamental na diminuição dos índices de criminalidade,

invocando assim, novas técnicas e instrumentos como a genética para a solução de casos, difíceis de serem solucionados, com o objetivo de transmitir a sensação de não impunidade. Gerando dessa forma, um reflexo de prevenção, obtendo apoio da opinião pública sem que se observe os reais danos e violações possíveis.

Nesse aspecto, surgem outras problemáticas, além das inúmeras que foram elencadas no referido capítulo. Entre elas, podemos destacar o uso da genética com viés no direito penal do Inimigo, disseminado pelo Professor Dr. Gunther Jakobs em 1985.

Juarez Cirino dos Santos (2012) explicita que o Direito Penal do Inimigo, pode ser caracterizado como uma medida de força, que possui o condão de dividir as pessoas entre pessoas racionais e que são os cidadãos e os indivíduos perigosos que podem ser considerados inimigos. Para os inimigos, a pena ganharia significado de custódia de segurança preventiva, que são contra atos e fatos futuros. Enquanto que para os cidadãos, as penas seriam reações para reafirmação da norma.

Dessa forma, o direito penal do inimigo pode ser relacionado aos bancos genéticos, por caracterizar determinado indivíduo como inimigo e que precisa ser combatido, e sua punição diferenciada. Os bancos genéticos nesse viés, trazem à tona a preocupação com a seletividade que pode ser alcançada a partir de seu uso, haja vista, a existência da compulsoriedade para determinados crimes e criminosos, separando-os entre cidadãos e inimigos, no viés do Direito Penal do Inimigo, de acordo com a reprovabilidade do seu delito. Devemos destacar que, com a aplicação da teoria de Jakobs, a renúncia aos direitos e garantias materiais e processuais.

De certo modo, nesse aspecto, os bancos genéticos utilizados na persecução criminal, também se caracterizam como uma renúncia a alguns direitos e garantias respaldados a partir do ideal de que, para se chegar a uma solução para a criminalidade é necessário abster-se de alguns direitos fundamentais em prol da coletividade e segurança pública. Entendimento este, que pode ser caracterizado como incoerente se analisado por outro viés, visto que, o Direito Penal não é o único instrumento apto a dirimir os problemas da criminalidade.

Francisco Munhoz (2010, p. 115) nos leva a questionar: "Pode o Estado

de Direito defender suas instituições fundamentais utilizando um direito penal que não respeita os princípios e bases do Próprio Estado de Direito?".

Acrescenta-se, por derradeiro, que existe a necessidade de encontrar um equilíbrio entre a atuação do Estado e utilização dos Bancos Genéticos, e ainda, na utilização do Direito Penal como único instrumento apto a dirimir os problemas de segurança. É de suma importância a garantia e preservação dos direitos fundamentais, pois são eles os responsáveis por nos salvaguardar de extremismos e abusos estatais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a edição da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, tem-se a inserção da possibilidade da coleta de material genético com finalidade de identificação criminal no ordenamento jurídico brasileiro a partir da criação dos Bancos de Perfis Genéticos.

Conforme apresentado ao longo da pesquisa, a identificação genética pode ser considerada um avanço e ao mesmo tempo uma revolução no sistema forense, visto que, pequenos fluídos corporais podem servir como amostras para a codificação do DNA, ofertando dessa forma, maior facilidade na resolução probatória de autoria de crimes.

O avanço nas ciências médicas e o grande desenvolvimento tecnológico, ofertou possibilidades e um menor custeio à manipulação genética. Dessa forma, sua utilização em âmbito forense constituiu ferramenta eficiente na vinculação de indivíduos aos crimes que cometeram, principalmente referente aos crimes sexuais em que fluídos corporais são provas importantíssimas para dirimir incertezas quanto a autoria, tendo em vista a produção de vestígios característicos desses delitos.

Entretanto, a inovação legislativa de identificação criminal através do uso da genética mediante extração do ácido desoxirribonucleico, de forma obrigatória, aos suspeitos e acusados por crimes cometidos dolosamente, com violência e grave ameaça a pessoa ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Enseja o questionamento acerca do real objetivo para sua implementação,

levando em consideração a possibilidade de desvio de finalidade através da atuação Estatal.

Partindo-se dessa premissa, a obrigatoriedade de fornecimento de material genético, mesmo que por meio indolor, constitui uma invasão ao corpo do indivíduo. Além disso, caracteriza a não observância e o descumprimento de preceitos constitucionais, tais como a não autoincriminação e ao princípio da presunção de inocência.

Outro fator importante a ser elencado, é a possibilidade de utilização das informações armazenadas para fins distintos dos preceitos que o Estado Democrático de Direito assevera. A seletividade biológica e possíveis discriminações envolvendo o uso dos bancos genéticos são preocupações existentes.

Há, nesse contexto, consenso entre os pesquisadores, quanto a não possibilidade de permissão de utilização das informações coletadas para subsidiar pesquisas, com a finalidade de evitar em pleno século XXI atrocidades envolvendo genética.

Nesse conflito, a afirmação para utilização desse sistema/instrumento probatório mesmo que diante de violações visivelmente identificáveis, respaldam-se no sentimento de segurança nacional que o instituto carrega. Haja vista que, a possibilidade de efetivo reconhecimento do autor do delito, gera a sensação de não impunidade, para casos que antes não seriam solucionados sem o auxílio desse recurso.

Dessa forma, é crescente na sociedade a preferência de abstenção de direitos e garantias fundamentais em prol da busca pela paz, caracterizado na segurança pública, mesmo que de forma paliativa. A utopia existente na sociedade atual relacionada aos aspectos criminais, se consubstancia no medo influenciado pela crescente onda midiática e política, exploradora das mazelas do direito penal. E, a crescente descrença quanto aos meios de punição e os aumentos dos crimes bárbaros midiáticos.

Faz- se importante destacar, de acordo com a amplitude e complexidade do tema, que não se buscou esgotar a matéria, assim como, acrescentar que a limitação de materiais específicos sobre a aplicabilidade e os reflexos da utilização dos bancos genéticos na sociedade após sua introdução no cenário criminal brasileiro, ensejou a realização da referida pesquisa.

A introdução do referido instituto no Brasil, de forma notória, baseou-se em países com estruturas, culturas e problemas sociais diferentes dos internos. E, na maioria dos países consultados, o desenvolvimento econômico superior. Dessa forma, a nacionalização desse instituto não poderá ocorrer de igual maneira, devendo obedecer às diretrizes pátrias, haja vista, o fato de que possuímos direitos e garantias fundamentais diferentes, bem como, problemas criminais diferenciados em relação aos problemas econômicos.

A utilização dos ensinamentos da Bioética e do Biodireito são importantes por esta se caracterizar como uma disciplina composta por várias áreas do saber. Soma-se a isso, o relacionamento de teorias criminalistas, tais como o Direito Penal do Inimigo com a finalidade de demostrar os possíveis desvios que poderiam ser implantados com os bancos genéticos.

A busca pelo equilíbrio entre o interesse público e os direitos individuais de integridade física e privacidade, precisam ser respaldados pela busca de um direito penal equânime e garantidor, e não político.

Conclui-se, portanto, que a identificação criminal através das práticas genéticas e da criação dos bancos de perfis genéticos, não podem ser utilizadas para atribuir ao Estado poderes excessivos e desnecessários sobre seus cidadãos. Destacando que, o Estado, detentor do *jus puniend* deve transmitir segurança e não ser o causador de inseguranças buscando a resolução de crimes bárbaros midiáticos. Assim, a presente pesquisa perfaz-se na construção de mapeamento e divergências acerca da aplicação dos bancos genéticos e seus reflexos na sociedade.

Em suma, os avanços científicos e suas novas tecnologias, principalmente na engenharia genética, precisam ser utilizadas conforme preceitos éticos e fiscalizados pelo Estado e pelos cidadãos. Com a observância atinente aos direitos fundamentais e garantias constitucionais para que isso não enseje maiores problemas sociais do que se busca extinguir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA NETO, João Beccon de. Banco de dados genéticos para fins criminais: implicações de um debate hodierno. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 213, p. 16-17, ago. 2010. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/250-213-Agosto-2010> Acesso em: 03 maio 2018.

BARBOSA, Cláudio R. **Genomics e privacidade dos dados pessoais genéricos**. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/03/Claudio-Barbosa-V-REVISADO.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2018.

BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos técnicos, éticos e jurídicos relacionados com a criação de bancos de dados criminais de DNA no Brasil**. 2010. 280 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BRASIL. Lei 12.654 de 28 de maio de 2012. Altera as leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providencias. **Diário Oficial da União**. Brasília, 29 maio 2012, Seção 1, p. 1.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. **IV relatório da rede integrada de bancos de perfis genéticos (RIBPG)**. Brasília, 2016. 15 p. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/ribpg/relatorio/iv-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos-maio-2016.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2018.

ECHTERHOFF, Gisele. Os dados genéticos e o direito à privacidade: a declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos. **Revista Eletrônica do CEJUR**, v. 1, n. 1, p. 206-239, ago./dez. 2006.

FIDALGO, Sonia. Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra, v. 16, n. 1, p. 115-148, jan./mar. 2006. apud BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos Técnicos, Éticos e Jurídicos Relacionados com a criação de Bancos de Dados Criminais de DNA no**

Brasil. 2010. 280 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação**: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>. Acesso em: 13 maio 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal**. Salvador: Juspudivm, 2016.

LORENTE ACOSTA, José A. A GITAD e a genética forense na Iberoamérica. Reunião do Grupo Ibero-Americano em Análise de DNA (GITAD) e da Rede Nacional de Genética Forense. Brasília, 11 a 14 jun. 2007. **Revista Perícia Federal**, v. 9, n. 26, p. 7, jun. 2007/mar. 2008 apud BONACCORSO, Norma Sueli. **Aspectos Técnicos, Éticos e Jurídicos Relacionados com a criação de Bancos de Dados Criminais de DNA no Brasil**. 2010. 280 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MONIZ, Helena. Os problemas jurídico-penais da criação de uma base de dados genéticos para fins criminais. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra, v. 12, n. 2, abr./jun. 2002, p. 237-264.

MUNHOZ CONDE, Francisco. **As origens ideológicas do direito penal do inimigo**. RBCCRIM, n. 83, p. 115, mar./abr. 2010.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Contexto cultural e consentimento: uma perspectiva antropológica. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). **Bioética**: poder e injustiça. p. 487-98. São Paulo: Loyola, 2003.

QUEIROZ, Paulo. **Princípio da não autoincriminação**. 2017. Disponível em: <http://www.pauloqueiroz.net/principio-da-nao-autoincriminacao/>. Acesso em: 04 jun. 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo** – ou o discurso do direito penal desigual. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2018.

DIREITO PROCESSUAL

A CADEIA DE CUSTÓDIA NA PROVA PERICIAL: UMA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCESSO PENAL

ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO
STHEFANY CAROLINE TITO ALCANTARA XIMENES

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 adotou de forma clara um modelo garantista, assim compreendido o sistema concebido por Luigi Ferrajoli (2014, p. 91 e ss.) que, em sua conhecida obra "Direito e Razão: teoria do garantismo penal", elaborou um modelo teórico baseado em apenas dez axiomas básicos, dos quais quatro são aplicáveis ao processo penal.

Tal concepção foi corroborada pela ratificação em 1992 de alguns tratados internacionais sobre direitos humanos, como o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que teve seu texto aprovado no âmbito interno do Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 226/91, entrou em vigor no dia 24 de abril de 1992 e foi promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 e, em especial, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que entrou em vigor no Brasil quando o governo depositou a carta de adesão em 25 de setembro de 1992, e foi promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Assim, os quatro axiomas processuais penais básicos do garantismo foram contemplados expressamente pela Constituição e pelos diplomas internacionais referenciados: (1) qualquer pessoa só pode ser julgado por um juiz, independente e imparcial, (2) diante de uma acusação clara, objetiva e previamente conhecida formulada por um órgão de acusação distinto do órgão de julgamento, (3) acusação esta que deve ser provada e (4) garantido o direito de defesa e de contraditório.

Assim, toda acusação deve ser provada, de tal forma que a decisão condenatória depende da verificação da descrição dos fatos imputados pela acusação ao réu. Vale dizer, em um sistema processual penal inserido no âmbito de um Estado Democrático de Direito, a condenação à perda da liberdade, de direitos ou dos bens está condicionada à verificabilidade empírica da acusação.

Nesse contexto a atividade probatória ganha força e relevo. Todo ato que pretende gerar dados a serem submetidos à valoração judicial deve obedecer a um procedimento definido por lei (meio de prova), que respeita os direitos e garantias fundamentais.

Um dos mais relevantes meios de prova é a prova pericial, que a partir do exame sobre evidências realizado por técnicos com conhecimentos especializados, podem lançar luz para melhor entendimento sobre os fatos e conformar a decisão à determinada expertise científica.

Um dos grandes problemas é: como garantir que as evidências, utilizadas como objeto da perícia, são seguras e confiáveis, que não foram alteradas até chegar ao exame dos expertos? Secundariamente: quais as consequências processuais penais de não existir um mecanismo que garanta a integridade do objeto periciado?

Parte-se da hipótese de que o mecanismo existente para garantia da confiabilidade dos vestígios que se convertem em elementos de prova é a cadeia de custódia, cuja violação implica na violação dos princípios e garantias do devido processo legal.

Para tanto, trabalhar-se-á metodologicamente com fontes bibliográficas sobre a cadeia de custódia, com o objetivo de perquirir o seu conceito, sua importância, bem como a quebra e seus efeitos, para só então verificar seu papel na estrutura garantista do processo penal brasileiro.

1. CONCEITO DE CADEIA DE CUSTÓDIA

A Cadeia de Custódia pode ser definida como o conjunto de procedimentos que devem ser adotados com o objetivo de proteger a prova penal, desde o momento do acesso às fontes de prova e colhimento dos vestígios

no local da prática criminosa até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Trata-se do mecanismo de proteção da autenticidade do material que se tornará prova durante o processo penal, visando à adequada identificação e o registro do caminho percorrido durante as investigações, garantindo, assim, sua segurança, rastreabilidade e licitude.

Manifesta-se, portanto, "o instituto da cadeia de custódia com o objetivo de garantir a todos os acusados o devido processo legal, bem como os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita." (MENEZES, BORRI e SOARES, 2018, p. 281).

Segundo Geraldo Prado, a Cadeia de Custódia seria, de forma simplificada, o dispositivo que objetiva assegurar os elementos probatórios em sua integridade. Trata-se de uma garantia constitucional contra a prova ilícita (PRADO, 2014, p. 80). Nas palavras do professor:

> O filtro processual contra provas ilícitas depende do rastreio das provas às fontes de prova (elementos informativos) e a ilicitude probatória, direta ou por derivação, é mais facilmente detectável na sequência desse rastro produzido entre as fontes de prova e os elementos (meios) probatórios propriamente ditos. (PRADO, 2014, p. 57)

No entendimento do pesquisador Jefferson Lemes Carvalho, a Cadeia de Custódia seria constituída como um

> conjunto de procedimentos técnicos e científicos que irão oferecer conhecimento aos operadores do Direito, permitindo-se avaliar se aquela prova que está no tribunal, e que representa a materialidade de um ato criminoso, foi tratado com o devido rigor técnico-científico legal desde sua origem de colheita no local da infração penal. (CARVALHO, 2016, p. 373)

Nas instituições periciais oficiais nacionais e internacionais, a Cadeia de Custódia assegura um "meio que se possa garantir a confiança, autenticidade e integridade das amostras (vestígios); desde o isolamento do local

da infração penal – perícias externas até perícias internas aos laboratórios forenses." (CARVALHO, 2016, p. 371)

Para Aury Lopes Jr "A cadeia de custódia exige o estabelecimento de um procedimento regrado e formalizado, documentando toda a cronologia existencial daquela prova, para permitir a posterior validação em juízo e exercício do controle epistêmico." (2017, p. 412)

É preciso manter o registro da sucessão de eventos desde a coleta do dado até o trânsito em julgado "de forma a proteger a integridade de um vestígio do local crime ao seu reconhecimento como prova material." (DIAS FILHO, 2002, p. 404)

O início da Cadeia de Custódia se daria logo após a prática criminosa, com a devida preservação do lugar da infração penal (CARVALHO, 2016, p. 376). Dessa forma, os vestígios que formarão a prova pericial provenientes do local do ocorrido poderão receber a seriedade técnica-científica necessária, visando preservar sua idoneidade e integridade. Para tanto, requer-se ainda a identificação de todos os envolvidos na custódia do material. (MARINHO, 2011)

Desde o cometimento da infração penal até o fim do processo judicial, faz-se necessária a demonstração de todas as etapas para assegurar o "rastreamento" e a "continuidade" da evidência desde o local do crime até a sala do tribunal. (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 2010)

O "tema de provas exige a intervenção de regras de 'acreditação', pois nem tudo que ingressa no processo pode ter valor probatório: há que ser 'acreditado', legitimado', valorado desde sua coleta até a sua produção em juízo para ter valor probatório."(LOPES JÚNIOR, 2017, p. 412)

É possível, portanto, garantir a idoneidade do caminho que a amostragem percorreu em todas as fases processuais a partir da observação de um protocolo legal, fazendo memória dessas etapas. Esse referido protocolo, que é a Cadeia de Custódia, é um rigoroso procedimento de coleta e conservação das evidências, a fim de evitar a contestação das provas. (LOPES, GABRIEL e BARETA, 2006)

Na visão de Carlos Edinger, a Cadeia de Custódia pode ser compreendida como uma sucessão elos e "um elo é qualquer pessoa que tenha manejado esse vestígio", sendo necessário identificar cada elo para garantir

"a possibilidade de se indicar fontes de prova, de se exigir que elas venham ao processo." (ERDINGER, 2016, p. 242) Portanto, só se pode falar em cadeia de custódia íntegra quando se fala em sucessão de elos provados.

2. IMPORTÂNCIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

Geraldo Prado esclarece que a Cadeia de Custódia discute a concreta possibilidade de ocorrer indevida manipulação do elemento probatório. Sua importância está no fato de ser o adequado mecanismo que "visa assegurar a memória de todas as fases do processo, constituindo-se e mantendo assim um protocolo legal que permita garantir a idoneidade do resultado e rebater as possíveis contestações dúbias." (CARVALHO, 2016, p. 371)

A relevância de tal instituto decorre da impossibilidade de "controlar os mecanismos de convencimento psicológico do juiz", daí porque "o controle da decisão judicial em um Estado democrático de direito deve se dar através de sistemas de controles epistêmicos, mediante critérios objetivos, inclusive na fase da produção da prova, para garantir a qualidade da decisão judicial." (MORAES, 2017, p. 136)

Cumpre ressaltar que a Cadeia de Custódia não pretende questionar a credibilidade da prova colhida pela autoridade policial, submetida à perícia ou de qualquer funcionário estatal que tenha mantido contato com a mesma, mas garantir que aquela prova possa ser acreditada, ou seja, "demonstre que tais objetos correspondem ao que a parte alega ser." (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 412) Trata-se da segurança de que o Estado cumprirá com sua obrigação de conservação da prova, visando garantir sua integridade e confiabilidade. Geraldo Prado define tal posicionamento como "mesmidade", isto é, a garantia de que a prova colhida é a mesma que a projetada em juízo. (PRADO, 2014, p. 16-17)

Por fim, tem-se que "saber se as informações são empiricamente verificáveis implica, antes de mais nada, poder confiar que os dados armazenados e submetidos à valoração judicial guardam fidedignidade e não foram manipulados ou que não foram passíveis de manipulação." A Cadeia de Custódia se apresenta, portanto, como "a única maneira de assegurar a

integridade do procedimento probatório." (SANTORO, TAVARES e GOMES, 2017, p. 620) Em outras palavras, deve ser preservada a Cadeia de Custódia para permitir o rastreio às fontes de prova.

3. A PREVISÃO NORMATIVA DA CADEIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Cadeia de Custódia, como instituto da teoria das provas, "deve ser vista como direito subjetivo das partes, visto que a garantia de uma prova idônea e preservada é um desdobramento da garantia ao devido processo legal." (AZEVEDO, 2017, p. 106)

Dessa forma, a Cadeia de Custódia se fundamenta em diversos dispositivos constitucionais, especialmente nos princípios do contraditório e da ampla defesa (da paridade de armas), da presunção de inocência, da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente, previstos no artigo 5º, incisos LV, LVII, LVI da Constituição Federal, respectivamente, bem como do princípio do sistema acusatório, com a separação de funções, iniciativa probatória das partes e imparcialidade do julgador.

Portanto, que o respeito ao instituto é a maneira pela qual se pode garantir a aplicabilidade de importantes princípios constitucionais no processo penal, os quais tornam essencial a manutenção da higidez da Cadeia de Custódia como forma de garantir tratamento igualitário entre as partes, possibilitando o conhecimento integral da imputação criminal e da produção probatória.

Em que pese a importância da Cadeia de Custódia decorrer também da adequada observação da previsão constitucional, como anteriormente demonstrado, há no ordenamento jurídico brasileiro pouca normatização referente ao instituto, de forma específica.

O Código de Processo Penal não contempla regulamentação objetiva sobre a conceituação e a documentação da Cadeia de Custódia. Entretanto, Gustavo Badaró sugere uma interpretação sistemática do referido Diploma Legal, indicando alguns dispositivos que apontem para a sua necessidade. Exemplifica-se com o artigo 6º, especialmente os incisos I e II do

Código de Processo Penal, que impõem à autoridade policial a preservação do local do crime até a chegada dos peritos e a apreensão dos objetos após a liberação pelos experts.

Há a exigência ainda, conforme prevê artigo 158 do Código Processo Penal, da obrigatoriedade da realização de exame de corpo de delito quando houver sinais indicativos da ocorrência de infração penal.

Também no mesmo Diploma Legal, prevê o artigo 170: "Nas perícias de laboratório, os peritos guardarão material suficiente para a eventualidade de nova perícia. Sempre que conveniente, os laudos serão ilustrados com provas fotográficas, ou microfotográficas, desenhos os esquemas." (BRASIL, 1941)

Dessa forma, a prova pericial no processo penal brasileiro é a regra, cuja ausência pode acarretar o desaparecimento de todos os vestígios da infração. "É exigido que o laboratório criminal guarde material suficiente para contraprova pericial, satisfazendo assim o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa do acusado." (CARVALHO, 2016)

Com a reforma realizada no processo penal brasileiro a partir da Lei 11.690 de 2008, tem-se a figura do assistente técnico, o qual poderá apresentar parecer técnico corroborando ou se contrapondo ao laudo pericial oficial, o que só pode acontecer se os vestígios forem preservados, garantindo-se a Cadeia de Custódia da prova e viabilizando o direito de defesa e ao contraditório.

Tal previsão tem se mostrado de grande valia para as partes exercerem o controle e garantir a confiabilidade da Cadeia de Custódia no manuseio das evidências. Pontua Jefferson Lemes Carvalho que "é possível explicar que a prática de alguns advogados de questionar o manuseio de evidências ganha força com a figura do assistente técnico no processo penal e esse procedimento será enormemente explorado como argumento de defesa." (CARVALHO, 2016, p. 378)

A partir de tudo mostrado, pode-se inferir que o Código de Processo Penal não regulamenta a Cadeia de Custódia de forma pormenorizada, tratando, todavia, de especificar no meio de prova pericial (artigos 154 a 184 do Código de Processo Penal) providências que podem ser compreendidas como uma garantia à Cadeia de Custódia.

Com efeito, conforme determina a Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública, Cadeia de Custódia é o "conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte." (BRASIL, 2014) A referida norma considera que a Cadeia de Custódia "é fundamental para garantir a idoneidade e a rastreabilidade dos vestígios, com vistas a preservar a confiabilidade e a transparência da produção da prova pericial até a conclusão do processo judicial." (BRASIL, 2014) Por fim, ela "confere aos vestígios certificação de origem e destinação e, consequentemente, atribui à prova pericial resultante de sua análise, credibilidade e robustez suficientes para propiciar sua admissão e permanência no elenco probatório." (BRASIL, 2014)

A Cadeia de Custódia se inicia com o procedimento policial que detecta a existência de um vestígio, a qual deve seguir diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante a cadeia de vestígios. Como modo de garantir a fiabilidade da prova, a referida Portaria prevê expressamente a etapa externa e interna da Cadeia de Custódia, de acordo com o local onde estarão custodiados os vestígios infracionais. Dessa forma, entende-se como fase externa o período compreendido entre a coleta do material no local dos fatos até a chegada ao laboratório, enquanto a fase interna se refere ao procedimento investigativo realizado no interior do instituto pericial até o completo descarte ou destruição das amostragens. (CHASIN, 2001)

O item 2.2 da Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014, da Secretaria Nacional de Segurança Pública aponta como etapa externa: preservação do local do crime; busca, reconhecimento, fixação, transporte e recebimento do vestígio. A fase interna abarca recepção e conferência, classificação guarda e/ou distribuição do vestígio, análise da prova propriamente dita, guarda e devolução do vestígio a prova, guarda de vestígio para contraperícia e registro da cadeia de custódia.

Pode-se distinguir as etapas do laudo pericial da seguinte forma:

> O laudo pericial é dotado de quatro partes, sendo a primeira delas conhecida como preâmbulo que contém o nome do perito e o objetivo

> da perícia; em seguida é elaborada a exposição, nessa etapa os peritos irão descrever em detalhes tudo aquilo que foi objeto da perícia; depois se realiza a discussão, momento em que o perito analisará os detalhes do exame argumentando a respeito, formulando assim seus pareceres; por fim é feita a conclusão devendo ser respondidos os quesitos formulados pelas partes na fase que permite contraditório e ampla defesa. (CARVALHO, 2016, p. 376)

Cumpre ressaltar o diagnóstico comparativo da situação dos órgãos periciais nas unidades da federação, o qual originou o relatório elaborado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública – SANESP, cuja publicação se deu no ano de 2013. (BRASIL, 2012) Tal relatório visava possibilitar o ajuste da atuação da referida Secretaria sobre o tema, bem como sistematizar e aprofundar o conhecimento sobre a estrutura, o funcionamento e as necessidades das instituições de perícia criminal do país.

Tal diagnóstico, o qual enfrentou grande dificuldade para elaboração, constatou que a perícia brasileira carece de padronização estrutural, desenhando-se de modo diverso em cada Estado e no Distrito Federal. A escassez de dados sistematizados se mostrou como regra, bem como o desconhecimento das instituições por seus próprios gestores. Ressaltou, ainda, a insuficiência de pessoal, equipamentos e de capacitação, mostrando-se evidente a necessidade de reformulação da gestão criminalística visando a proteção dos direitos humanos, fortalecimento do arcabouço probatório e a consequente redução da impunidade. (BRASIL, 2012)

Destaca-se que a atividade pericial, na maior parte do país, é vinculada diretamente às Secretarias de Segurança Pública. Entretanto, em onze Estados (Acre, Amazonas, Rondônia, Roraima, Piauí, Tocantins, Paraíba, Minas Gerais, São Paulo, Rio de Janeiro e Espírito Santo, além do Distrito Federal), a perícia integra a estrutura da Polícia Civil. Em uma única hipótese, no Estado do Amapá, a perícia é vinculada diretamente ao governador do Estado. (BRASIL, 2012)

Ademais, o relatório avaliou a realização dos trabalhos periciais no que diz respeito à Cadeia de Custódia dos vestígios, considerada como aspecto fundamental para assegurar a qualidade do trabalho pericial. Segundo o documento,

> Um dos elementos fundamentais para se compreender os processos de trabalho da atividade pericial é a existência e o funcionamento da cadeia de custódia dos vestígios. Ela é essencial para a validação da prova técnica uma vez que possibilita a rastreabilidade do vestígio, ou seja, assegura o vínculo entre o material periciado e o fato investigado. A cadeia de custódia também possibilita documentar a cronologia da evidência e quem foram os responsáveis por seu manuseio. (BRASIL, 2012)

Destaca o diagnóstico que o Brasil não dispõe de uma normativa geral sobre a Cadeia de Custódia, sendo certo há grande fragilidade da observação do instituto na gestão da atividade pericial na maioria das unidades da federação. Entretanto, destaca que "apesar da ausência de normas formalizadas é possível, porém, identificar elementos que demonstram a existência mais ou menos consistente de cadeia de custódia nas atividades periciais." (BRASIL, 2012, p. 81)

Considerando ser imprescindível a garantia aos elementos de prova documentados nos autos do procedimento persecutório penal para se identificar a preservação da cadeia de custódia, o Supremo Tribunal Federal se debruçou a respeito da matéria e consolidou a Súmula Vinculante nº 14, a qual "garante ao defensor a possibilidade de conhecer os elementos angariados em desfavor de seu constituinte." ((MENEZES, BORRI e SOARES, 2018, p. 290) Determina a referida súmula: "É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa." (BRASIL, 2018)

Decorre desse entendimento a compreensão da Suprema Corte sobre o acesso à aos elementos informativos da investigação (chamados pela súmula de "elementos de prova") como constituição de vetor de controle da Cadeia de Custódia da prova, especialmente no que se refere ao conhecimento das fontes de prova. "Qualquer tipo de filtro realizado na prova – quer seja por ocultação, destruição ou agregação de conteúdo –, é incompatível com o 'acesso amplo aos elementos de prova', justamente por corresponder à parte de um todo." (MACHADO e JEZLER JÚNIOR, 2016, p. 8-9)

A partir do que foi apresentado, tem-se que "os princípios constitucionais limitadores do poder punitivo estatal, as normas processuais penais e o entendimento sumular possibilitam o reconhecimento da cadeia de custódia como mecanismo hábil a conferir fidelidade à prova, permitindo o conhecimento pela defesa de eventual manipulação, adulteração ou supressão da prova provocando conseqüências." (MENEZES, BORRI e SOARES, 2018, p. 291)

A Cadeia de Custódia se mostra, portanto, como instituto indispensável e de fundamental importância ao processo penal brasileiro. Faz-se necessária, portanto, a análise da quebra da cadeia de custódia e das consequências decorrentes desse rompimento para o processo penal brasileiro.

4. A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Como já demonstrado, o instituto da Cadeia de Custódia "abarca todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até a sua exata análise e escorreita inserção no processo, sendo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade." (MENEZES, BORRI e SOARES, 2018, p. 281)

Dessa forma, conforme entende Alberi Espindula:

> Claro está que a finalidade em se garantir a cadeia de custódia é para assegurar a idoneidade dos objetos e bens escolhidos pela perícia ou apreendidos pela autoridade policial, a fim de evitar qualquer tipo de custódia quanto à sua origem e caminho percorrido durante a investigação criminal e o respectivo processo judicial. (ESPINDULA, 2009, p. 165)

Estabelecido o conceito de Cadeia de Custódia, faz-se necessária a discussão sobre a falta ou insuficiência da documentação do referido instituto. Tal advertência é importante porque "não se viola a sucessão de pessoas que teve contato com a coisa, mas a documentação que atesta essa

realidade." (BADARÓ, 2018, p. 254) Em outras palavras, "o fato de inexistir o registro das pessoas que mantiveram contato com a fonte de prova não significa assentir que houve violação da cadeia de custódia." (MENEZES, BORRI e SOARES, 2018, p. 282)

A regulamentação da Cadeia de Custódia é relevante porque três principais argumentos podem ser suscitados para questionar a validade do referido instituto: a) a falsidade da prova; b) a insuficiência da prova da Cadeia de Custódia da prova; e c) a falsidade da prova da cadeia de custódia da prova. Apenas o primeiro e o terceiro itens poderiam ser resolvidos através do incidente de falsidade documental, mantendo-se as demais controvérsias quanto a Cadeia de Custódia insuficiente, segundo DALLAGNOL e CÂMARA (2016, p. 437).

O valor probatório da evidência ou do documento, portanto, será validado caso não sejam discutidas sua origem e sua tramitação. Alberi Espíndula diz que:

> Muitas situações já são conhecidas sobre fatos dessa natureza, nas quais é levantada a suspeição sobre as condições de determinado objeto ou sobre a própria certeza de ser aquele o material que de fato foi apreendido ou periciado. Assim, o valor probatório de uma evidência ou documento será válido se não tiver sua origem e tramitação questionada. Qualquer questionamento acarretará prejuízo para processo como um todo. (ESPÍNDULA, 2009, p. 165)

Assim, "qualquer interrupção na cadeia de custódia pode causar a inadmissibilidade da evidência. Mesmo se admitida, uma interrupção pode enfraquecer ou destruir seu valor probatório. A regra é ter o menor número possível de pessoas lidando com a evidência." (OSTERBURG e WARD, 1992, P. 180)

Em outras palavras, tem-se que:

> A ausência de observância de um procedimento específico no momento da produção do elemento probatório pode gerar a quebra da cadeia de custódia da prova e, por consequência sua ilicitude. Sendo assim,

> necessário se faz que o detentor da fonte de prova, na maioria das vezes o Estado-acusação, tenha o devido cuidado na coleta, manipulação e transporte do objeto que, posteriormente, será um elemento probatório, a fim de preservar a cadeia de custódia e garantir a integridade da prova. (MENEZES, BORRI e SOARES, 2018, p. 284)

Entende Geraldo Prado que a questão relacionada a Cadeia de Custódia, antes tratada apenas em sua relevância estritamente técnica no estudo das perícias, "transcende esta dimensão para gozar de status constitucional, pois que se relaciona com a garantia contra a prova ilícita." (PRADO, 2014, p. 82)

Acrescenta Prado que a análise sobre a ocorrência de provas ilícitas "depende do rastreio das provas às fontes de prova (elementos informativos) e a ilicitude probatória, direta ou por derivação, é mais facilmente detectável na sequência deste rastro produzido entre as fontes de prova e os elementos (meios) probatórios propriamente ditos. (PRADO, 2014, p. 57)

Tem-se evidente que a falha na preservação dos elementos probatórios, que configura a quebra da Cadeia de Custódia, pode influenciar na interpretação de todo o conjunto probatório, considerando a natureza persuasiva das provas. (PRADO, 2014, p. 82) A referida ruptura, portanto, terá reflexos diretos no entendimento final do magistrado, bem como guiará as alegações da acusação e da defesa, podendo resultar em um julgamento injusto, violando os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Segundo Geraldo Prado "A destruição dos elementos informativos, comprovada por perícia no processo, inviabiliza o exercício do direito de defesa e a própria fiscalização judicial, relativamente ao caráter de confiabilidade dos demais elementos..." (PRADO, 2014, p. 83)

Entende Carlos Edinger que a quebra da cadeia de custódia gera também a quebra da rastreabilidade das provas, resultando na perda da credibilidade do referido lastro probatório, afinal, argumenta o autor, "se eu desconheço a proveniência daquela prova, se eu desconheço por quem aquela prova passou e o que foi feito com ela, nada impede que seja ela objeto da manipulação e seleção unilateral das provas, realizada por agentes do Estado ou, até, por eventuais corréus" (EDINGER, 2016, p. 251)

Reconhecida e comprovada de forma pericial, a quebra da Cadeia de Custódia desafia a aplicação de sanções processuais, visto sua gravidade, e "configura prova ilícita, pois não há como sujeita-lo, adequadamente, aos procedimentos de comprovação e refutação." (PRADO, 2014, p. 87)

Para Aury Lopes Jr., a consequência da quebra da cadeia de custódia "sem dúvida deve ser a proibição de valoração probatória com a consequente exclusão física dela e de toda a derivada." (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 414)

Na mesma linha, Geraldo Prado entende que a ruptura da Cadeia de Custódia "uma vez reconhecida sua ilicitude, de forma definitiva, haverá o desentranhamento e sua inutilização" (PRADO, 2014, p. 57), seja porque foram violados os cuidados no aspecto de correspondência entre a prova colhida e aquela trazida ao feito ("mesmidade"), seja na perspectiva do significado da prova que acarreta a falta de confiabilidade do elemento probatório, impedindo sua valoração.

Cumpre ressaltar que, em sentido contrário aos entendimentos apresentados, Gustavo Badaró entende que a quebra da Cadeia de Custódia não implica em ilicitude da prova, sendo certo que a problemática deve ser solucionada no momento da valoração das provas, a partir da análise do magistrado. Adverte o autor que, mesmo em situações de maior gravidade, mediante existência de questionamento sobre a integridade e a autenticidade da prova, tal fato repercutirá em seu valor. (BADARÓ, 2018, p. 535)

Todavia, prevalece na doutrina o entendimento de que

> deve-se verificar as consequências jurídicas oriundas da quebra da cadeia de custódia da prova entendendo-se como adequada e harmônica a Constituição Federal a compreensão de ilicitude probatória, enodando todos os elementos derivados, conforme a teoria dos frutos da árvore envenenada. (PRADO, 2014, p. 296)

Por fim, "verificada a quebra da cadeia de custódia das provas, todos os demais elementos colhidos a partir da quebra estarão contaminados e igualmente não serão válidos." (PRADO, 2014, p. 91) Observando a norma processual penal brasileira, notadamente o artigo 157 do Código de Processo Penal, já explicado, a contaminação gerada pela quebra da cadeia de

custódia estabelece a "inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, salvo quando houver rompimento do nexo de causalidade entre umas e outras." (PRADO, 2014, p. 92). A quebra da cadeia de custódia, portanto, é capaz de gerar provas ilícitas, inclusive por derivação, devendo ocorrer o desentranhamento e completa inutilização das mesmas.

CONCLUSÃO

Ao fim, verifica-se possível responder aos problemas iniciais de pesquisa, qual seja, a forma de garantir que as evidências objetos da perícia sejam seguras e confiáveis, que não foram alteradas até chegar ao exame dos expertos é garantir a Cadeia de Custódia, compreendido como conjunto de procedimentos adotados para proteger a prova penal, desde o momento da coleta dos vestígios (com preservação de local, busca, reconhecimento, fixação, transporte e recebimento do vestígio, conhecido como etapa externa, bem como com a recepção, conferência, classificação, guarda e distribuição do vestígio, conhecido como fase interna).

É esse procedimento detalhadamente registrado, fixados os elos entre as fases e as pessoas envolvidas em cada uma delas que servem para garantir a "mesmidade" do vestígio levado à condição de elemento de prova, a rastreabilidade e a confiabilidade, permitindo o exercício da defesa e do contraditório, inclusive a realização de eventual contraperícia.

Assim, a não existência do mecanismo conhecido como cadeia de custódia ou a quebra (também conhecido como ruptura) inviabiliza garantir o exercício dos direitos de defesa e do contraditório, de tal forma que o devido processo legal se mostra vulnerado em essência.

A consequência é a ilicitude da prova, tanto direta, como derivada, devendo ser desentranhada para evitar a valoração pelo juiz dos elementos obtidos sem confiabilidade.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Y. A importância da cadeia de custódia das provas para o devido processo legal. In: PRADO, G.; MALAN, D. (orgs.). **Ensaios sobre a cadeia de custódia das provas no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 106.

BADARÓ, G. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. **Temas atuais da investigação preliminar no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Portaria nº 89, de 28 de julho de 2014. **Lex Magister**, São Paulo, 2014. *Online*. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_25772442_PORTARIA_N_89_DE_28_DE_JULHO_DE_2014.aspx>. Acesso em: maio 2018. Não paginado

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Diagnóstico da perícia criminal no Brasil**. Brasília: Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2012. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos_diversos/2diagnostico-pericia-criminal.pdf>. Acesso em: jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 14. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Aplicação das Súmulas no STF**. Brasília: STF, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: jun. 2018.

CARVALHO, J. L. Cadeia de custódia e sua relevância na persecução penal. **Brazilian journal of forensic sciences, medical law and bioethics**, v. 5, n. 4, p. 371-382, 2016. Disponível em: <http://www.ipebj.com.br/forensicjournal/edicoes?volume=5&numero=4&artigo=220>. Acesso em: maio 2018.

CHASIN, Alice Aparecida da Matta. Parâmetros de confiança analítica e irrefutabilidade do laudo pericial em toxicologia forense, **Revista Brasileira de Toxicologia**, v. 14, n. 1, p. 40-46, 2001.

DALLAGNOL, D. M.; CÂMARA, J. A. S. R. A cadeia de custódia da prova. In: SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (orgs). **A prova no enfrentamento à macrocriminalidade**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016.

DIAS FILHO, C. R. Cadeia de custódia: do local do crime ao trânsito em julgado; do vestígio à evidência. In: MOURA, M. T. R. de A.; NUCCI, G. de S. (orgs). **Doutrinas essenciais**: processo penal. São Paulo: RT, 2002. v. 3.

EDINGER, C. Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória. **Revista brasileira de ciências criminais**, v. 120, p. 237-257, maio/jun. 2016.

ESPINDULA, A. **Perícia criminal e cív**el: uma visão geral para peritos e usuários da perícia. 3. ed. Campinas: Millenium, 2009. p. 165.

LOPES, M.; GABRIEL, M. M.; BARETA, G. M. S. Cadeia de custódia: uma abordagem preliminar. **Visão Acadêmica**, [S.l.], v. 7, n. 1, jun. 2006. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/academica/article/view/9022>. Acesso em: jun. 2018.

LOPES JÚNIOR, A. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, V. P.; JEZLER JUNIOR, I. A prova eletrônica-digital e a cadeia de custódia das provas: uma (re)leitura da Súmula Vinculante 14. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 24, n. 288, nov. 2016, p. 8-9.

MARINHO, G. V. **Cadeia de custódia da prova pericial**. 2011. 110 f. Dissertação (Mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, Rio de Janeiro, 2011.

MENEZES, I. A..; BORRI, L. A..; SOARES, R. J. A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro. **Revista brasileira de direito processual penal**, Porto Alegre, vol. 4, n.1, p. 277-300, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.128.>. Acesso em: maio 2018.

MORAES, A. L. Z. de. Prova penal: da semiótica à importância da cadeia de custódia. **revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, v. 132, p. 117-138, jun. 2017.

OSTERBURG, J. W.; WARD, R. H. **Criminal investigation**: a method for reconstructing the past. Cincinnati: Anderson Publish, 1992.

PRADO, G. Ainda sobre a "quebra da cadeia de custódia das provas". **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 22, n. 262,set. 2004, p. 16-17.

PRADO, G. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SANTORO, A. E. R.; TAVARES, N. L. F.; GOMES, J. C. O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 605-632, mai./ago. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.76>. Acesso em: jun. 2018.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Conscientização sobre o local de crime e as evidências materiais em especial para pessoal não-forense**. Nova York: Nações Unidas, 2010. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_crime/Publicacoes/10-52360_Ebook.pdf.>. Acesso em: maio 2018.

DIREITO DO CONSUMIDOR À LUZ DA LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

BRUNA DE FRANÇA HUNGARO

INTRODUÇÃO

O consumidor diante de uma relação constituída juntamente com o fornecedor, carece de uma proteção especial por parte da legislação em face de sua vulnerabilidade, por isso a importância do Código de Defesa do Consumidor, que possui seus próprios fundamentos e normas jurídicas disciplinando as relações consumeristas.

O Juizado Especial Cível ganha respaldo na esfera consumerista por se tratar de um processo mais célere e de certa maneira mais simples que a Vara Cível, é neste passo que o estudo presente irá se debruçar: visará traçar as principais diferenças desse ajuizamento da ação.

É de se esperar uma extensa demanda decorrentes de um contrato entre um consumidor e fornecedor, principalmente com serviços ou produtos de baixo valor pecuniário, pois a relação de compra e venda é visualizada a todo momento em uma sociedade, a partir do momento em que um compra uma simples bebida ou alimentação, nasce um contrato entre o consumidor e fornecedor.

À evidência, será analisado nos primeiros momentos do estudo, as principais normas e conceitos que tangem a relação jurídica contratual entre consumidor e fornecedor, e também conteúdos de direito processual, abordando, sempre que possível, exemplos práticos visualizados, preferencialmente, na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná nos Juizados

Especiais Cíveis e precedentes processuais, com ênfase nos Enunciados Cíveis do FONAJE e Enunciados da Turma Recursal do Paraná.

Em suma, caminhando através de uma pesquisa bibliográfica com a utilização do método dedutivo, se demonstrará de como é realizado na prática os processos derivados do direito do consumidor nos Juizados Especiais Cíveis.

1. DIREITO DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor, contém normas jurídicas de ordem pública e interesse social[1] (MARTINS, 2004, p. 1), podendo ser visto o direito de proteção ao consumidor como cláusula pétrea da Constituição Federal[2] (MARTINS, 2004, p. 2), por isso, o mínimo afronto de uma norma de natureza consumerista viola-se a própria Constituição, devendo esta ser declarada como inconstitucional.

Na lembrança de Arruda Alvim (1995, p. 15), a direta ligação entre os dispositivos se justifica como efeito do princípio geral da atividade econômica do país. Eis que, nas palavras de Flávio Tartuce (2017, p. 40), o Código de Defesa do Consumidor "é um dos pontos de partida para a compreensão do sistema adotado pela Lei Consumerista como norma protetiva dos vulneráveis negociais".

Em consequência, em razão da especificidade econômica das normas jurídicas, e até por razões didáticas (FILOMENO, 2007, p. 17), o legislador preferiu adotar o conceito de "consumidor".

De forma geral, pela vulnerabilidade do consumidor, justifica-se um tratamento desigual para as partes desiguais e "por outro lado se cuida de compatibilizar a mencionada tutela com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, viabilizando-se os princípios

1. Art. 1°. O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias. (Código de Defesa do Consumidor)

2. Art. 5º. XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. (Constituição Federal)

da ordem econômica de que trata o art. 170 da Constituição Federal" (FILOMENO, 2007, p. 17).

Ainda, para José Filomeno (2007, p. 18), o tratamento desigual que os vulneráveis são submetidos abrange o incentivo a meios alternativos de soluções de conflitos, como a criação de departamentos ou serviços de atendimentos específico aos consumidores.

Por fim, se faz necessário abordar as principais e diferenciadas medidas legais do Código de Defesa do Consumidor.

1.1 CONCEITO DE CONSUMIDOR

Apesar de não aconselhável ("*omnia definitivo periculosa est*") (FILOMENO, 2007, p. 17), a legislação trouxe os conceitos de consumidor e fornecedor, e mesmo assim há ainda algumas lacunas a serem preenchidas através da hermenêutica jurídica.

A priori, releva-se de suma importância o destaque do conceito de consumidor abrangido pelo Código de Defesa do Consumidor, que diz: "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (art. 2º), equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (parágrafo único)".

A opção do legislador ao usar a expressão de "destinatário final", engaja a discussão de qual é, de fato, o limite para uma pessoa ser enquadrada como consumidor. Para isso, a doutrina estabeleceu uma série de teorias, e para o estudo presente se faz necessário estudar a teoria finalista e a teoria finalista mitigada (ou finalismo aprofundado).

Pois bem, a teoria finalista faz referência literal ao artigo 2º do CDC, podendo ser conceituado o consumidor como "àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família" (NUNES, 2016, p. 4), ou em outras palavras, o consumidor não deve utilizar o serviço ou produto para fins lucrativos, como a intermediação ou para a revenda (ALMEIDA, 2013, p. 40).

Como bem explica Benhur Nunes *et al*, "de acordo com a lógica finalista, se uma empresa adquire um computador, por exemplo, e este apresenta

algum vício, ou até mesmo defeito, o fornecedor deve ser acionado de acordo com a legislação civil comum, pois estes bens estariam inseridos na cadeia produtiva da empresa" (NUNES, 2016, p. 3).

Por outra banda, a teoria finalista mitigada admite a pessoa como consumidor, mesmo que não seja destinatária final do produto, se demonstrado, *in concreto*, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica (TARTUCE, 2017, p. 69-70), podendo ser vista no seguinte acórdão:

> EMENTA. RECURSO INOMINADO. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE PROVA DA EXIGIBILIDADE DA DÍVIDA. VALOR DOS DANOS MORAIS REDUZIDO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. "(...) a teoria finalista deve ser mitigada nos casos em que a pessoa física ou jurídica, embora não se enquadre nas categorias de fornecedor ou destinatário final do produto, apresenta-se em estado de vulnerabilidade ou hipossuficiência técnica, autorizando a aplicação das normas prevista no CDC"... (STJ, AgInt no AREsp 728.797/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 28/05/2018). (TJPR - 2ª Turma Recursal - 0013043-02.2018.8.16.0018 - Maringá - Rel.: Alvaro Rodrigues Junior - J. 20.03.2019)

Em face dos fatos, pode-se afirmar o reconhecimento dos tribunais na leitura do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, em sua forma literal e aprofundada, caso preenchido os requisitos de consumidor.

1.2 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A inversão do ônus da prova é direito garantido ao consumidor, previsto no art. 6º, VIII, do CDC como um dos direitos básicos do consumidor, a saber: "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

Na concepção de Flávio Tartuce (2017, p. 328), existem três espécies de inversão do ônus da prova, quais sejam: convencional, legal e judicial, sendo que para o Código do Consumidor, é visto a aplicação da inversão judicial, pelo qual deve ser feito uma análise por parte do magistrado, em cada caso concreto, para averiguar a presença dos requisitos legais (2017, p. 330).

Neste tocante, o princípio de vulnerabilidade do consumidor não basta por si só para a concessão da inversão do ônus da prova, mas sim necessita da prova de hipossuficiência da parte ou de verossimilhança das alegações (TARTUCE, 2017, p. 330), devendo a decisão judicial ser proferida preferencialmente na fase do saneamento do processo[3]. Observa-se, em prática:

> (...) CASO É UMA TÍPICA RELAÇÃO DE CONSUMO, POIS AS PARTES ENQUADRAM-SE NOS CONCEITOS DE CONSUMIDOR E FORNECEDOR, CONSTANTES NOS ARTIGOS 2º E 3º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ASSIM, É ASSEGURADO AO CONSUMIDOR A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, PREVISTO NO ART. 6º, INCISO VIII, DO CDC, SE VERIFICADA VEROSSIMILHANÇA NAS ALEGAÇÕES DO CONSUMIDOR **OU** EVENTUAL HIPOSSUFICIÊNCIA. RESSALTA-SE QUE A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, POR SE TRATAR DE RELAÇÃO DE CONSUMO, NÃO DISPENSA AO CONSUMIDOR DA PRODUÇÃO DA MÍNIMA PROVA QUANTO AOS FATOS ALEGADOS (adaptado). (TJPR - 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais - 0006311-05.2018.8.16.0018 - Maringá - Rel.: FERNANDA DE QUADROS JORGENSEN GERONASSO - Rel.Desig. p/ o Acórdão: Fernando Swain Ganem - J. 27.03.2019)

Como visto, a jurisprudência majoritária optou a seguir que um só elemento já basta para a inversão do ônus da prova, fato que há discordância por parte de alguns doutrinadores, como o autor Flávio Tartuce. Para ele (2017, p. 331), a inversão do ônus da prova admitida por uma alegação

3. EREsp 422.778-SP, Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti (art. 52, IV, b, do RISTJ), julgados em 29/2/2012.

verossímil, gera riscos de admitir a presunção de veracidade de fatos 'absurdamente inverossímeis'.

Por outrossim, merece destaque o entendimento da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

> A inversão do ônus da prova não implica a obrigatoriedade de a parte contrária arcar com as custas da prova requerida pelo adversário; sujeita-se ela, contudo, às eventuais consequências de sua não realização, a serem aferidas quando do julgamento da causa, em face do conjunto probatório trazido aos autos. (STJ – 2ª Seção – EREsp 422.778/SP – rel. Min. João Otávio de Noronha – rel. p/acórdão Min. Maria Isabel Gallotti – j. 29.02.2012 – DJe 21.06.2012. No mesmo sentido: STJ – 2ª Turma – AgRg no REsp 1.450.473/SC – rel. Min. Mauro Campbell Marques – j. 23.09.2014 – DJe 30.09.2014; STJ – 3ª Turma – REsp 1.395.254/SC – rel. Min. Nancy Andrighi – j. 15.10.2013 – DJe 29.11.2013).

Enfim, conforme bem salienta Tartuce, "não parece ser lógico que o consumidor adiante uma despesa que só interessa ao fornecedor, por ser sua única forma de evitar uma derrota na decisão judicial" (2017, p. 337), desta forma, pode-se entender que a inversão do ônus da prova não obriga o consumidor adiantar às custas de prova requerida pelo fornecedor.

1.3 DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO

A prescrição e decadência são institutos do direito que surgiram através do efeito do decurso do tempo sobre os direitos subjetivos (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 2). Nas palavras de Humberto Theodoro (2018, p. 3), "a lei toma o tempo como causa de aquisição ou extinção de direitos ou faculdades jurídicas".

De forma breve, a prescrição se baseia na extinção da pretensão, com base nos prazos dos arts. 205 e 206 do Código Civil[4], enquanto a decadência não se interrompe nem se suspende os prazos, mas sim extingue o direito

4. Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206. (Código Civil)

(DENARI, 2007, p. 236).

A seção IV, do capítulo IV, trata-se da decadência e prescrição no Código de Defesa do Consumidor, cumpre destacar: "art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em: I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis; II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis".

Rizzato Nunes (2018, p. 297), ressalta que a princípio é necessário comentar acerca dos significados dos termos (vício) "aparente" e (vício de) "fácil constatação" previsto no caput do art. 26. Nas palavras do autor, a semântica da palavra de vício "aparente" não condiz com a própria definição de vício – que se remete a algo bem real – e que, portanto, o termo "de fácil contestação" parece mais apropriado para aproveitar o sentimento desejado pela norma.

O vício de fácil contestação pode ser definido como aquele vício evidente e decorrente de mero uso (NUNES, 2018, p. 297), enquanto o vício oculto[5] não é visualizado desde logo, trata-se de um vício escondido que é difícil de achar, ou nas palavras de Nunes, destaca-se que o problema será considerado oculto quando simultaneamente: "a) não puder ser verificado no mero exame do produto ou serviço; b) ainda não estiver provocando a impropriedade ou inadequação ou diminuição do valor do produto ou serviço" (2018, p. 288).

Vale lembrar que, o prazo decadencial do vício oculto se inicia no momento em que ficar evidente o defeito, e os de fácil contestação caduca em 30 dias para produtos e serviços não duráveis e 90 dias para produtos e serviços duráveis. Ainda, quando a responsabilidade do fabricante decair sobre pretensão por defeito, prescreve-se o prazo em 5 anos, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria[6].

Em conclusão, os defeitos se sujeitam a prescrição, portanto, a pretensão para se ativar a jurisdição nesse caso se interrompe, diferentemente

5. Art. 26. § 3° Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito. (Código de Defesa do Consumidor)

6. Art. 27. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria. (Código de Defesa do Consumidor)

dos vícios ocultos e de fácil constatação que se sujeitam a decadência e em consequência, quando não se acompanham o prazo estipulado pela lei, o direito que há nascido pela detecção do vício, não se torna efetivo pela inércia da parte e extingue-se.

1.4 COBRANÇA DE DÍVIDAS (ART. 42, CDC)

O caput do art. 42 do CDC, traz consigo o respaldo de que o consumidor inadimplente não deve ser exposto ao ridículo, nem deve ser submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça, o que a doutrina chama de 'cobrança vexatória'. Para sua caracterização, deve ser provado a conduta excessiva do fornecedor, como é visto no seguinte caso:

> EMENTA: RECURSO INOMINADO. COBRANÇA EXTRAJUDICIAL DE DÍVIDA. CONDUTA EXCESSIVA E VEXATÓRIA. NÚMERO DE LIGAÇÕES TELEFÔNICAS ACIMA DO RAZOÁVEL. COBRANÇA VEXATÓRIA. DÍVIDA DE TERCEIRO. VALOR DOS DANOS MORAIS MANTIDOS. RECURSOS DESPROVIDOS. (TJPR - 2ª Turma Recursal - 0008777-69.2018.8.16.0018 - Maringá - Rel.: Alvaro Rodrigues Junior - J. 27.03.2019)

O direito consagrado pela cobrança vexatória de dívidas, tem cunho constitucional civil, pois, a conduta excessiva do fornecedor viola diretamente a intimidade, vida privada, honra e até mesmo a imagem do consumidor, ficando assim a par do fornecedor indenizar o dano material ou moral decorrente dessa violação[7].

Cumpre ainda destacar, a ação voluntária do fornecedor ao tomar uma conduta excessiva se constitui em ato ilícito, eis que apesar de lícita a cobrança de dívidas, seu excesso extrapola manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes[8],

7. Art. 5º. X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (Constituição Federal)

8. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede

sendo, portanto, um ato "*ilícito equiparado,* uma vez que a cobrança de dívidas, em regra, constitui um exercício regular de direito que afasta o ilícito civil (art. 188, inc. II, do CC/2002)" (TARTUCE, 2017, p. 516).

Justificados os argumentos, merece trazer à baila o entendimento do relator do caso citado anteriormente:

> 1. Em regra, a cobrança extrajudicial, quando realizada de forma moderada, constitui exercício regular de um direito do credor da dívida, não configurando, por si só, conduta abusiva que enseje indenização por danos morais. 2. Contudo, no caso sob análise, verifica-se que a parte autora se desincumbiu do ônus de provar a abusividade na cobrança realizada pela ré, posto que juntou aos autos documentos que evidenciam recebimento de chamadas telefônicas em número superior ao tolerável (chegando a 18 ligações diárias) inclusive fora do horário comercial - (mov. 1.3 a 1.6). Neste sentido, a atitude da ré foi excessiva e merece reparação no âmbito moral, uma vez que a sua conduta extrapola o razoável e lesiona o autor em seus direitos de personalidade. (TJPR - 2ª Turma Recursal - 0008777-69.2018.8.16.0018 - Maringá - Rel.: Alvaro Rodrigues Junior - J. 27.03.2019)

O parágrafo único do art. 42 do CDC[9], traz ainda a nominada 'cobrança indevida', pelo qual o "consumidor é cobrado de indébito, havendo o pagamento da dívida indevida, a justificar a ação de repetição de indébito (*actio in rem verso*)" (TARTUCE, 2017, p. 532).

Diferentemente do caput do art. 42, a cobrança indevida exige (TARTUCE, 2017, p. 523) que seja efetivado o pagamento, deste modo, segundo Rizzatto Nunes, consagra-se dois elementos que caracterizam a cobrança indevida, quais sejam: "a) cobrança indevida; b) pagamento pelo consumidor do valor indevidamente cobrado" (TARTUCE, 2017, p. 532).

Por conseguinte, é direito do consumidor à repetição do indébito, por

---

manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (Código Civil)

9. Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. (Código de Defesa do Consumidor)

valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável[10].

Portanto, resume-se a cobrança de dívidas na cobrança vexatória e a cobrança indevida, sendo ambas de responsabilidade civil do fornecedor, nascendo o direito de reparação.

1.5 CLÁUSULAS ABUSIVAS

O art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, traz um rol exemplificativo acerca das nulidades decorrentes de cláusulas abusivas estipuladas em contratos. Trata-se de cláusulas ilícitas evidenciadas por um abuso de direito contratual (TARTUCE, 2017, p. 180), que quando configuradas geram o dever de reparar, em face da responsabilidade civil do fornecedor (TARTUCE, 2017, p. 180). Veja-se a ementa de um exemplo prático de cláusula abusiva:

> EMENTA: RECURSOS INOMINADOS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA C/C RESCISÃO CONTRATUAL E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COMPRA E VENDA DE MATERIAL FOTOGRÁFICO. VENDA EM DOMICÍLIO. EXERCÍCIO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 49, DO CDC. CLÁUSULA PROIBITIVA DA RESCISÃO CONTRATUAL. CLÁUSULA ABUSIVA. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. INSCRIÇÃO DO NOME DA AUTORA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO EM VIRTUDE DA FALTA DE PAGAMENTO. INSCRIÇÃO INDEVIDA. DANO MORAL CONFIGURADO IN RE. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO 12.15 DAS TRR/PR. IPSA QUANTUM ARBITRADO EM R$5.000,00 (CINCO MIL REAIS) QUE NÃO COMPORTA MINORAÇÃO OU MAJORAÇÃO. PARÂMETRO ADOTADO POR ESTA TURMA RECURSAL. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. Recursos conhecidos e des-

10. Art. 42. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável. (Código de Defesa do Consumidor)

providos. (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0030675-75.2017.8.16.0018 - Maringá - Rel.: Melissa de Azevedo Olivas - J. 26.03.2019)

Assim, importa dizer que a nulidade das cláusulas abusivas é absoluta (NUNES, 2018, p. 494), ou melhor, desde que inserida no contrato se presume a nulidade, por isso o consumidor poderá levar a juízo essa questão com ação direta contra o fornecedor, ou poderá ser alegada em defesa por meio de contestação ou embargos à execução, como também poderá ser arguida em reconvenção (NUNES, 2018, p. 494).

O Código de Defesa do Consumidor, dispôs um rol taxativo no que tange as cláusulas abusivas, por isso cabe a cada caso a averiguação da abusividade do direito.

2. LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Os juizados especiais nasceram para funcionar como um verdadeiro facilitador do acesso à justiça dos cidadãos (ROCHA, 2017, p. 63), consagrado expressamente pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 2º, caput, Lei 9.099/95), para isso, os procedimentos cíveis e penais – de competência dos juizados especiais – ganharam algumas modificações para a própria garantia de eficácia dos princípios.

De início, convém pôr em relevo o campo de atuação dos juizados especiais. Na lembrança de Felippe Rocha, "quando a Lei 9.099/1995 entrou em vigor, surgiu uma grande discussão nos meios jurídicos: seriam estes os novos Juizados Especiais ou os conhecidos Juizados de Pequenas Causas?" (ROCHA, 2017, p. 41), precisamente em decorrência do art. 3º, inciso I, pelo qual direciona a competência do Juizado Especial Cível cuja causas não exceda a quarenta vezes o salário mínimo.

Para Rocha (2017, p. 41), a referida Lei pode ser justificada através da teoria dualista, pois há a união dos dois institutos, ficando a par da competência em razão de matéria fundada nas características de Juizados Especiais, e a competência em razão do valor, fundada em características

de Juizados de Pequenas Causas.

Deve-se trazer a lume que o Juizado Especial Cível se reveste de um sistema integrado para garantir os princípios a ele inerentes, sob esta ótica, Lopes e Laniado (2007, p. 316) ressaltam que estes tribunais especiais estão entre os órgãos criados para garantir o devido processo legal de ações de defesa do consumidor, chamado de Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, incluindo, bem como, o Procon, Inmetro, as Promotorias de Justiça, Defensoria Pública e Delegacias do Consumidor.

3. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

Superado o que tange as referentes especificidades do Código de Defesa do Consumidor e do Juizado Especial Cível, é oportuno consignar em que ocasiões ambos se colidem, ou melhor, quais as normas jurídicas que fazem com que o Juizado Especial Cível abrace as ações de defesa do consumidor, pois, bem como explica autor: "a maioria das demandas nos Juizados Especiais está relacionada com o Direito do Consumidor" (ROCHA, 2017, p. 93).

Portanto, será visualizado as principais semelhanças e benefícios advindos da relação entre o Direito do Consumidor e o Juizado Especial Cível.

3.1 COMPETÊNCIA

Primeiramente, impende destacar que todas as ações indenizatórias podem ser propostas no domicilio do autor com base no art. 4º, inciso III, da Lei 9.099/95[11], bem como há estipulado no art. 101, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor[12], nos casos em que haja responsabilidade civil do

11. Art. 4º. É competente, para as causas previstas nesta Lei, o Juizado do foro: III - do domicílio do autor ou do local do ato ou fato, nas ações para reparação de dano de qualquer natureza (Lei nº 9.099/95)

12. Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor (Código de Defesa do Consumidor)

fornecedor. Trata-se, assim sendo, de competência territorial.

Felippe Rocha justifica que "no caso da Lei 9.099/1995, verifica-se que aquele que busca uma indenização de pequena monta, independentemente de suas características pessoais, provavelmente não teria condições ou interesse em processá-la fora de seu domicílio" (ROCHA, 2017, p. 93).

Segue-se o Enunciado 2.2.1 da CEJCA: "Todas as ações ajuizadas em sede de Juizado Especial Cível, que envolvam relação de consumo poderão ser propostas no domicílio do autor, ao seu critério, interpretando-se extensivamente o disposto no art. 101, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor".

Portanto, o consumidor poderá pleitear ação indenizatória em face do fornecedor no foro de seu domicilio, em casos como: cobrança de dívidas, cláusulas abusivas, defeitos e vícios em produtos ou serviços, que via de regra possuem direito de indenizar, salvo os casos de vícios que primeiramente, pode o consumidor pedir a substituição do produto, restituição da quantia paga ou abatimento proporcional do preço[13], dentre dos limites temporais estipuladas em lei.

Neste âmbito, merece destaque os entendimentos da Turma Recursal do Paraná sobre produtos ou serviços que acarreta, via de regra, indenização por dano moral, a saber: demora ou não entrega de produto adquirido pela internet[14], venda de produto impróprio para consumo[15] e descaso com consumidor que adquire produto com defeito e/ou vício[16].

Acerca da cobrança de dívidas, conforme vista previamente, dividida

13. Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. (Código de Defesa do Consumidor)

14. Enunciado N.º 8.1 – Compra pela internet – não entrega do produto: A demora ou a não entrega de produto adquirido pela internet acarreta, em regra, dano moral. (Turmas Recursais do Paraná)

15. Enunciado N.º 8.2 – **Venda de produto impróprio ao consumo**: A venda de produto impróprio ao consumo acarreta dano moral. (Turmas Recursais do Paraná)

16. Enunciado N.º 8.3 – **Defeito/vício do produto –** pós-venda ineficiente: O descaso com o consumidor que adquire produto com defeito e/ou vício enseja dano moral. (Turmas Recursais do Paraná)

em cobrança vexatória de dívidas e cobrança indevida, o Enunciado nº 12.10 do FONAJE destaca: "A simples cobrança de dívida inexistente, sem maiores reflexos, não acarreta dano moral".

Há, ainda, o Enunciado 89 do FONAJE[17] que alega que a incompetência territorial pode ser reconhecida de ofício no sistema de juizados especiais cíveis, como é vista na seguinte jurisprudência:

> É ENTENDIMENTO DO C. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ QUE A AUSÊNCIA DE DOCUMENTO ESSENCIAL LEVA À EXTINÇÃO DA DEMANDA POR INÉPCIA DA INICIAL, COM BASE NO ARTIGO 320 DO NCPC, QUE PRECEITUA: "A PETIÇÃO INICIAL SERÁ INSTRUÍDA COM OS DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS À PROPOSITURA A COMPROVAÇÃO DE ENDEREÇO DA PARTE AUTORA É ESSENCIAL AODA AÇÃO". DESLINDE DA DEMANDA, ISTO PORQUE, NÃO HÁ COMPROVAÇÃO DE SUA EFETIVA RESIDÊNCIA A FIM DE FIXAR-SE A COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO JUIZADO EM QUE SE PROPÔS A DEMANDA, NOS TERMOS DO ART. 4º, INCISO III, DA LEI 9.099/95. INSTA SALIENTAR QUE NOS JUIZADOS ESPECIAIS A INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL PODE SER RECONHECIDA DE OFÍCIO, CONFORME ENUNCIADO 89 DO FONAJE, PORTANTO, NECESSÁRIO SE FAZ A COMPROVAÇÃO DE ENDEREÇO (adaptado). (TJPR - 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais - 0000275-08.2018.8.16.0127 - Paraíso do Norte - Rel.: Fernando Swain Ganem - J. 09.08.2018)

Em lógica decorrente dos fatos narrados, revela-se de suma importância o entendimento por parte do Código de Defesa do Consumidor e do Juizado Especial Cível no que tange a competência, pois, ambos os institutos reconhecem a competência no foro do domicilio do autor, o que facilita para o consumidor, parte vulnerável da relação, buscar a efetiva proteção ou reparação de seus direitos.

3.2 ÔNUS DA PROVA

17. Enunciado 89 – A incompetência territorial pode ser reconhecida de ofício no sistema de juizados especiais cíveis (XVI Encontro – Rio de Janeiro/RJ). (FONAJE)

Conferindo o disposto no Código de Processo Civil, o ônus probatório no Juizado Especial Cível segue a regra geral prevista no art. 373 (ROCHA, 2017, p. 212), pelo qual "cabe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito, e ao réu os fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito do autor" (ROCHA, 2017, p. 212).

À propósito, sabendo que o consumidor goza do direito de inversão do ônus da prova quando verificado a verossimilhança ou hipossuficiência, deverá constar da citação a advertência, em termos claros, da possibilidade de inversão do ônus da prova (Enunciado 53 do FONAJE), cabendo contra a decisão interlocutória favorável ao consumidor agravo de instrumento (ROCHA, 2017, p. 212).

Segundo Santos e Chimenti (SANTOS, 2018, p. 84), "quase totalidade da doutrina sustenta a irrecorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do processo", entretanto, é sujeita a adesão do agravo de instrumento somente quando houver risco de lesão irreparável ou de difícil reparação, por aplicação subsidiária do art. 1.015 do Código de Processo Civil, isto posto, provados os elementos, o fornecedor poderá impugnar de inversão do ônus da prova com agravo de instrumento.

Interessante trazer à baila o Enunciado nº 13.15 das Turmas Recursais[18], que versava acerca da proibição de agravo de instrumento no âmbito dos Juizados Especiais e foi cancelado pela Resolução 002/2010 da Turma Recursal, servindo como uma 'bandeira branca' para a interposição de agravo.

O juiz admitindo a inversão do ônus da prova, não precisa necessariamente informar ao fornecedor de tal inversão, devendo este comparecer à audiência munido, desde logo, de todas as provas com que pretenda demonstrar a exclusão de sua responsabilidade objetiva[19].

18. Enunciado N.º 13.15- Agravo de instrumento: Não cabe recurso de agravo de instrumento no âmbito dos Juizados Especiais. CANCELADO pela Resolução 002/2010 da Turma Recursal, publicada em 29/12/2010, DJ nº 539. (Turmas Recursais do Paraná)

19. Enunciado 9.1.2 - A inversão do ônus da prova nas relações de consumo é direito do consumidor (art. 6º, caput, C.D.C.), não sendo necessário que o Juiz advirta o fornecedor de tal inversão, devendo este comparecer à audiência munido, desde logo, de todas as provas com que pretenda demonstrar a exclusão de sua responsabilidade objetiva. (Consolidação dos Enunciados Cíveis e Administrativos em vigor resultante das discussões dos Encontros

Sabe-se que no rito comum, é aconselhável a concessão da inversão do ônus da prova na fase de saneamento do processo. Eis que surge um problema. Os Juizados Especiais Cíveis adotam o procedimento sumaríssimo e o procedimento executivo dos títulos extrajudiciais até 40 salários mínimos (ROCHA, 2017, p. 123), conforme previsão constitucional do art. 98, inciso I.

Neste ponto, é essencial o conhecimento acerca das fases procedimentais nos tribunais especiais, sendo elas: composição, instrução e julgamento, e sentença.

No que cerne a matéria aqui levantada, pelo art. 33 da Lei nº 9.099/95, todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente, por isso, o requerimento da concessão da inversão do ônus pode ser pedida na petição inicial, ou requerida durante a própria audiência de instrução e julgamento, sendo portanto, uma faculdade do autor.

3.3 CONTAGEM DE PRAZOS

Logo de início, faz-se necessário observar o Enunciado 13 do FONAJE: "Os prazos processuais nos Juizados Especiais Cíveis, contam-se da data da intimação ou ciência do ato respectivo, e não da juntada do comprovante da intimação, observando-se as regras de contagem do CPC ou do Código Civil, conforme o caso".

A configuração da contagem de prazos estipulada pelo enunciado, há direta concordância com o art. 27 do CDC, observe-se: "Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria".

Ou seja, em se tratando de responsabilidade civil do fornecedor e ocasionado dano ao direito por conta de um defeito, o prazo prescricional se inicia da ciência do defeito, por parte do consumidor, evidenciado no produto ou serviço, como consta na seguinte jurisprudência:

de Juízes de Juizados Especiais Cíveis)

> AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DESCONTOS C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SENTENÇA QUE DECRETOU A **PRESCRIÇÃO** – INAPLICABILIDADE DO PRAZO QUINQUENAL PREVISTO NO ARTIGO 27 DO **CDC** – DANO NÃO DECORRENTE DE FATO DE SERVIÇO – CAUSA DE PEDIR FUNDADA NA NEGATIVA DA CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO E NA IMPUTAÇÃO AO RÉU DA PRÁTICA DE ATO ILÍCITO – PRETENSÕES DE RESSARCIMENTO DOS VALORES DESCONTADOS NO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – APLICAÇÃO DO ART. 206, PAR. 3º, INCS. IV E V DO CC – PRAZO PRESCRICIONAL TRIENAL – TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DO PRAZO – CIÊNCIA DO SUPOSTO DANO CONFIGURADO COM OS VALORES DESCONTADOS NO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – **PRESCRIÇÃO** CONCRETIZADA – SENTENÇA MANTIDA POR FUNDAMENTOS DIVERSOS. Apelação desprovida. (TJPR - 15ª C.Cível - 0000538-17.2018.8.16.0070 - Cidade Gaúcha - Rel.: Juíza Subst. 2ºGrau Elizabeth M. F. Rocha - J. 27.03.2019)

Por fim, o deslinde da questão ressurge acerca da ação indenizatória ou de reparação de danos na defesa do consumidor que poderá ser pleiteada no Juizado Especial Cível, devendo ser verificados os elementos de propositura de ação em causas como cobrança de dívidas e cláusulas abusivas, devendo sempre às partes seguirem o percurso de tempo estipulado pelos institutos de prescrição e decadência.

CONCLUSÃO

Por fim, resta plenamente cabível evidenciar a relação intima que tem o Juizado Especial Cível e o Código de Defesa do Consumidor. Ambos, possuem o objetivo de garantir uma maior celeridade processual no Judiciário.

O consumidor, por ser parte vulnerável da relação, carece de um processo especial que facilite a sua adesão no âmbito judicial, para isso foi consagrado o Código de Defesa do Consumidor, contendo normas jurídicas

diferenciadas do Código Civil, precisamente porque uma das partes da relação não possui o conhecimento ou técnica suficiente que versa o objeto do contrato estipulado entre as partes.

Por outrossim, a própria terminologia da palavra "tribunais especiais" sugere que o procedimento sumaríssimo, consubstanciado nos Juizados Especiais, devem ser realizados de formas especiais, o que significa uma desburocratização das formas do procedimento, por isso é amplamente visualizado situações em que as partes podem realizar atos no processo por meio da oralidade, consagrado pelo princípio da oralidade.

A competência, o ônus da prova e a contagem de prazos foram os elementos essenciais discutidos no decorrer do estudo em face de sua literalidade vista em ambos os institutos em debate.

Faz valer por em evidência a inversão do ônus da prova, que pode ser requerida até mesmo na própria audiência de instrução e julgamento no Juizado Especial Cível, não precisando, desde a petição inicial, fazer este pedido, devendo a parte contrária ficar atenta para a realização de provas na sua defesa mesmo que não requerido a inversão do ônus na petição inicial.

Ademais, haja vista as peculiaridades em ser o consumidor de uma relação contratual, o Juizado Especial Cível facilitou para o consumidor o ingresso de uma eventual ação indenizatória, que poderá ser feita no foro do seu domicilio.

Em suma, resta-se de sobejo comprovado os benefícios de ajuizar uma ação de defesa ao consumidor no Juizado Especial Cível, em congruência com entendimentos jurisprudenciais dos tribunais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista. *Manual de Direito do Consumidor*. Editora: Saraiva, 2013.

DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado petos autores do anteprojeto*. 9.ed. Ada Peilegrini Grinover... [et al.]. - 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

EREsp 422.778-SP, Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti (art. 52, IV, b, do RISTJ), julgados em 29/2/2012.

FILOMENO, José G. B. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado petos autores do anteprojeto*. 9.ed. Ada Peilegrini Grinover... [et al.]. - 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 17.

MARTINS, Plínio Lacerda. *Anotações ao Código de Defesa do Consumidor: conceitos e noções básicas*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

NUNES, Benhur A. F.; FACHINETTO, Fabiana.; CORREA, Tobias D. *O conceito de consumidor e a teoria finalista mitigada: discussão do alcance da definição e suas aplicações*. In: XXI Jornada de Pesquisa. Unijuí: Salão do Conhecimento, 2016.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROCHA, Felippe Borring. *Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática*. 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

SANTOS, Marisa Ferreira dos.; CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Juizados especiais cíveis e criminais: estaduais e federais*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TARTUCE, Flávio.; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Prescrição e decadência*. 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TJPR - 1ª Turma Recursal - 0030675-75.2017.8.16.0018 - Maringá - Rel.: Melissa de Azevedo Olivas - J. 26.03.2019

TJPR - 2ª Turma Recursal - 0008777-69.2018.8.16.0018 - Maringá - Rel.: Alvaro Rodrigues Junior - J. 27.03.2019

TJPR - 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais - 0006311-05.2018.8.16.0018 - Maringá - Rel.: FERNANDA DE QUADROS JORGENSEN GERONASSO - Rel.Desig. p/ o Acórdão: Fernando Swain Ganem - J. 27.03.2019

TJPR - 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais - 0000275-08.2018.8.16.0127 - Paraíso do Norte - Rel.: Fernando Swain Ganem - J. 09.08.2018

TJPR - 15ª C.Cível - 0000538-17.2018.8.16.0070 - Cidade Gaúcha - Rel.: Juíza Subst. 2ºGrau Elizabeth M. F. Rocha - J. 27.03.2019

STJ – 2ª Seção – EREsp 422.778/SP – rel. Min. João Otávio de Noronha – rel. p/acórdão Min. Maria Isabel Gallotti – j. 29.02.2012 – DJe 21.06.2012. No mesmo sentido: STJ – 2ª Turma – AgRg no REsp 1.450.473/SC – rel. Min. Mauro Campbell Marques – j. 23.09.2014 – DJe 30.09.2014; STJ – 3ª Turma – REsp 1.395.254/SC – rel. Min. Nancy Andrighi – j. 15.10.2013 – DJe 29.11.2013

STJ, AgInt no AREsp 728.797/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 28/05/2018). (TJPR - 2ª Turma Recursal - 0013043-02.2018.8.16.0018 - Maringá - Rel.: Alvaro Rodrigues Junior - J. 20.03.2019

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E O MODELO PROCESSUAL COOPERATIVO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

CARLA CAMPOS AMORELLI DE FREITAS

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende trazer a baila considerações acerca do modelo cooperativo de processo normatizado pelo Código de Processo Civil de 2015, sob uma releitura do princípio do contraditório formal para o prisma do contraditório substancial do qual decorrem outros princípios e deveres destinados a regulamentação do processo civil.

No Estado Democrático de Direito o que se busca, através do processo judicial, é a efetivação de direitos e garantias assegurados constitucionalmente, isto é, a realização do direito material. Neste contexto, se impõe um olhar de corresponsabilidade noa formação do processo decisório que não pode ser pautado em sistema de protagonismo judicial, mas de co-operação entre todos os sujeitos processuais.

A diferenciação do Estado Democrático para o Estado Legislativo reside no fato da subordinação aos preceitos constitucionais, em que pese não se furtar da fundamentação na lei, se busca ir além da legalidade estrita.

> "Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conteúdo formal de ato

> jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado." (SILVA, 2006, p.121.)

Neste diapasão, nasce uma nova concepção de jurisdição superada a noção de mera função de aplicação da lei para a responsável por controlar sua validade. Aqui, o Estado-Juiz busca a interpretação legal adequada aos ditames constitucionais, trazendo a dicotomia entre texto e norma jurídica.

A norma jurídica teria origem pelo exercício da atividade interpretativa, através da valoração realizada pelo intérprete sobre o texto legal e a escolha do sentido adotado.

Sob essa perspectiva, este trabalho, através da revisão bibliográfica e da análise jurisprudencial por amostragem, busca apresentar o modelo cooperativo de processo e seus pilares para efetivação de um processo democrático.

2. A DIALETICIDADE DO PROCESSO.

> *"O princípio fundamental do processo, a sua força motriz, a sua garantia suprema é o princípio do contraditório."* (CALAMANDREI, 2018, pg.83).

A Constituição da República consagra em seu artigo 5º, LIV, o princípio do devido processo legal, principal vetor do direito processual e dele derivam os demais princípios atinentes a matéria.

> "Pode-se afirmar que a cláusula genérica do devido processo legal tutela os direitos e as garantias típicas ou atípicas que emergem da ordem jurídica, desde que fundadas nas colunas democráticas eleitas pela nação e com o fim último de oferecer oportunidades efetivas e equilibradas no processo." (LUCON, online, pg.18)

Pela ideia de devido processo legal deve-se buscar a realização de um processo justo, entendido como aquele regido por garantias mínimas –

atreladas a inércia jurisdicional, igualdade material das partes, a paridade de armas atrelada ao direito probatório, ao controle dos atos judiciais através da necessidade de sua fundamentação, correlação entre o pedido e o provimento jurisdicional, dentre outras – com a finalidade de buscar uma tutela jurisdicional efetiva.

Logo, um processo justo não deve ser regido por protagonistas, mas por uma relação triangular entre as partes e o juiz, orientado por um processo dialético, consubstanciado no debate, sob troca de argumentos e contra-argumentos em busca da persuasão do julgador.

> "Nisso consiste aquela característica, a mais preciosa e típica de um processo moderno, que é a dialeticidade, que significa dizer que a vontade do juiz, nunca é de soberania absoluta, mas sempre condicionada (também no processo penal) à vontade e ao comportamento das partes, isto é, a iniciativa, ao estímulo, à resistência ou à aquiescência delas." (CALAMANDREI, 2018, pg.85)

Não é por outra razão, que o legislador previu o dever de cooperação, no artigo 6º do Código de Processo Civil, dirigido a todos os sujeitos processuais na busca, em tempo razoável, de uma decisão justa e efetiva, numa inexorável correlação com o dever de boa-fé, prescrito pelo artigo 5º do referido diploma legal.

> "As normas fundamentais do processo civil estão todas obviamente na Constituição e podem ser integralmente reconduzidas ao direito fundamental ao processo justo (art. 5º, LIV, da CRFB).
> (...)
> Em outras palavras, o processo civil é ordenado e disciplinado pela Constituição, sendo o Código de Processo Civil uma tentativa do legislador infraconstitucional de adimplir com o seu dever de organizar um processo justo." (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2016, pg.165)

Os sujeitos processuais devem adotar regras comportamentais de modo a respeitar a confiança legítima inspirada nos demais participantes.

É a ideia de lealdade processual, consubstanciada, por exemplo, na proibição dos comportamentos contraditórios – *nem*o *venire contra factum proprium* -; a proibição de alegação de vício formal por quem lhe deu causa (art. 276 do CPC); vedação ao abuso do direito processual, como ocorre com o abuso do direito de defesa, atualmente fundamento de concessão de tutela de evidência (art. 311, I, CPC); na orientação à interpretação da postulação (art. 322, §2º CPC) e da decisão judicial (art. 489, §3º, CPC).

Não há espaço para albergar eventuais abusos no processo, em que a parte busca prejudicar o adversário ou de qualquer forma criar-lhe problemas ou provocar-lhe consequências negativas. (TARUFFO, 2017, pg. 79).

O dever de boa-fé é dirigido, não só as partes, aos auxiliares da justiça, bem como, ao Estado-Juiz, que deve pautar sua conduta de forma a respeitar a legítima expectativa das partes, impossibilitando, por exemplo, que sejam proferidas decisões diferentes sobre questões de direito e de fato análogas, sem a devida motivação.

O Supremo Tribunal Federal, em certa oportunidade, consagrou o referido entendimento:

> "O formalismo desmesurado ignora a boa-fé processual que se exige de todos os sujeitos do processo, inclusive, e com maior razão, do Estado-Juiz, bem como se afasta da visão neoconstitucionalista do direito, cuja teoria proscreve o legicentrismo e o formalismo interpretativo na análise do sistema jurídico, desenvolvendo mecanismos para a efetividade dos princípios constitucionais que abarcam os valores mais caros à nossa sociedade."[1]

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, em julgado interessante, permitiu a penhora de um bem de família, a princípio obstada legalmente pela lei 8009/90, em observância aos deveres atinentes a boa-fé objetiva. Na oportunidade o Ministro Otávio de Noronha asseverou:

> "Litiga o recorrente em evidente descompasso com o *princípio nemo venire contra factum proprium,* a significar que adota comportamento

1. STF, HC 101.132. ED/MA, Relator Ministro Luiz Fux. Informativo 665, 7 a 11 de maio de 2012.

> contraditório, num momento ofertando o bem à penhora e, no instante seguinte, arguindo a impenhorabilidade do mesmo bem. Essa conduta antiética deve ser coibida, sob pena de desprestígio do próprio Poder Judiciário, que validou o acordo celebrado."[2]

Neste diapasão, o dever de cooperação e boa-fé se entrelaçam sob a necessidade de um modelo processual cooperativo em contraposição aos modelos inquisitivo e adversarial (dispositivo).

> "Em suma, o modelo adversarial assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é decidir o caso. O modelo inquisitorial (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo." (DIDDIER Jr., 2016, pg. 122)

O modelo cooperativo é traduzido pelo redimensionamento do princípio do contraditório, a partir da inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual. (DIDDIER, Jr., 2016, pg.126.)

Todos os sujeitos processuais desempenham um papel crucial na construção do resultado do processo. As decisões judiciais são fruto de um processo cooperativo no qual todos os sujeitos devem agir de forma leal, proba, de modo a evitar a ocorrência de vícios, e mediante oitiva prévia sobre as questões apontadas afim de garantir o devido processo constitucional.

> "O princípio da cooperação dever ser compreendido no sentido de que os sujeitos do processo vão "co-operar", operar juntos, trabalhar juntos na construção do resultado do processo. Em outros termos, os sujeitos

2. O referido voto foi proferido na ocasião do julgamento, no Superior Tribunal de Justiça, do Resp 1.461.301-MT, Relator Ministro Otávio de Noronha, julgado em 05.03.2015 e publicado no Dje: 23.03.2015. Em outras oportunidades o Superior Tribunal de Justiça também reconheceu a violação aos deveres da boa-fé. Edcl no Resp 1.424.304/SP, Relatora Ministra Nancy Andrigui, data de julgamento: 12.08.2014, Dje: 26.8.2014.

> do processo vão, todos, em conjunto, atuar ao longo do processo para que, com sua participação, legitimem o resultado que através dele será alcançado." (CÂMARA, 2016, pg.11)

O debate qualifica a prestação jurisdicional, legitimando-a perante os anseios sociais e, neste ponto, o legislador ao incluir a figura do *amicus curiae*, no rol de intervenção de terceiros do Código de Processo Civil de 2015, através do artigo 138, o fez em razão de interesse institucional, com a finalidade de enriquecer o debate e aprimorar as decisões judiciais em causas que versem sobre matéria especializada, relevantes ou de grande repercussão social, em trâmite em qualquer instância e grau de jurisdição.

O juiz participa do processo colhendo a impressão das partes a respeito dos seus rumos, possibilitando assim a influência dessas na formação de suas possíveis decisões (arts. 7º, 9° e 10 do CPC). (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2016, pg.173)

3. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A jurisdição constitucional encontra na decisão judicial, mais do que a solução para um caso concreto, mas uma fonte do direito, uma vez que carrega o real sentido de um ato normativo – aquele o qual foi dado o sentido baseado nos ditames democráticos, nos valores escolhidos pelos cidadãos.

O princípio do contraditório tem seu fundamento principal no artigo 5º LV, da Constituição da República, o qual assegura que ninguém será atingido, por decisão judicial ou administrativa, sem a devida observância do direito ao contraditório e ampla defesa.

Por essa garantia deve-se compreender alguns direitos aos litigantes:

> "- direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

> - direito de manifestação (*Recht auf Ausserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
> - direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Beruckisichitigung*), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefahigkeit und Aufnahmebereitschaft)* para contemplar as razões apresentadas." (MENDES, 2011,Pg.494).

Acerca do direito da parte em ver seus argumentos considerados pelo julgador, é importante salientar que há referência ao dever de efetivamente considerar as razões apresentadas e, não apenas, delas tomar ciência. Daí decorre o dever de motivação das decisões judiciais, insculpido no artigo 93, IX da Constituição da República.

O dever de motivação é um desdobramento do dever de consideração dos argumentos, justamente, porque em uma de suas facetas, é dirigido à parte sucumbente, que precisa ter ciência das razões que levaram a formação da convicção do Julgador, não só para que possa cumprir o comando normativo do *decisum*, bem como, para que possa impugná-las de forma específica ou, ainda, conformar-se com os contra argumentos apresentados pelo julgador.

José Joaquim Gomes Canotilho apresenta três razões fundamentais para a exigência de fundamentação das decisões judiciais:

> "(1) controlo da administração da justiça; (2) exclusão do carácter voluntarístico e subjectivo do exercício da atividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas." (CANOTILHO, pg.667)

O contraditório, como corolário do princípio político da participação democrática, impõe a prévia oitiva dos interessados sobre questões que devam ser apreciadas pelo julgador, consubstanciada na necessidade da adequada e tempestiva notificação de todos os atos processuais, bem

como, na ampla possibilidade de impugnação dos argumentos dos demais sujeitos. O contraditório eficaz é sempre prévio, devendo a postergação ser excepcional e devidamente fundamentada, através de análise casuística, na grande possibilidade do direito do requerente e na ponderação entre os riscos da antecipação ou da postergação da decisão. (GRECO, 2015, pg.512)

O Código de Processo Civil de 2015 enalteceu o princípio do contraditório, sendo o mais prestigiado na nova regulamentação processual, superando a ideia da aplicação formal, com a mera comunicação das partes sobre os atos do processo, mas para apresentá-lo como instrumento eficaz de diálogo e de capacidade de influência das partes na formação da convicção do julgador.

O artigo 9º do diploma processual estabelece regra clara sobre a necessidade da prévia audiência das partes acerca de decisões que possam contrariar seus interesses, excepcionando-a, seja pela análise da urgência ou da evidência, casos de admissão do contraditório postergado. Indubitavelmente, as referidas exceções deverão ser interpretadas restritivamente de forma a não burlar o contraditório participativo e restabelecer o mero contraditório formal.

O direito de influência das partes, típico do Estado Constitucional, se contrapõe à ideia da observância formal do contraditório, indo além da premissa de conhecimento e reação sobre os atos do processo, mas garantindo uma efetiva participação gerando ao julgador um dever maior do que o de velar pelo contraditório: o de efetivamente se submeter a influência da argumentação das partes. (MARINONI, 2018, pg.182).

Decorrente do direito de influência nasce a proibição da prolação da decisão surpresa pelo órgão julgador, consagrada pelo artigo 10 do Código de Processo Civil, informando que o juiz não pode, em grau nenhum de jurisdição, decidir com base em fundamento do qual as partes não tenham usufruído de oportunidade de manifestação, ainda que sobre matéria de ordem pública a qual deva decidir de ofício.

Sob esse aspecto, a doutrina comenta a vedação ao juízo de terceira via. As partes têm o direito de confiar que o resultado do processo será alcançado através das matérias previamente debatidas, sendo indispensável que tenham a possibilidade de pronunciamento sobre tudo que possa

servir de fundamento da decisão da causa, nascendo para o julgador o dever de consulta. O contraditório participativo é instrumento de efetivação de um processo democrático. (MARINONI, 2018, pg.183)

Não há dúvidas de que o Julgador continua a deter o poder de aplicação ao direito ao caso concreto, não condicionado as normas jurídicas previamente suscitadas pelas partes, o que nasce é uma condição de validade para sua atuação consistente na prévia submissão ao dever de consulta.

Em recente julgado, a segunda turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.676.027/PR, em 26.09.2017, sob a relatoria do Ministro Herman Benjamin, prestigiou o princípio do contraditório substancial e ressaltou sua grande importância frente a um Estado Democrático.

> " (...)
> Não se ignora que a aplicação desse novo paradigma decisório enfrenta resistências e causa desconforto nos operadores acostumados à sistemática anterior. Nenhuma dúvida, todavia, quanto à responsabilidade dos tribunais em assegurar-lhe efetividade não só como mecanismo de aperfeiçoamento da jurisdição, como também de democratização do processo e de legitimação decisória.
> 10. Cabe ao magistrado ser sensível às circunstâncias do caso concreto e, prevendo a possibilidade de utilização de fundamento não debatido, permitir a manifestação das partes antes da decisão judicial, sob pena de violação ao art. 10 do CPC/2015 e a todo o plexo estruturante do sistema processual cooperativo. Tal necessidade de inquirir as partes previamente à prolação da decisão judicial, mesmo quando passível de atuação de ofício, não é nova no direito processual brasileiro. Colhem-se exemplos no art. 40, § 4º, da LEF e nos Embargos de Declaração com efeitos infringentes.
> 11. Nada há de heterodoxo ou atípico no contraditório dinâmico e preventivo exigido pelo CPC/2015. Na eventual hipótese de adoção de fundamento ignorado e imprevisível, a decisão judicial não pode se dar com preterição da ciência prévia das partes. A negativa de efetividade ao art. 10 c/c art. 933 do CPC/2015 implica error in procedendo

> e nulidade do julgado, devendo a intimação antecedente ser procedida na instância de origem para permitir a participação dos titulares do direito discutido em juízo na formação do convencimento do julgador e, principalmente, assegurar a necessária correlação ou congruência entre o âmbito do diálogo desenvolvido pelos sujeitos processuais e o conteúdo da decisão prolatada."

Em outra oportunidade, a primeira turma do Superior Tribunal de Justiça, pautada na necessidade de observância do sistema cooperativo processual, sob a preservação da legítima confiança do jurisdicionado, reconheceu a nulidade da sessão de julgamento que foi retomada, após anterior decisão de adiamento, impossibilitando a intimação e participação dos patronos das partes, os quais haviam se retirado do plenário diante da informação prestada de que a apresentação daquele feito seria adiada.[3]

Ainda nesse sentido, a Terceira Turma daquele Tribunal Superior, em julgamento de Recurso Especial de relatoria da ministra Nancy Andrighi, reconheceu a violação ao princípio do contraditório na conduta do tribunal estadual que designou audiência de conciliação, em ação de alimentos, sem fazer alusão a lei 5478/68, de forma que a consequência jurídica de arquivamento do processo imputada a ausência do autor não poderia se aplicar sem este requisito essencial, sob pena de violação à vedação da decisão surpresa.[4]

Em atenção ao modelo cooperativo de processo, o legislador, em diversos momentos da lei processual, prevê mecanismos de sua efetivação, por exemplo, o poder geral de dilatação dos prazos pelo juiz (art. 139, VI, CPC); ainda a determinação de prévia oitiva das partes para reconhecimento de prescrição e decadência (art. 487, par.único, CPC); o dever de possibilitar o saneamento de vícios na petição inicial com a indicação precisa do que deve ser corrigido (artigo 321, CPC); dever de consulta destinado ao relator quando da ocorrência de fatos supervenientes à decisão recorrida, ainda que se trate de matéria a qual deva conhecer de ofício (art.933, CPC); observância do dever de consulta nas hipóteses de aplicação de precedentes (art. 927, CPC).

3. STJ, EDcl no AgRg no Resp 1.394.902, rel. Ministro Gurgel de Faria, julgamento em: 04.10.2016.

4. STJ, Resp. 1660916/MG, rel. Ministra Nancy Andrighi, Dje: 09.08.2018.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo cooperativo normatizado pelo Código de Processo Civil alterou o eixo de atuação de todos os sujeitos processuais, os quais devem atuar de forma conjunta.

Pela atuação conjunta compreende-se a ampla participação das partes no debate da causa com a finalidade de influir nas razões decisórias do Julgador e o dever do Julgador de permitir se influenciar pelos argumentos por elas apresentados.

O dever dirigido ao Estado-Juiz se concretiza pela consulta às partes, em oportunizar a manifestação prévia – como regra – sobre eventuais questões que ainda não tenham sido debatidas sobre as quais a decisão judicial possa vir a se apoiar.

Impõe-se a repulsa a decisões surpresas, proferidas com fundamentos sobre os quais as partes não tenham tido oportunidade de prévio conhecimento e argumentação. De igual forma, é repudiado o exercício abusivo dessa garantia pelas partes, com nítido caráter protelatório.

Daí se faz necessária a observância do dever de lealdade processual, pelo qual os sujeitos devam agir de forma proba e coerente no decorrer do processo e, ainda, sob o cumprimento dos deveres de transparência, esclarecimento decorrentes dos artigos 5º e 6º do Código de Processo Civil.

Em contraponto, decorre o dever de motivação das decisões judiciais previsto no artigo 93, IX, da Constituição da República e regulamentado nos artigos 11 e 489 do Código de Processo Civil. A necessidade da exposição das razões motivadoras à conclusão, exarada no dispositivo da decisão judicial, é forma de efetivar o exercício do contraditório pelo qual cabe ao Julgador oportunizar a manifestação prévia das partes e, posteriormente, considerá-las em suas razões seja para acolhê-las ou rejeitá-las, consectário do sistema da persuasão racional adotado pelo sistema jurídico brasileiro (artigo 371 do Código de Processo Civil).

O maior vetor de um devido processo legal constitucional é a utilização deste meio como implementador de direitos e garantias assegurados pela própria Constituição da República e implementados pela atuação do Poder Judiciário ou, ainda, prevenir ou remediar eventuais lesões.

Logo, jamais pode ser esquecida a real função do processo como meio satisfatório do direito material, não prestigiando o apego ao formalismo exacerbado e empreendendo esforços conjuntos ao seu regular desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/44428/26015.

BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/.

CALAMANDREI, Piero. Processo e Democracia: conferências realizadas na Faculdade de Direito Autônoma no México. Tradução Mauro Fonseca Andrade. 2.ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almeidina.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. Salvador: ed. Jus Podvim, 2016.

GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil, volume I. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido Processo Legal Substancial. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Paulo%20Henrique%20dos%20Santos%20Lucon%20-%20formatado.pdf. Acesso em: 05.04.2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Constitucional. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>. Acesso em: 19 mar. 2006

MARINONI, Luiz Guilherme. Código de Processo Civil Comentado. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. O Novo Processo Civil. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26ªed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TARUFFO, Michele. Ensaios sobre o Processo Civil: escritos sobre processo e justiça. Darci Guimarães Ribeiro (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

O DIREITO HUMANO AO PROCESSO JUSTO: BASE DA DEMOCRACIA E EFETIVIDADE ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

IGOR LABRE DE OLIVEIRA BARROS
VINICIUS PINHEIRO MARQUES

1. O NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO NOS TRILHOS POR UM PROCESSO JUSTO E EQUÂNIME

A entrada da Constituição Federal de 1988 criou uma conjuntura desarmonizada entre a Carta Magna e a Lei Ordinária, o Código de Processo Civil. O Novo CPC surgiu para adaptar as normas de processo civil as transformações sociais e também corrigir esse liame. Assim, o Novo CPC precisou abranger expressamente princípios constitucionais, em seu aspecto processual. Muitas regras foram disseminadas, dando materialidade a esses princípios. Da leitura do novo CPC, verifica-se que o legislador incomodou-se em dar novas orientações ao processualismo civil, indo de incidência de configuração direta e positiva, à Constituição Federal, com o ingresso de amplos direitos e garantias fundamentais as partes e ao processo.

Assim, o Legislador adotou explicitamente a Teoria do Direito Processual Constitucional. Doutrinadores a exemplo Trocker (2011, p. 07) já consolidaram o entendimento teórico, no qual, "o Direito Constitucional é o tronco da árvore, e o Direito Processual é um de seus ramos". Portanto, não é aceitável a existência de uma regra processual sequer que não contenha entusiasmo criador na Constituição. Com a adoção da maneira intervencionista do Estado nas relações privadas, o aparato estatal passou a designar para si, a categoria de dizer o direito, e consequentemente empregar a jurisdição no escopo de proferir uma solução justa para as

partes contraditórias. É nesse sentido que Bonavides (2014, p. 232) distingue que «justo é o processo que se desenvolve em respeito aos parâmetros fixados na Constituição e nos valores da sociedade".

O texto do Código de Processo Civil de 2015 reafirma o necessário comportamento de boa-fé a todos que intervirem no processo. Portanto no art. 6º estabeleceu-se que "todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". Com efeito, avigorou-se a instigação pelo mérito, em razoável tempo, atribuindo aos sujeitos do processo cooperação entre si, circunstância que não é notada no exercício, almejando a lei instituir a prática da cooperação. Hoje, a demanda central está na vagarosidade da prestação jurisdicional, afinal, justiça e morosidade são círculos imiscíveis. É claro que essa ação estatal carece contar com o apoio das partes conflitantes, e foi com essa visão que o artigo 6º do Novo CPC constituiu a cooperação.

Nesse prisma, pode-se proferir que o CPC/15, assinala não mais para um afastamento, um protagonismo processual e sim, para uma cooperação regularizada na boa-fé, sem que consista em infringir os princípios da ação e da imparcialidade do juiz. Incumbe apresentar à colação, o ensinamento de Marcus Gonçalves onde aborda acerca do cooperativismo processual:

> Encarar o processo civil como uma comunidade de trabalho regida pela idéia de colaboração, portanto, é reconhecer que o juiz tem o dever de cooperar com as partes, a fim de que o processo civil seja capaz de chegar efetivamente a uma decisão justa, fruto de efético 'dever de engajamento' do juiz no processo. Longe de aniquilar a autonomia individual e auto-responsabilidade das partes, a colaboração apenas viabiliza que o juiz atue para a obtenção de uma decisão justa com a incrementação de seus poderes de condução no processo, responsabilizando-o igualmente pelos seus resultados. A colaboração não apaga obviamente o princípio da demanda e as suas consequências básica: o juízo de conveniência a respeito da propositura ou não da ação e a delimitação do mérito da causa continuar tarefas ligadas exclusivamente à conveniência das partes. O processo não é encarado nem como coisa exclusivamente

> das partes, nem como coisa exclusivamente do juiz – é uma coisa comum ao juiz e às partes. (GONÇALVES, 2015, p. 225)

Admira-se que o formalismo processual civil se modifica em um formalismo valorativo, isto é, o processo é acarretado segundo as normas infraconstitucionais, no alcance em que as estimas processuais constitucionalmente conjeturadas se perpetrarem em determinadas proposições. Assim, compete ao juiz se regular pelos princípios unânimes do processo, de caráter a atender as diretrizes da Constituição Federal de 1988, conferindo as partes uma justiça eficaz, célere e apropriada.

2. O DIREITO HUMANO A UM PROCESSO JUSTO E SUA EFICÁCIA ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

O direito a um julgamento justo protege os indivíduos contra intervenções estatais arbitrárias, dando-lhes garantia, ainda mais quando se vivencia períodos de graves violações de direitos. Nesse contexto, a organização de um processo, assim como o seu desenvolvimento, deve ser pautada em lei, antecipadamente produzida e de conhecimento público, a ser concentrada de forma igualitária e elaborada em consenso com a Constituição, tendo em panorama que esta goza de supremacia e serve de embasamento de validade para toda a ordem jurídica.

> A supremacia constitucional se impõe por meio de dois institutos jurídicos importantes: a rigidez da Constituição, que demanda para alteração dos preceitos constitucionais um procedimento mais difícil do que aquele exigido para elaboração da legislação infraconstitucional; e o controle de constitucionalidade dos atos normativos, que permite a invalidação daqueles que contrariem a Constituição. Mas ela depende ainda de outro elemento, de natureza sociológica, que os textos normativos não têm como impor: a existência de uma cultura constitucional, caracterizada pela generalizada adesão do povo à Constituição estatal, que ocorre quando este a toma como algo que é seu, e pelo qual vale a pena lutar. (KELSEN, 2013, p. 26.)

Assim, torna-se cogente a observância da cláusula do *due process of law*, regulada em garantias processuais que devem ser consolidadas durante a prestação jurisdicional estatal como forma de impedir lesões a direitos e danos irreparáveis. Nessa vereda, o processo deve estar ancorado na precaução dos direitos e das garantias constitucionais, de caráter a aferir legitimidade democrática aos comunicados jurisdicionais e certificar a ampliação de um julgamento justo.

> A função jurisdicional, no Estado Democrático de Direito, não é atividade beneficente, obsequiosa ou criativa, mas atividade-dever do Estado, razão pela qual, em contrapartida, é direito fundamental de qualquer um do povo (governantes e governados) e também dos próprios órgãos estatais obtê-la, a tempo e modo, vale dizer, de forma adequada e eficiente, pela garantia do devido processo constitucional. (MENDES, 2011, p. 47.)

Julgamento justo, este, que só será adquirido a partir da edificação de um provimento em que seja assegurado o conhecimento isonômico e efetivo das partes, o dever de fundamentação das determinações, conforme já expõe o CPC de 2015, da sua publicidade, e a consignação de um juízo natural e imparcial, todos alinhados a cooperação processual. Na concepção de Canotilho (2012. p. 496), "será estimado processo justo aquele em que houver assistência alargada de direitos fundamentais quer nas extensões processuais quer nas dimensões substantivas". E arremata:

> A proteção alargada através da exigência de um processo equitativo significará também que o controlo dos tribunais relativamente ao carácter "justo" ou "equitativo" do processo se estenderá, segundo as condições particulares de cada caso, às dimensões materiais e processuais do processo no seu conjunto. O parâmetro de controlo será, sob o ponto de vista intrínseco, o catálogo dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados e os direitos de natureza análoga constantes de leis ou convenções internacionais. Mas o controlo pautar-se-á ainda pela observância de outras dimensões processuais materialmente relevantes. (CANOTILHO, 2012, p. 495)

Determinadas garantias individuais carecem ser tuteladas para a concretização de um devido processo constitucional, como forma de garantir que ninguém seja privado de seus bens e de sua liberdade sem antes afrontar um julgamento justo. O curso do processo deve estar inserido no aparelho unitário do ordenamento jurídico, haja vista o paralelo existente entre o direito processual e o regime constitucional em que o processo se desenvolve.

A Constituição, fruto do equilíbrio das energias políticas existentes na sociedade em dado ocasião histórica, deve servir de embasamento para compreensão do processo e dos princípios a ele constituídos. Com a evolução do Direito Constitucional, a partir do segundo pós-guerra, denominada por alguns autores americanos e europeus de "neoconstitucionalismo, inaugura-se um novo período da hermenêutica constitucional, refletindo a pujança da força normativa da Constituição" Hesse (2002, p. 24), de caráter que esta se coloca em posição de supremacia e norte interpretativo a todo o sistema jurídico. Difunde-se, assim, a compreensão de Constituição normativa e dirigente que passa a albergar, no seu texto, direitos fundamentais que abonam o viés democrático ao Estado de Direito.

Nessa conjuntura, faz-se mister também a remodelação da prestação jurisdicional. Para isso, o processo, além de mero aparelho através do qual o Poder Judiciário exerce sua função típica, passa a ser visto como segurança de liberdade. Foram a constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais, individualmente desenvolvidas na jurisprudência dos tribunais constitucionais e das veemências supranacionais de Direitos Humanos, que expuseram o conteúdo da tutela jurisdicional eficaz como direito fundamental, detalhando em uma série de regras mínimas a que se combinou chamar de garantias fundamentais do processo, universalmente recebidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como uma das colunas do Estado Democrático de Direito.

Nesse passo, o devido processo legal ganha importância, laborando como meio de manutenção dos direitos fundamentais e prevenindo que as liberdades públicas fiquem ao arbítrio das autoridades executivas, legislativas e judiciais. O princípio do devido processo legal atua como fator de segurança jurídica e amparo da confiança dos indivíduos, por garantir

paridade de espécies em face do Estado quando este anseia limitar a liberdade ou o direito aos bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

A presente Constituição brasileira, em seu artigo 5º, inciso LIV, promulgar ao princípio do devido processo legal, consubstanciando uma das mais proeminentes garantias constitucionais do processo, profundamente relacionado às garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88). Nesse sentido, "a própria Constituição configurar o direito processual não mais como mero instrumento de aplicação do direito material, mas como instrumento público de realização da justiça" Cintra (2010, p. 86).

Em verdade, como preleciona Bulos (2010, p. 663) "o verdadeiro significado da terminologia *due process of law*, no nosso idioma, seria 'perfeita adequação ao Direito', e não devido processo legal". Outrossim, Rui Portanova (2013, p.146) , ao tratar do princípio do devido processo legal, aduz que este "é tão amplo e tão significativo que legitima a jurisdição e se confunde com o próprio Estado de Direito". Nesse diapasão, aos renovos da teoria processual constitucionalizada, o devido processo legal é base de legitimidade e legitimidade das instituições jurídicas. Desse modo, o processo transpõe a serem estudados consoantes os institutos e princípios constitucionais. Assim na teoria de Elio Fazzalari (1989, p. 57-58), que remodelou a consideração de procedimento e, especialmente, de processo, abdicando a ideia de relação jurídica, para conformá-los a essa nova visão neoconstitucionalista do direito, conclui-se que o processo é metodologia caracterizada pelo contraditório. Nesse sentido, o contraditório há de ser direito-garantia constitucionalizado e adepto à realidade social, de modo a assegurar a simétrica do conhecimento dos interessados na preparação do cuidado estatal.

Em razão disso, a mostra do poder do Estado, desempenhado em nome do povo, que se projeta na declaração jurisdicional tem de ser atingida sob rigorosa matéria constitucional principiológica, rotulada como devido processo constitucional. Assim, o devido processo constitucional deve encaminhar e informar todo o processo jurisdicional, legislativo e administrativo, uma vez que, mais do que mero aparelho técnico, o processo é meio de entrada à ordem jurídica justa, para tanto, deve catalogar o seu desenvolvimento em desígnios justos. Nessa probabilidade, seguindo as

diretivas de uma tutela jurisdicional eficaz, consequência do próprio Estado Democrático de Direito, devem ser solidificadas algumas garantias fundamentais do processo, envolvidas nas denominações de devido processo legal, por permitirem a efetivação imperativa e imparcial dos regulamentos componentes do ordenamento lícito brasileiro.

Em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ensinou em seu art. 16 que "a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição". Nessa circunstância, os direitos fundamentais, distinguidos pelo Estado Democrático de Direito a sociedade, operam de forma a restringir as arbitrariedades do poder estatal.

> Certo é que o reconhecimento expresso dos direitos fundamentais nos textos constitucionais e ordenamentos jurídicos infraconstitucionais contemporâneos permitiu a criação de um bloco compacto de salvaguarda das pessoas e de suas liberdades contra quaisquer atos de abuso do poder ou de arbítrio provenientes do Estado, incompatíveis com o princípio maior da vinculação de qualquer ato estatal ao Estado Democrático de Direito, sobretudo o ato jurisdicional, que somente pode ser praticado em processo devidamente constitucionalizado [...]. (DIAS, 2010, p. 70)

Contudo, impende enfatizar que a mera antevisão de direitos fundamentais no ordenamento jurídico-constitucional não lhes garante plena efetividade, sem a afirmação das garantias que assegurem o sistema de proteção. Se antes de 1988 a luta era pela inclusão dos direitos fundamentais e das garantias processuais na Constituição, na atual conjuntura, busca-se a consolidação do extenso rol de direitos que foram aplicados. No Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia real dos direitos constitucional e legalmente garantidos depende da segurança da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe do amparo imperativo do Estado ao seu pleno gozo.

As garantias fundamentais do processo são, em veracidade, princípios constitucionais, procedimento puro do Estado Democrático de Direito, que

têm como diretriz de interpretação a dignidade do ser humano. Parte-se da confiança de que não será demarcado o alcance dessas garantias, mas faz-se um ensaio de cooperar para definir as peculiaridades básicas do processo contemporâneo, que deve não exclusivamente prender-se ao procedimentalismo codificado, mas procurar conseguir efetividade dos seus efeitos na tutela de direitos, reverenciando valores humanitários. O devido processo legal tem como base o contraditório e a ampla defesa que necessitam ser assegurados às partes em qualquer processo administrativo ou jurisdicional e aos apontados em geral, segundo enuncia o artigo 5º, LV, da CRFB/88. O contraditório é a segurança de participação efetiva dos atores processuais com equidade de conveniências. Sem ele, o processo tornar-se-ia ambiente procedimental inquisitório.

> [...] É o contraditório que viabiliza a participação simetricamente igualitária das partes destinatárias do pronunciamento jurisdicional decisório final (decisão interlocutória, sentença, acórdão, provimento) na fase procedimental da sua preparação, influindo as mesmas partes na sua construção. [...] (CANOTILHO, 2012, p. 354)

O processo abandona de ser um solilóquio e transforma-se em um diálogo, perpetrando com que a atividade jurisdicional adquira um papel mais democrático, ligando espaço a persuasão praticada pelas partes em afinidade ao juiz e deste em analogia àquelas. Nessa vereda comungada com o princípio da cooperação, o dever de fundamentar, ao lado do contraditório, é igualmente peremptório para a distinção do processo judicial contemporâneo. O contraditório é consequência do princípio político da participação democrática, assim, a decisão judicial não faculta ser constituída em meios de direito erguidos de ofício, mas a partir da discussão preventiva. O dever da fundamentação, disposto no art. 93, IX, da CRFB/88, apontando ao afugentamento do arbítrio judicial e à vistoria da celeridade jurisdicional, impõe ao julgador a obrigação de motivar seus comunicados decisórios, adjudicando legitimidade democrática e constitucional. Nessa senda, cita-se:

> No Estado Democrático de Direito, mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação, eis o elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico. Não há princípio constitucional que resista à falta de fundamentação; não há embargo declaratório que possa, posteriormente à decisão, restabelecer aquilo que é a sua condição de possibilidade: o fundamento do compreendido. O dever de fundamentar as decisões (e não somente a decisão final, mas todas as do iter) está assentado em novo patamar de participação das partes no processo decisório. A fundamentação está ligada ao controle das decisões, e o controle depende dessa alteração paradigmática no papel das partes da relação jurídico-processual. Por isso, o protagonismo judicial-processual – que, como já se viu, provém das teses indicadas por Büllow, Menger e Klein ainda no século XIX – deve soçobrar diante de uma adequada garantia ao contraditório. (MACHADO; CATTONI DE OLIVEIRA, 2011, p. 17)

Nesse espeque, observa-se a essência de uma relação umbilical entre o contraditório e a necessidade de fundamentação. É que, não satisfaz dizer que a decisão é coerente, torna-se imprescindível evidenciar a reverência ao contraditório participativo, a partir do exame da argumentação prestada. A legitimidade democrática das disposições jurisdicionais, empenhadas com o princípio do Estado Democrático de Direito, está determinada na particular sujeição dos órgãos jurisdicionais às cláusulas que unificam o ordenamento jurídico, especialmente as normas constitucionais, derivadas da vontade do povo, porque controvertidas, votadas e consagradas pelos seus representantes, no Congresso Nacional. Nesta acepção o desempenho político da motivação das decisões judiciais, preleciona-se que este cogente tem "a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões" Grinover, Dinamarco, Cintra (2010, p. 74).

Ademais, a publicidade, visa o banimento de toda expressão sigilosa e da inacessibilidade ao público presente, estabelece uma proeminente garantia ao indivíduo no que diz respeito ao treinamento da fiscalização. Brotando com o conjunto de juízos secretos e de maneira inquisitiva o

sistema da publicidade das ações processuais reflete espontaneamente sobre as garantias de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz. Nada há de mais público, e mesmo potencializado da ideia de excelência do homem, do que a publicidade de ações do processo, que inviabilizam que estes não sejam impelidos a ciência de todos. Evita-se um processo às densidades, em que direitos sejam embaraçados como decorrência do desconhecimento do teor de disposições judiciais, o princípio da publicidade é declaração legítima da democracia.

Assim, para a ampliação de um processo constitucionalizado, distingue-se a precisão de dar publicidade aos atos processuais. No entanto esta regra universal de publicidade pode ser relativizada, restringindo a apresentação às próprias partes e aos seus advogados, ou apenas a estes, quando visa a resguardar direito à intimidade do interessado, segundo cautela constitucional, desde que não reste danificada a veemência pública à ciência.

Quando se prolata em defesa nacional, ordem pública, moral, bons costumes, em suma, interesse social, tende-se a excepcionar o aludido princípio. A segurança do juízo natural, depreendida do inciso XXXVII, art. 5º, da CRFB/88, que preceitua: "não haverá juízo ou tribunal de exceção", sendo concluído pelo inciso LIII, do mesmo aparelho, que dispõe: "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente". Assim, o órgão jurisdicional deve ser constituído, apontado e delimitado sob discernimentos gerais fixados antecipadamente no ordenamento. É a antítese do juízo pós-constituído ou juízo de exceção, designado após a experiência do fato. Assim, "ninguém pode ser protegido por um juiz especial, como ninguém deve ser perseguido por um juiz ad-hoc" Grinover, Dinamarco, Cintra (2010, p. 105). Neste caminho, o juízo natural, apesar de não garantir a total imparcialidade do julgador, configura-se como um ínfimo imprescindível.

As balizas registradas de uma ponderação justa incluem o direito de estar presente em tribunal, de ter um julgamento público rápido em presença um tribunal independente e imparcial e de ter um advogado de desígnio ou um provido sem despesa. Também fundamental é o direito da presunção de inocência, até que se demonstre o contrário, e o direito de não ser constrangido a observar contra si mesmo. Estas peculiares são

elucidadas em mais proeminência no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, uma preparação legalmente vinculativa de alguns dos princípios fundamentais da Declaração Universal de Direitos Humanos.

O direito a um julgamento justo, além disso, é convencional em uma série de documentos regionais de direitos humanos, como Rosa, Silveira Filho (2013, p. 8) "a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos". Outros desenvolvimentos incluem a característica das transcrições e da tradução nos métodos judiciais. Questões submersas ao direito a um julgamento justo advêm em cada país do mundo em grau maior ou menor. Muitos preceitos legais possuem diferentes medidas para tornar mínimos os erros da Justiça, mas em alguns países Streck (2012, p. 114) "tais sistemas não estão totalmente desenvolvidos, são prejudicados por corrupção ou incompetência, ou não funcionam na prática por uma série de outras razões".

O julgamento justo está na essência do Artigo 10, parte da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, que busca prevenir uma reprodução das truculências da Alemanha de Hitler, onde juízes e tribunais transigentes atuaram pelos desígnios do regime nazista, em vez da justiça na veemência do povo. O direito a um julgamento justo foi acolhido por todos os países, os julgamentos justos não só abrigam suspeitos e réus, mas tornam as coletividades mais protegidas e fortes ao fortalecer a confiança na Justiça e no Estado de Direito, tal fato pode ser notoriamente vislumbrado através do princípio da cooperação.

2. O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO COMO MEIO DE GARANTIR O PROCESSO JUSTO

O CPC de 2015 consagrou um princípio que entrou em bastante notoriedade e análises a partir da aplicação no novo código de processo civil. Tal princípio denominado como princípio da cooperação, figurado no art. 6° da Lei 13.105, "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

A cooperação tem como finalidade a ajuda de todos envolvidos na lide para uma maior agilidade da decisão sobre o episódio, ou seja, a busca por uma decisão de mérito em tempo razoável, justa e efetiva. Em primário momento esse princípio pode-se apresentar como esdrúxulo a relação processual, devido em via de regra, se mentalizar o arrolamento entre autor e réu como círculo de conflito.

Tal dispositivo processual deixa notório que todas as partes do processo devem desempenhar a cooperação. Os litigantes atuam com pedidos e alegações e o juiz-estado atua com as instruções, direção dos tramites judiciários e decisões, ressalta também que, tal cooperação envolve os auxiliares de justiça, tais como, peritos, leiloeiros e entre outros.

> O princípio da cooperação não diz respeito somente às partes. Os deveres de cooperação são conteúdo de todas as relações jurídicas processuais que compõem o processo: autor-réu, autor-juiz, juiz-réu, autor-réu-juiz, juiz-perito, perito-autor, perito-réu etc. Essa é a premissa metodológica indispensável para compreender o conteúdo dogmático do princípio da cooperação. (DIDIER JÚNIOR, 2016, p.163)

Todas estas assistências desenvolvidas pelos compartes da relação processual acarretarão agilidade e justa decisão, dependendo, de que todos cumpram a sua função de forma visível. A cooperação não gera uma mútua barganha de serviços, mas uma cooperação, com o intuito de atenuar o tempo que se utiliza nas ações judiciais, abarcando uma resolução justa e efetiva do processo. Necessitando entre todos ter um objetivo ordinário, o alcance de tutela jurisdicional em período razoável. A jurisprudência mesmo sob a vigência do CPC/1973 já havia reconhecido expressamente a aplicação de tal princípio, fomentando deliberações que se empregam da argumentação principiológica.

> CIVIL. PROCESSO CIVIL. BUSCA E APREENSÃO. CONVERSÃO EM EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE EXECUTIVIDADE. NÃO VERIFICADA. PRINCIPIO DA COOPERAÇÃO PROCESSUAL. VIOLADO. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA CASSADA.I. O rol

> estabelecido no artigo 585 do Código de Processo Civil é meramente exemplificativo, podendo a lei conferir o status de título executivo extrajudicial a outros documentos, que não os previstos no mencionado dispositivo.II. Fere o princípio da cooperação processual, a atitude do magistrado de influenciar a parte a converter o feito e, posteriormente, indeferir a inicial, sobre o argumento de que o título não é hábil ao procedimento adotado.III. Recurso Provido para cassar a sentença de primeiro grau. (TJ-DF. APC 20140310015006. Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA. Julgamento:25/11/2015. Pág.: 294).

Como um fruto imparcial de uma relação processual, o juiz adotando o princípio da cooperação, transpõe de um agente passivo na relação processual, ou reservado observador, para o posicionamento de acentuados atos ativos no arrolamento processual, instigando igualmente às partes a participarem da relação processual de forma mais ativa. Observando sempre o princípio da imparcialidade que veda privilégios nas ações do magistrado. Assim o juiz de situa no meio da controvérsia, ocasionando com que todas as partes sejam ativas ao processo, proporcionando agilidade e efetivando de forma clara o princípio constitucional da isonomia, conforme o caput do art. 5° da Constituição Federal. Em um Estado democrático de direito, os processos devem possuir caráter isonômico, deste modo, a utilização do principio da cooperação facilita a serventia do dispositivo constitucional da isonomia, como o dever de esclarecimentos, auxílios, consultas, o instituto da prevenção, que se resume na fixação de competências, proporcionando uma mútua reciprocidade.

> Logo, para que o processo de fato mereça o qualificativo de democrático/justo e se torne real o clima de colaboração entre juiz e as partes, a nova lei impõe uma conduta leal e de boa-fé, não só dos litigantes, mas também do magistrado, a quem atribuíram os deveres de esclarecimentos, de diálogo, de prevenção de auxílio para com os sujeitos interessados na correta composição do conflito de conflito, criando-se um novo ambiente normativo contra fático de indução à com participação (em decorrência dos comportamentos não cooperativos). (MARINONI, 2010, p.48)

O processo é fruto de uma relação entre o estado-juiz e as partes litigantes do processo, o autor e réu, a cooperação trás à lume uma concepção contemporânea de que todos que participam da relação processual devem cooperar de uma forma ativa e pró-ativa, ou seja, conjecturando comportamentos para trazer a solução rápida e antecipada de lides. Assim o princípio da cooperação praticado por todas as partes, poupa a formulação de pedidos desnecessários e infundados, evitando a procrastinação da decisão judicial de forma supérflua. O magistrado como cooperador, deve não atuar de forma surpresa nas decisões, conforme exposto no artigo 10 do CPC de 2015, que "o juiz não pode decidir, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda de matéria sobre a qual deva decidir de ofício."

Deve também o auxílio, para amparar as partes a extrair os obstáculos que podem existir no meio do processo. O alerta as partes do uso impróprio do processo e as consequências desde mau uso, o juiz carece também de ser elucidativo em suas decisões e solicitar explicação das partes em seus atos, a exemplo no artigo 321 do CPC, que dispõe da emenda da inicial. Veemente que nesse púbere modelo contemporâneo de processo, quando todos operam de forma cooperada, desempenham o intuito de se atingir uma pacificação, independente de qual parte sairia do processo com o mérito, essa é a essência do novo método de condução de processos através da cooperação, proporcionando ainda o devido processo justo, garantido ao homem em um nação de plena democracia, assevera Streck (2012, p.13), que "o espírito do novo CPC é alçar a ética, a honestidade e a lealdade das partes como standards de conduta, facilitando a gestão do processo pelo Juiz e permitindo que se chegue à solução mais justa e efetiva".

CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil elenca um rol de direitos e seguranças fundamentais que compõem um núcleo essencial de prevenção, envolvido na extensão das cláusulas pétreas. Tais direitos e garantias têm eficácia adjacente e servem de fronteira à ação estatal, de modo a

prevenir que o legislador atue ao seu talante, esquecendo quem lhe concedeu o seu dever-poder, a Constituição. Advém que, essa tutela dos cidadãos contra arbítrios é em muitas ocasiões, desobedecida, por meio da preparação de leis suspensivas que exaurem a força normativa dos direitos e seguranças fundamentais, o princípio da cooperação abarca e proporciona que o direito a um processo justo seja efetivamente orientado.

Permanece uma preocupação acentuada do legislador na cooperação processual, como em alto grau enfatizam os doutrinadores aludidos, afastando-se a ideia de protagonismo processual, no entanto, sem que sejam infringidos os embasamentos constitucionais. Deste formato, o processo transporá a ser enfrentado como uma concordância de trabalho, comum tanto ao magistrado, quanto as partes, procurando uma maior agilidade e um julgamento mais equitativo.

A prudência com a extensão da efetividade do contraditório é fundamental e de integral alcance no processo civil, tendo em vista que este é um aparelho de consolidação do direito material e pacificação das relações civis, fundamentado nos direitos fundamentais, seguranças constitucionais e legislação específica. Resta clara a necessidade de afinidades suaves e tranquilas no transcorrer do processo e que são garantidas pelo princípio do contraditório, bem como a essencial participação das partes, que abona a eficaz tutela jurisdicional segurada pelo Estado.

O contexto de um processo justo ressalta-se que também não está só ligado exclusivamente à característica das medidas legais, mas ao mesmo tempo ao bem-estar de juízes e intermediários. Se os cardinais atores do Sistema Judiciário estão dependentes a controle político, e agem de forma soberba, então a consideração de um julgamento justo se torna lunática. A deficiência na transparência envolvendo julgamentos e a administração da Justiça, assim como a tendência de estar sujeito a coações pelo percurso de um processo, resulta em condenações que ferem varias bases dos direitos humanos, entende-se nesta análise que o processo justo baseado na cooperação abarca a efetivação dos direitos humanos, pois a transparência e busca da boa-fé em face do litígio se tornam bases do processo judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de** direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA-DF. **Apelação Cível 20140310015006**, Rel. GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA. Disponível em:<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/267381511/apelacao-civel-apc-20140310015006>. Acesso em: 6 fev. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. ***Curso de direito constitucional***. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. ***Direito constitucional e teoria da constituição***. 7. ed., 9 reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. ***Teoria geral do processo***. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. ***Processo constitucional e estado democrático de direito***. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Juspodvum2016.

FAZZALARI, Elio. ***Istituzioni di Diritto Processuale***. 5. ed. Padova: Cedam, 1989.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**: teoria geral e processo de conhecimento. 12. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. ***Teoria geral do processo***. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

HESSE, Konrad. ***A força normativa da Constituição***. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

KELSEN, Hans. ***Jurisdição Constitucional***. Tradução do alemão Alexandre Krug. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). ***Constituição e processo****: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Conrado Hübner. ***Direitos fundamentais, separação de poderes e delibação****.* São Paulo: Saraiva, 2011.

PORTANOVA, Rui. ***Princípios do processo civil***. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da, e SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. ***Para um processo penal democrático****: crítica à metástase do sistema de controle social.* 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

STRECK, Lenio Luiz, e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. ***O que é isto*** *– as garantias processuais penais?.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou 'colaboração no processo civil' é um princípio?. **Revista de Processo**. São Paulo. v. 37, n. 213, p. 13-33. p. 14-15.

TROCKER, Nicolò. Il Nuovo Articolo 111 della Constituizone e il "giusto processo" in materia civili: profili generali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Napoli –ITL. v. 26, pp. 12-30. 2011.

PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL: APONTAMENTOS E REFLEXÕES

ISABELA MOREIRA ANTUNES DO NASCIMENTO

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho motivou-se, em sua elaboração, em investigar o Princípio da Imparcialidade no âmbito do Direito Processual Penal com amparo constitucional. Trata-se de um tema relevante dada a necessidade de parâmetros jurídicos coerentes que fundamentem a aplicação adequada do Direito e que impeçam o solipsismo judicial ou o decisionismo camuflado de discricionariedade.

Para o trabalho adotou-se, como principais marcos referenciais, as obras de Norberto Avena, pelo estudo dos princípios correlatos ao princípio da imparcialidade, de André Machado Maya, com a análise do princípio da imparcialidade no âmbito do processo penal com enfoque na figura do juiz de garantias, de Artur César de Souza, pelo estudo da imparcialidade enquanto diretriz da magistratura e, ainda, Aury Lopes Júnior, como parâmetro em toda pesquisa.

O trabalho se estrutura em dois itens: o primeiro aborda a imparcialidade enquanto norma principiológica, destacando sua correlação com outros princípios como, por exemplo, o princípio do contraditório e da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, do juiz natural, etc. Já o segundo, evidenciam-se os sistemas inquisitivos, acusatório e misto para perquirir acerca da influência do inquérito policial sobre o juiz.

Nos moldes metodológicos de Silva e Silveira (2007), quanto aos

procedimentos, fez-se uma pesquisa bibliográfica logo que utiliza-se, principalmente, de material já elaborado por outros autores.

2. A IMPARCIALIDADE ENQUANTO NORMA PRINCIPIOLÓGICA

O processo penal, ao ter seus dispositivos filtrados constitucionalmente, tornou-se instrumento de eficácia de um sistema de garantias fundamentais mínimas e de proteção contra eventuais abusos e arbitrariedades do poder estatal (TÁVORA; ALENCAR, 2018). No ponto, "existem princípios que fundam a instrumentalidade constitucional e conduzem a uma (re)leitura de todos os institutos do processo penal brasileiro" (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 115).

Diante de um sistema normativo de regras e princípios (ALEXY, 2017), importante ressaltar que os princípios têm força (HESSE, 1991) e plena eficácia, enquanto mandados de otimização a serem implementados diante do caso fático, suscitando problemas de validade e peso enquanto que as regras aplicam-se à maneira de tudo ou nada, estabelecendo questão de validade (DWORKIN, 2002).

"Apesar da ausência de referência expressa da imparcialidade no texto constitucional brasileiro, observa-se que no âmbito processual infraconstitucional há regra jurídica concernente à suspeição e impedimento do magistrado (arts. 252 e 254 do CPP)" (SOUZA, 2018, p. 67), de modo que, no âmbito processual, a imparcialidade apresenta a natureza de regra jurídica. Ainda assim, pode-se dizer que trata-se de um princípio constitucional implícito (SANTORO; PAIVA; MELCHIOR, 2016), conforme o art. 5º, parágrafo 2º da CF, segundo o qual "os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" e também conforme o art. 5º, parágrafo 3º, da CF, pelo qual "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

> [...] Não se cria um novo direito fundamental, mas o desvenda reflexamente do direito a um processo com todas as garantias, ou em decorrência da permissibilidade constitucional para que o ordenamento jurídico incorpore outros direitos fundamentais previstos em tratados internacionais, dos quais o Brasil seja signatário. O direito constitucional a um processo público e com todas as garantias representa, na realidade, um entroncamento entre o direito fundamental ao juiz natural, à igualdade das partes, ao contraditório e à imparcialidade do juiz (SOUZA, 2018, p. 70).

Desse modo, seja com caráter supralegal, caso não alcance o quórum necessário, seja com *status* de emenda constitucional as normas internacionais sobre direitos humanos aderidas pelo ordenamento nacional consagram o julgamento imparcial da demanda. Dentre eles, destaca-se o art. 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH): "toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei (...)".

Contatada sua relevância normativa, para melhor contextualizar o estudo da imparcialidade, destaca-se, a seguir, sua correlação com outros princípios.

2.1 CORRELAÇÃO COM OUTROS PRINCÍPIOS

Segundo Távora e Alencar (2018), o Princípio do Juiz Natural ou Juiz Constitucional decorre da conjugação entre o art. 5º, LIII, da CF, cuja redação indica que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" e do art. 5º, inc. XXXVII, da CF, "não haverá juízo ou tribunal de exceção". Nesse sentido, portanto, objetiva assegurar a submissão do acusado a processo e julgamento no juízo competente e também por órgão do Poder Judiciário regularmente investido (TOURINHO FILHO, 2009), imparcial e previamente conhecido segundo regras objetivas de competência estabelecidas anteriormente à prática da infração penal. Em consequência, impede a criação casuística de tri-

bunais pós-fato, para apreciar um determinado caso (LOPES JÚNIOR, 2009; SOUZA, 2018).

O Princípio da Identidade Física do Juiz, para Tourinho Filho (2009), surgiu, a nível infraconstitucional, com a nova redação do art. 399, parágrafo 2º, CPP, dada pela Lei nº 11.719/2008, segundo o qual "o juiz que proferiu a instrução deverá proferir a sentença", portanto, "consiste na vinculação obrigatória do juiz aos processos cuja instrução tenha iniciado, não podendo o processo ser sentenciado por magistrado distinto" (AVENA, 2018, p. 48).

Segundo o Princípio da Igualdade das Partes, Paridade de Armas ou Isonomia, almeja manter o equilíbrio de força entre as partes, detentoras de iguais direitos, ônus, obrigações, instrumentos e faculdades, que devem contar com as mesmas oportunidades e ser tratadas de forma igualitária (AVENA, 2018) a despeito de estarem em oposição na demanda, inclusive, em decorrência do princípio do contraditório e como desdobramento da garantia constitucional assegurada no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, ao dispor que "todos são iguais perante a lei" e do art. 8º, do Pacto de San José da Costa Rica. Para Távora e Alencar (2018) deve prevalecer a chamada igualdade material.

No mesmo sentido, Souza (2018, p. 81) destaca que o princípio da igualdade apresenta três características relevantes: (a) proibição de arbítrio; (b) proibição de discriminações (proibições de diferenciações injustificadas, desarrazoáveis, desproporcionais); (c) obrigação de diferenciação (tratamento igual para situações iguais, e tratamento desigual para situações desiguais). No ponto, destaca ainda que apesar de haver uma zona de interseção entre os princípios da igualdade e da imparcialidade eles se diferenciam sobretudo porque este é norma de ação que, *prima facie*, procura garantir o interesse público com exclusividade, isenção, independência e transparência do Poder Judiciário enquanto que aquele seria uma norma de relação, visando garantir os direitos e interesses dos particulares para além da mera igualdade formal.

O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa indica que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a

ela inerentes" (art. 5º, LV, CF), ou seja, as partes têm o direito à informação (*nemo inauditus damnari potest),* a bilateralidade da audiência, e o direito à prova legalmente obtida ou produzida (comprovação da inculpabilidade), ou seja, devem ser ouvidas e cientificadas dos atos e fatos havidos no curso do processo assim como podem se manifestar, contrariar os atos praticados pela parte *ex adversa* e produzir provas, pressupondo igualdade entre acusação e defesa (AVENA, 2018). Apesar dos pontos convergentes, importante destacar peculiaridades no sentido de que "enquanto o contraditório é princípio protetivo de ambas as partes (autor e réu), a ampla defesa [...] é garantia com destinatário certo: o acusado" (TÁVORA; ALENCAR, 2018, p. 77).

Independentemente dessa natureza constitucional do contraditório, este princípio, assim como outros já examinados, é mitigado em determinados casos. Nesse diapasão, ressalta-se o contraditório sobre prova ou contraditório diferido ou postergado, que apesar da sua natureza constitucional é reduzido sob a justificativa da necessidade de relegar a momento posterior a ciência das partes quanto a determinados pronunciamentos judiciais. Isso ocorre devido a urgência da medida ou da sua natureza, que exige um provimento imediato *inaldita altera parte,* para evitar que sejam frustrados os objetivos da formação de prova específica, sob risco de causar prejuízo ao processo ou ineficácia da determinação judicial (AVENA, 2018).

O Princípio do Devido Processo Legal, *due process of law,* positivado no art. 5º, LIV, CF, indica que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", ou seja, consagra a necessidade do processo estabelecido e desenvolvido na forma que estabelece a lei, que assegure a pessoa a defesa em juízo e que a pretensão punitiva perfaz-se dentro de um procedimento regular, perante a autoridade competente culminando no direito a tramitação de um processo prévio amparado por prova lícitas, pelo contraditório e pela ampla defesa, conforme Tourinho Filho (2009).

> O devido processo legal deve ser analisado em duas perspectivas: a primeira, processual, que assegura a tutela de bens jurídicos por meios do devido procedimento [*procedural due process*]; a segunda, material,

> reclama um instrumento hábil à determinação exegética das preceituações disciplinadoras dos relacionamentos jurídicos entre os membros da comunidade. O processo deve ser instrumento de garantia contra os excessos do Estado, visto como ferramenta de implementação da Constituição Federal, como garantia suprema do *jus libertatis* (TÁVORA; ALENCAR, 2018, p. 88).

O Princípio da Motivação, Persuasão Racional ou do Livre Convencimento advém do art. 93, inciso IX, da CF e, em esfera infraconstitucional, está presente no art. 155, caput, e no art. 381, ambos do CPP. "Trata-se de autêntica garantia fundamental, decorrendo da fundamentação da decisão judicial o alicerce necessário para a segurança jurídica do caso submetido ao judiciário" (TÁVORA; ALENCAR, 2018, p. 82).

Interessante notar a admissibilidade da motivação *per relationem*, "caracterizada pela utilização das razões empregadas, por exemplo, pelo magistrado da instância inferior (ou pelo Ministério Público, em parecer), na fundamentação da decisão proferida" (TÁVORA; ALENCAR, 2018, p. 82), ou seja, "aquela que se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos [...]" (AVENA, 2018, p.33), cujo conteúdo indique os fundamentos de fato ou de direito que justifiquem a decisão proferida pelo Poder Judiciário.

Sobretudo quanto à sentença condenatória, a fundamentação não pode ser genérica, com alusão vaga à prova dos autos, é necessário que o magistrado explique de forma clara e precisa (TÁVORA; ALENCAR, 2018) quais são os elementos utilizados para formação de seu convencimento (AVENA, 2018), sempre buscando aproximar-se da verdade como os fatos realmente se passaram (TARUFFO, 2016), evitando, assim a prolação de decisões arbitrárias e ilegítimas diante do ordenamento jurídico.

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição "assegura a possibilidade de revisão das decisões judiciais, através do sistema recursal, onde as decisões do juízo a quo podem ser reapreciadas pelos tribunais" (TÁVORA; ALENCAR, 2018, p. 84). Embora não seja contemplado expressamente na Constituição, trata-se de um enunciado normativo validado pelo Pacto de

San José da Costa Rica, em seu art. 8º, 2, "h", que dispõe acerca do direito de recorrer das decisões judiciais e pelo art. 92 da própria CF, ao mencionar Tribunais e Juízes Federais, Tribunais e Juízes Eleitorais, além do art. 93, III, da CF que faz alusão ao "acesso aos tribunais de segundo grau". Há também o art. 108, II, pelo qual "compete aos Tribunais Regionais Federais julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição".

O duplo grau consiste em uma jurisdição inferior (Juízes, Tribunal do Júri, Juizados Especiais e Conselhos de Justiça), que conhece da causa, e outra superior (Tribunais de Justiça, TRFs, TREs, Tribunal de Justiça Militar e Turma Recursal), com a tarefa precípua de rever as decisões proferidas pela inferior. Ao Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não cabe reexaminar as decisões dos Tribunais Estaduais ou Federais em termos fáticos ou jurídicos, salvo se atentarem contra a Constituição, as leis federais e os tratados (TOURINHO FILHO, 2009).

Por fim, Avena (2018, pp. 42-43) destaca que "esta garantia não dispensa qualquer das partes, acusação ou defesa de observar, nos recursos que ingressarem, os pressupostos gerais de admissibilidade", quais sejam, cabimento, tempestividade, forma, interesse e legitimidade, assim como os requisitos firmados nos arts. 586 e 593 do CPP.

Não se pretendeu esmiuçar todas as particularidades dos princípios supracitados, tampouco mencionar todos aqueles que, de alguma forma, são relevantes para o processo penal, tais como o da verdade real, da publicidade, da inadmissibilidade de provas ilícitas, da cooperação processual, da razoável duração do processo penal, da legalidade ou obrigatoriedade, da *ne est judex ultra petita*, etc. Este apanhado geral almejou demonstrar que o princípio da imparcialidade não deve ser visto isoladamente, mas sim imerso em uma conjuntura jurídica para que tenha coerência prática. Passa-se, então, à análise mais específica deste princípio diante das singularidades do processo penal.

3. O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E O PROCESSO PENAL

O Princípio da Imparcialidade, também denominado como "alheiabilidade", é entendido como característica essencial do perfil do juiz diante de um Estado Democrático de Direito erigido à luz da Constituição Federal, que veda o juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, LIII), consistente, portanto, em não ter vínculos subjetivos com o processo de modo a lhe tirar o afastamento necessário para conduzi-lo com isenção (TÁVORA; ALENCAR, 2018). "A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supra-ordenado às partes ativa e passiva" (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 131).

No ponto, destaca-se a diferença entre a imparcialidade *ante factum*, que consubstancia-se tanto nas garantias do juiz (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos) quanto nas garantias do cidadão (juiz natural, proibição do juízo de exceção e regras de definição prévia de competência), da imparcialidade *post factum*, que subdivide-se em imparcialidade subjetiva e imparcialidade objetiva. Aquela é presumida e corresponde hipóteses de impedimento, *judex inhabilis*, (art. art. 252) e de suspeição, *judex suspectus,* (art. 254 do CPP) já esta é definida diante do caso concreto, conforme os estudo de Santoro; Gonçalves e Minagé (2018).

Também é importante mencionar que as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (art. 95, CF) são asseguradas ao magistrado para que ele possa atuar com independência e livre de coações, influências constrangedoras ou ameaças que pudessem fazê-lo temer a perda do cargo assim como para que não se entusiasme com vantagens outras (TOURINHO FILHO, 2009).

Interessante notar, nos moldes de Souza (2018) a imparcialidade como objetividade, isenção, neutralidade e transparência. Como objetividade indica que o juiz deve atuar no processo sem que se deixe influenciar por considerações subjetivas e pessoais, segundo critérios lógico-racionais e estritamente jurídicos, evitando atos discriminatórios. Como isenção, o juiz não pode intervir na relação jurídica quando tiver inclinação pessoal negativa no resultado da decisão, ou seja, quando estiver direta ou indiretamente interessadas na questão. A exigência de neutralidade corresponde

a preocupação em romper com a subordinação do Poder Judiciário às diferentes forças político-partidárias. Por fim, como dever de transparência, exterioriza-se pela publicidade exigindo que as decisões judiciais devam ser fundamentadas ou motivadas.

> Conteúdo objetivo e subjetivo da imparcialidade. A garantia em comum para todas as formas de composição de conflitos exige que o juiz permaneça equidistante, como terceiro super partes. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos [TEDH], por meio da decisão proferida no caso Piersack, em 1º.10.1982, passou a reconhecer a diferenciação entre o aspecto subjetivo e objetivo da imparcialidade. Segundo o Tribunal, pode-se distinguir, por um lado, um aspecto subjetivo da imparcialidade que trata de averiguar a convicção pessoal de um determinado juiz em um caso concreto e, por outro, um aspecto objetivo que propugna pela existência de um juiz concreto que possa oferecer garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável a esse respeito [...] (SOUZA, 2018, p. 47).

Discute-se, então, se a atribuição de poderes instrutórios (ou investigatórios) ao juiz, vez que a iniciativa probatória é característica essencial do princípio inquisitivo, fere a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por consequência, a imparcialidade (LOPES JÚNIOR, 2009). Constata-se que a imparcialidade é melhor garantida pelo modelo acusatório, pelo qual há separação das funções de acusar e julgar assim como um afastamento do juiz da atividade investigatória. É o que se passa a perquirir.

3.1 REFLEXÕES SOBRE A INFLUÊNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL NO JULGAMENTO

Existem três espécies de sistemas processuais ou tipos de processo penal, quais sejam: sistema acusatório, sistema inquisitivo e sistema misto. Tendo a estrutura penal função precípua de garantia contra o arbítrio estatal,

adequando-se o processo penal à Constituição Federal, constata-se que o sistema acusatório predominou em países de base democrática (AVENA, 2018), enquanto que o sistema inquisitório caracterizou-se por sustentar autoritarismos e totalitarismos, em descompasso com os direitos individuais.

Percebe-se que "os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são reflexo da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época" (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 57). No Brasil, atualmente, a doutrina diverge quanto a qual sistema deve prevalecer, tendendo Avena (2018), por exemplo ao sistema acusatório enquanto outros tendem pelo misto, como Távora e Alencar (2018) e Souza (2018), no qual predomina o inquisitório na fase pré-processual e o acusatório, na processual.

Este trabalho, é importante destacar, não pretende trazer soluções para as inquietudes apontadas mas sim refletir a respeito delas pois é necessário equilibrar a demanda de parâmetros jurídicos coerentes que fundamentem a aplicação adequada do Direito e que impeçam o solipsismo judicial ou o decisionismo camuflado de discricionariedade, desencadeando retrocessos democráticos, com a inevitabilidade de considerar o juiz em sua condição humana assim como a necessidade de que ele tenha uma abertura interpretativa diante da facticidade das demandas.

Segundo Lopes Júnior (2009), a origem do sistema acusatório remonta ao século XII, sendo substituído pelo modelo inquisitório, que preponderou até o final dos séculos XVIII e XIX. Essa alteração, do sistema acusatório para o inquisitório, permitiu que os juízes invadissem as atribuições dos acusadores, reunindo, em um mesmo órgão do estado, as funções de acusar, defender e julgar (AVENA, 2018; TÁVORA; ALENCAR, 2018), procedimento que deu margem a tortura no processo penal romano e na Inquisição. Com o advento da Revolução Francesa, no século XVIII, valorizou-se, novamente, o sistema acusatório, mas com novos contornos, provenientes da experiência histórica:

> Na atualidade, a forma acusatória caracteriza-se pela: [a] clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; [b] a iniciativa probatória deve ser das partes; [c] mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da

> prova, tanto de imputação como de descargo; [d] tratamento igualitário das partes [igualdade de oportunidades no processo]; [e] procedimento é em regra oral [ou predominantemente]; [f] plena publicidade de todo o procedimento [ou de sua maior parte]; [g] contraditório e possibilidade de resistência [defesa]; [h] ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; [i] instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica [e social] da coisa julgada; [j] possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 60).

Chama-se "acusatório", portanto, porque "à luz deste sistema ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias" (AVENA, 2018, p. 12), garantindo-se o contraditório, a ampla defesa e a publicidade dos atos (TÁVORA; ALENCAR, 2018). Lopes Júnior (2009, p. 61) destaca a principal crítica feita a este modelo, consiste na inércia do juiz, enquanto imposição de imparcialidade, tendo sido, para ele, este o "fundamento histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se (através da inquisição) um gravíssimo erro".

Nesse sentido, ainda adverte aqueles doutrinadores que defendem uma postura ativa do magistrado, pautados pela busca da verdade real. Para mencionado autor, o melhor caminho seria fortalecer a estrutura dialética, assegurando paridade de armas. No ponto, Avena (2018, p. 12) destaca a garantia da isonomia processual, indicando a importância do equilíbrio entre acusação e defesa, "sendo-lhes asseguradas idênticas oportunidades de intervenção e igual possibilidade de acesso aos meios pelos quais poderão demonstrar a verdade do que alegam".

Távora e Alencar (2018, p. 56), em outra medida, alegam que "não adotamos o sistema acusatório puro, e sim o não ortodoxo, pois o magistrado não é um espectador estático na persecução", sugerindo uma leitura não radical do princípio acusatório. A existência do inquérito policial não descaracterizaria o sistema acusatório, vez que se trata de uma fase pré-processual. Ainda assim, defende parcimônia e respeito aos direitos fundamentais constitucionais mesmo no âmbito do inquérito, sobretudo diante de produção de prova que não seja passível de repetição em juízo.

O sistema inquisitório, portanto, resultou dos problemas advindos da inatividade das partes, sob argumento de que isso comprometia a eficácia do combate à delinquência, reforçando-se o "mito da segurança", decorrente da verdade absoluta (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 63), devendo o Estado assumir esta função. Não tendo, o acusado, garantias no decorrer do processo criminal, dá-se margem a excessos processuais (AVENA, 2018). Por fim, denota-se que se ampara no discurso de efetividade da prestação jurisdicional, da busca de um processo célere e da necessidade de segurança, sobrepondo-se os direitos individuais ao interesse o coletivo (TÁVORA; ALENCAR, 2018).

Define-se sistema processual misto ou inquisitivo garantista, inicialmente adotado pelo ordenamento jurídico francês, no *Code d'Instruction Criminalle* de 1808 (TÁVORA; ALENCAR, 2018), corresponde a um modelo processual intermediário entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo, resultando da fusão entre suas características (AVENA, 2018). Viabiliza-se sobretudo em razão da divisão do processo penal em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita), possibilitando-se o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual (LOPES JÚNIOR, 2009).

Maya (2014, p. 196) traz importantes considerações sobre o "juiz de garantias". Para o autor, justamente por ter de garantir os direitos fundamentais do suspeito, no decorrer da investigação preliminar, exigindo do magistrado uma efetiva aproximação para com o material informativo colhido no inquérito policial, restaria prejudicada a imparcialidade que lhe é exigida para a posterior condução do processo e prolação da decisão de mérito correlata, indicativa dos motivos de seu convencimento. Defende, então, amparado pelo entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) que o juiz que proferiu alguma decisão no âmbito da investigação preliminar não seja o mesmo competente para presidir a instrução processual, seguindo o raciocínio também para os órgãos jurisdicionais de segunda instância e para as Cortes superiores.

> Ao juiz de garantias, nesse quadrante, competiria o resguardo da legalidade da investigação criminal e da irrestrita observância dos direitos

> fundamentais do suspeito, dependendo da sua autorização a concretização de medidas cautelares reais e pessoais e busca de provas que impliquem ou possam implicar supressão de direitos fundamentais. E uma vez finda a investigação preliminar, cessará também a competência do magistrado de garantias, competindo a instrução criminal da acusação formulada pelo Ministério Público ou pelo querelante a outro órgão jurisdicional que não tenha tido contato com a investigação (MAYA, 2014, p. 198).

Evitaria-se, dessa forma, que antes mesmo do início da colheita de provas sob o contraditório judicial, já tenha o juiz aderido a uma das teses, seja da acusação ou da defesa, tornando "dispensável o processo, pois tem definida a questão independentemente das atividades probatórias das partes" (MAYA, 2014, p. 199). O projeto de reforma do Código de Processo Penal brasileiro, sob nº 156/2009, de iniciativa do Senado Federal, aponta para a adoção do juiz de garantias. Fernandes (2007), contudo, ressalta que a apuração do sistema acusatório poderia dar-se pela supervisão da atividade investigatória ao Ministério Público, afastando-se o juiz da atividade de colheita de elementos informativos voltados a sustentar a propositura da ação penal.

Por fim, diante de todo exposto, percebe-se que o sistema processual misto aliado à figura do juiz de garantias poderia constituir mecanismo que solucione ou ao menos amenize a falta de observância da imparcialidade objetiva estudada por Santoro; Gonçalves e Minagé (2018). O presente trabalho entende o magistrado como um ser humano imerso em vicissitudes, entendendo pela impossibilidade de que o juiz mantenha-se neutro, sem que isso permita decisões parciais.

3.2 O MITO DA NEUTRALIDADE

Abordou-se, até aqui, a imparcialidade do juiz com base na concepção dogmática jurídica processual constitucional, priorizando a parcialidade negativa, resvalada nas causas de suspeição e impedimento (CARVALHO,

2017). Neste tópico procura-se averiguar a existência de um juiz efetivamente imparcial, pois "o juiz como sujeito humano passa a ser a perspectiva da racionalidade crítica" (SOUZA, 2018, p. 143). O magistrado é visto perante, e não distante, aos seus conflitos internos e externos, a sua visão da realidade, sendo utópico requerer que ele esteja acima da sua falibilidade humana, que "não compreenda o mundo segundo uma visão nitidamente personalíssima e individual" (SOUZA, 2018, p. 143) e que não seja, conscientemente ou inconscientemente, sujeito às influências do inconsciente individual e coletivo.

> Não se deve, entretanto, confundir a imparcialidade com neutralidade. O juiz enquanto praticante de uma atividade neutra é um mito, de tal sorte que a imparcialidade não pode ser assim conceituada. Julgar é ato de conhecer e decidir. Conhecer implica interpretar, atividade que introduz todas as experiências pessoais na própria coisa, fato ou enunciado a ser conhecido. É um ato valorativo e subjetivo. O que caracteriza o ato de julgar, que é a própria subjetividade, não pode ser afastado do julgador. Portanto, a exigência de neutralidade rompe com a natureza humana do julgador. No entanto, o ato de julgar tem como método o ato de conhecer para depois decidir, o que pressupõe não estar a pessoa investida das funções de julgar previamente vinculada ou comprometida com determinada decisão (SANTORO; GONÇALVES; MINAGÉ, 2018, p. 128)

Apesar dessas considerações, Galvão (2014) adverte para a insegurança jurídica que a discricionariedade, ainda que racionalizada pelo convencimento motivado, advinda do movimento neoconstitucionalista (BARROSO, 2014) pode acarretar. Na mesma esteira, Streck (2017, p. 20) alerta para o julgamento conforme a consciência do intérprete assim como para a "jurisprudência dos valores": "consciência, subjetividade, sistema inquisitório e poder discricionário passam a ser variações de um mesmo tema. [...] A pergunta que se põe é: onde ficam a tradição, a coerência e a integridade do direito?" (STRECK, 2017, p. 27).

> Ainda, numa palavra, os referidos autores – e os que pensam desse modo (há ainda muitos processualistas que pensam que o juiz possui livre convencimento e aprecia livremente a prova) – precisam se dar conta que as interpretações que fazemos da realidade não se dão em uma espécie de ponto arquimediano, fora da história, do tempo e da facticidade. Somente nesse 'lugar nenhum' é que não há nenhum condicionamento histórico, político, social, etc., que vincule a decisão do juiz. Trata-se de uma crença injustificada, pois além de indemonstrável, ignora a própria condição humana de estar-no-mundo, ignora a história. Na verdade, como já falei, livre convencimento tem um nome: solipsismo; filosofia da consciência; subjetivismo (STRECK, 2017, p. 37).

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, passou-se a exigir do Poder Judiciário maior intervenção para que garantisse a proteção dos direitos fundamentais mas isso não justifica a permissão de subjetividade capaz de distorcer a realidade (MAYA, 2014). Portanto, é improvável que o juiz profira uma decisão prescindindo de suas vivências pessoais ou de seu modo de ser, com determinadas dimensões valorativas e ideológicas pois na condição de ser humano, constituído por razão e emoção, cujo psiquismo se estrutura, segundo a teoria psicanalítica de Freud (*apud* MAYA, 2014, p. 53), "pela combinação de três diferentes fatores: os hereditário-constitucionais, as antigas experiências emocionais e as experiências traumáticas da vida real contemporânea".

Ainda assim, e por fim, é necessário que ele adote "uma postura efetivamente distante (alheia) em relação aos interesses das partes envolvidas na controvérsia judicial, sem se deixar contaminar por eles" (MAYA, 2014, p. 99), devendo ater-se a orientação postulada pelas regras legais e constitucionais e também pelos princípios informadores do ordenamento jurídico, enquanto terceiro alheio às pretensões das partes.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo penal, ao ter seus dispositivos filtrados constitucionalmente, tornou-se instrumento de eficácia de um sistema de garantias fundamentais mínimas e de proteção contra eventuais abusos e arbitrariedades do poder estatal. Diante de um sistema normativo de regras e princípios, ressalta-se que os princípios têm força e plena eficácia, enquanto mandados de otimização a serem implementados diante do caso fático, correlacionando-se, nesse sentido, o estudo da imparcialidade com outros princípios, tais como o princípio do juiz natural ou juiz constitucional, o princípio da identidade física do juiz, o princípio da igualdade das partes, paridade de armas ou isonomia, o princípio do contraditório e da ampla defesa, dentre outros.

O Princípio da Imparcialidade, também denominado como "alheiabilidade", é entendido, portanto, como característica essencial do perfil do juiz diante de um Estado Democrático de Direito erigido à luz da Constituição Federal e consiste em estimular que magistrado não tenha vínculos subjetivos com o processo de modo a lhe tirar o afastamento necessário para conduzi-lo com isenção, destacando-se as hipóteses de impedimento ou suspeição assim como as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios.

No ponto ressalta-se a existência de três espécies de sistemas processuais ou tipos de processo penal, quais sejam: sistema acusatório, sistema inquisitivo e sistema misto. Tendo a estrutura penal função precípua de garantia contra o arbítrio estatal, adequando-se o processo penal à Constituição Federal, constata-se que o sistema acusatório predominou em países de base democrática, enquanto que o sistema inquisitório caracterizou-se por sustentar autoritarismos e totalitarismos, em descompasso com os direitos individuais.

Finalmente, apesar das considerações feitas no sentido de advertir para a insegurança jurídica que a discricionariedade, ainda que racionalizada pelo convencimento motivado, advinda do movimento neoconstitucionalista pode acarretar procurou-se também perceber o magistrado diante, e não distante, aos seus conflitos internos e externos, à sua visão da realidade. Conclui-se, assim, que neutralidade não é sinônimo de imparcialidade,

sendo utópica impraticável que ele esteja acima da sua falibilidade humana e que ela não seja, conscientemente ou inconscientemente, sujeito às influências do inconsciente individual e coletivo.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Gen/Método, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

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

BRASIL. **Código de Processo Penal**: Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Comissão Interamericana de Direitos Humanos – Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**: Pacto San José, Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 26/out./2018.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Imagens da Imparcialidade entre o Discurso Constitucional e a Prática Judicial**. São Paulo: Almedina, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal**: da prevenção da competência ao juiz de garantias. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; GONÇALVES, Rodrigo Machado; MINAGÉ, Thiago. **A garantia da imparcialidade *post factum* no direito processual penal brasileiro**. *In:* Bruno Espiñera Lemos; Carlos Eduardo Gonçalves; Ivo Horn; Victor Minervino Quintiere (Org.). *Complience* e temas relevantes de direito e processo penal: estudos em homenagem ao advogado e professor Felipe Caldeira. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, v.1, p. 123-138.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; PAIVA, Lívia; MELCHIOR, Antonio Pedro. **O Princípio da imparcialidade na interceptação das comunicações telefônicas**. In: Antonio Eduardo Ramires Santoro; Flávio Mirza Maduro (Org.). Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016, p.515-554.

SILVA, José Maria da; SILVEIRA, Emerson Sena da. **Apresentação de Trabalhos Acadêmicos**: normas e técnicas. 4ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

SOUZA, Artur César de. **A Parcialidade Positiva do Juiz**. São Paulo: Almedina, 2018.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: O juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. Tradução de: Vitor de Paula Ramos.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 13ª edição. Salvador: JusPodivm, 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31ª ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

UM OLHAR SOBRE AS INTERVENÇÕES CORPORAIS FACE AOS LIMITES ASSEGURADOS PELO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NA PERSPECTIVA DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL

LORENA BRAGA RAPOSO
FLÁVIO MIRZA MADURO

INTRODUÇÃO

Nosso escopo é analisarmos o direito a prova no processo penal hodierno com foco na prova pericial por intermédio do julgamento de Israel Pacheco precedente no uso de base de dados do Banco de DNA em *terra brasilis* finalizado após um decenário de muitas discussões jurídicas sobre a prova técniva versus a prova testemunhal em delitos de natureza de violação sexual.

Para o desdobramento do estudo realizaremos o direito comparado sobre a extração de material biológico de forma compulsória e demais lacunas existentes na legislação que prevâ a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, essencialmente, sob a luz do princípio *nemo tenetur se detegere*.

1. O DIREITO À PROVA NO PROCESSUAL PENAL CONTEMPORÂNEO.

O Sistema Processual Penal na busca da verdade real dos fatos cria uma tipo de *"retrospectiva do crime":* o passado – o fato ilícito ocorrido, o presente – a reunião das provas colhidas e o futuro – a pena projetando os efeitos de todos os fatos passados, logo, para proporcionar o conhecimento necessário para o julgador imperioso se faz a reconstrução dos motivos e cenas que ensejaram o fato típico.

Neste panorama James Goldschmidt (1936, p. 101) precisa que:

> "O homem que praticou o fato não é o mesmo que está em julgamento e, com certeza, não será o mesmo que cumprirá essa pena, e seu presente, no futuro, será um constante reviver do passado".

Esta reconstrução é possível diante da reunião de provas que permeiam o delito, contudo, no direito processual penal contemporâneo esta se faz cada vez mais árdua diante da elaboração dos grandes delitos com preparação e execução de forma cada vez mais minuciosa acarretando a necessidade de um conjunto probatório robusto, eis que estas provas serão a soma dos motivos geradores da certeza para uma condenação, não podendo ser baseada em meras evidências.

As provas produzidas na instrução processual são a porta de entrada para a "retrospectiva" do qual será legitimado na sentença, compromisso irrenunciável da atividade estatal jurisdicional.

Não só fatos e acontecimentos do mundo exterior constituem o objeto da prova, como também aspectos internos da vida psíquica do réu ou indiciado. (MARQUES, 1998, pp. 270-271).

Inegável que a reconstrução da verdade através das provas define uma segurança jurídica, para esta consecução são disponibilizados diversos meios de prova, porém neste artigo abordaremos somente a prova pericial em relação aos demais tipos de prova, principalmente ao que tange a prova testemunhal.

2. PROVA PERICIAL NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: É REALMENTE A PROVA TÉCNICA A "RAINHA DAS PROVAS"?

Apesar da nossa doutrina e jurisprudência serem fartas em reconhecer a inexistência de hierarquia de provas no processo penal combinado aos demais meios de prova, a prova técnica vulgarmente chamada da "rainha das provas" assim foi intitulada por ter como base a ciência com uma

pseudo afirmação que por esta razão seria soberana aos demais meios de prova.

Curiosa esta afirmação em um país do qual soluciona um número ínfimo de casos com base em provas periciais.

Entendemos que esta máxima a muito se perdeu, eis que diante da análise de casos concretos a prova testemunhal ganhou importante relevo nas decisões judiciais principalmente quando equiparadas às provas periciais, seja no âmbito criminal, seja nas demais esferas do Direito.

O exame de DNA é o principal método de identificação humana na seara do reconhecimento de paternidade na modernidade tornando os demais sistemas empregados totalmente obsoletos. Assumiu, também, um valor diferenciado em relação às provas periciais antes utilizadas e, até mesmo em relação às provas processuais cabíveis nas ações de determinação da filiação. (LEITE, 1999, pp. 191-192).

A credibilidade do exame em questão resultou no ano de 2004 na edição da Súmula 301 pelo Superior Tribunal de Justiça: "Em ação de investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade".

Posteriormente, em 30 de julho de 2009 a Lei Federal nº 12.004 alterou substancialmente a Lei nº 8.560 de 29 de dezembro de 1992 relativo a presunção da paternidade quando o réu, em ação de investigação de paternidade se recusar a se submeter a exame de DNA.

Lamentamos o Brasil não se equiparar aos Estados Unidos do qual as Leis Federais sobre Prova (FRE) se aplicam tanto ao processo civil quanto ao processo penal, indistintamente, ou seja, com igual equivalência.

Como posteriormente aludido sabemos que na análise criminal não podemos utilizar nenhum tipo de hierárquia aos meios de prova, ainda que o exame de DNA apareça de forma decisiva nas sentenças de reconhecimento de paternidade face a margem de segurança ser de 99,999%, porém vem ganhando espaço na persecução penal de delitos que deixam vestígios, como no crime de estupro, do qual permite o exame nas amostras de sêmen encontradas.

No campo criminal o exame de DNA é a perícia de maior relevância no processo, isso porque é a mais utilizada e tem alto grau de confiabilidade

(devido as características especificas de cada DNA). Conforme os dizeres de professores Marco Antônio de Barros e Marcos Rafael Pereira Piscino (2008, pp. 397-406):

> "O DNA constitui parte dos cromossomos, sendo encontrado no núcleo das células e sua estrutura é responsável pela transmissão das características genéticas dos seres vivos, de geração para geração, resultando no código genético individual. Sabe-se que o DNA de uma pessoa é igual em todas as células do seu organismo e se compõe a partir da informação genética proveniente de seus genitores, metade da mãe e metade do pai biológico. Entre humanos, o DNA se diferencia somente em 0,2% de pessoa pra pessoa. Ainda assim, a sequência de DNA de uma pessoa nunca é igual à de outrem. É uma diferenciação mais precisa do que as digitais das mãos humanas, que também não se repetem".

O DNA é um dos meios comprobatórios dos mais seguros haja vista seu teor científico, ainda que admitida falha humana na manipulação do exame.

Porém diante de um caso onde os meios de provas se equiparam em sua fragilidade a prova percial através do exame de DNA não deveria ter o seu valor apreciado?

Apesar do reconhecimento mundial do exame de DNA nas ações penais, no Brasil os Tribunais Superiores não exprimiram nenhuma posição acerca do tema. Diante de uma análise nos informativos do Supremo Tribunal Federal apenas encontramos posicionamento sobre investigação de paternidade e à coleta da placenta de grávida extraditanda, conhecido como "caso Gloria Trevis" julgado em 21 de fevereiro de 2002, no qual se autorizou a utilização da placenta, que se encontrava fora do corpo da gestante, para fins de produção de prova pericial de DNA para comprovação de paternidade, eis que a gravidez seria fruto de um suposto crime de estupro cometido por policiais federais nas dependências da Polícia Federal enquanto esteve presa, Informativo Supremo Tribunal Federal (2002).

Não é raro julgados descartando a essencialidade do exame de DNA e destacando que o depoimento da vítima possui uma especial consideração, como a seguir, pelo relator Humberto Adjunto Ulhôa, Terceira Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (2013, p. 388).

> Penal e Processo Penal. Apelação Criminal. Estupro. Violência Doméstica. Materialidade e autoria comprovadas. Depoimento da vítima. Validade. Pedido de absolvição. Insuficiência de provas. Exame de DNA. Inviabilidade. Agravantes genéricas. Causa especial de aumento de pena. Bis in idem. Configurado.
> 1) Não se declara a nulidade do ato sem a demonstração do efetivo prejuízo para a parte em razão da inobservância da formalidade prevista em lei. Ademais, preclusa a pretensão.
> 2) O pedido de absolvição, com base na insuficiência de provas, não merece acolhimento quando o conjunto probatório está em harmonia e suficiente para embasar o decreto condenatório.
> 3) A jurisprudência deste Tribunal de Justiça já se firmou no sentido de que, nos crimes contra a liberdade sexual, geralmente ocorrido às ocultas, assume destaque o depoimento da vítima, especialmente quando ratificado por outros elementos de prova.
> 4) Nestes crimes, o exame de DNA não é essencial para determinar a autoria, não maculando o processo a sua ausência quando a condenação se fundou em outros elementos de prova.

Em outro giro, passaremos a apresentar o famoso caso de Israel Pacheco do qual contrapõe a intenção jurisprudencial consolidada.

3. A HISTÓRIA DE ISRAEL PACHECO - PRIMEIRO JULGAMENTO NO BRASIL REEXAMINADO COM BASE NO BANCO DE DNA

Esta atípica e intrigante histórica aconteceu em 14 de maio de 2008 no município de Lajeado - Rio Grande do Sul. Luísa Lauxen Door e sua genitora Marielize Terezinha Lauxen Door afirmam que ao chegarem em

sua residência foram surpreendidas com a presença de Israel de Oliveira Pacheco, com 20 (vinte) anos à época dos fatos, do qual armado com uma faca, amordaçou-as, estuprando Luísa e roubando alguns bens, tendo como coautor Jacson Luís da Silva.

Israel Pacheco foi condenado em 1ª Instância pelo delito de estupro em concurso material com o crime de roubo qualificado, com pena superior a 13 (treze) anos e Jacson Luís da Silva apenas pelo crime de roubo qualificado pela Ação Penal nº 017/2.08.0001861-8 do qual tramitou na 1ª Vara Criminal da Comarca de Lajeado/RS.

A prisão de Israel, que nega veementemente o crime de estupro, decorreu em face da confissão parcial do próprio coautor Jacson, bem como pelo reconhecimento pessoal da vítima, divergindo pela ausência de realização de exame pericial no fragmento apreendido da colcha da cama e das paredes da casa onde a aparente vítima foi violentada durante o assalto e da dúvida de Marielize em relação ao reconhecimento de Israel.

O recurso de apelação julgado em 25 de março de 2010 reformou a sentença de Israel sendo a pena reduzida para 11 (onze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pena de multa de 20 (vinte) dias-multa e de Jacson a condenação de 01 (um) ano de reclusão em regime aberto cuja pena de privativa de liberdade se converteu pela pena restritiva de direitos resultante a prestação de serviços à comunidade, passando este último de cúmplice de assalto para mero receptador dos bens subtraídos.

Nesse interregno, o Laboratório de Perícias do Instituto Geral de Perícias - IGP em 21 de maio de 2009 excluiu a possibilidade de o sangue encontrado na parte da colcha da cama da vítima e na parede do local do crime pertencesse a Israel Pacheco que cedeu de forma voluntária seu material genético para comprovação de sua inocência.

Os dados genéticos encontrados foram inseridos na base de Banco de DNA e como um milagre para a defesa técnica de Israel atestou a sua incompatibilidade genética e a provável similitude com a secreção vaginal e roupa íntima das vítimas Jaqueline Musskopf e Marines Lange, respectivamente, corroborando que ambas conjuntamente com Luísa teriam sido mártires do mesmo agressor consoante sentença prolatada nos autos nº 001/1.14.010.826.8-9:

> "(...) "Podemos excluir que o material biológico presente no fragmento de tecido da colcha pertença ao suspeito Israel de Oliveira Pacheco. (...) ANÁLISE DOS RESULTADOS: - A amostra questionada (...) apresentou perfil genético de uma pessoa do sexo masculino divergente da amostra do suspeito Israel de Oliveira Pacheco (...) CONCLUSÃO: Não podemos excluir que as vítimas Jaqueline Musskopf, Marines Lange e Luísa Lauxen Door tenham sido agredidas pelo mesmo indivíduo do sexo masculino. (...) RESULTADOS E ANÁLISE: A comparação entre os perfis genéticos das amostras (...) indicou a possível compatibilidade entre os perfis genéticos presentes (...)".

Singular se faz dois pontos referentes a Jacson: primeiro, o álibi afirmado por Jacson na data da transgressão do qual se encontrava na Universidade do Vale do Taquari - Univates em sala de aula respondendo a chamada de presença no início e ao término do intervalo da aula não foi confirmado pela instituição de ensino, eis que não houve aula normal no dia dos fatos; segundo, todas as testemunhas foram unânimes em reconhecerem Jacson pela comercialização dos bens da rapina patrimonial e igualmente harmônicos em sustentarem que nunca viram Israel.

A revisão criminal foi rejeitada pelo Terceiro Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 16 de agosto de 2013, anulando o Superior Tribunal de Justiça em sede de Habeas Corpus em 06 de novembro de 2014 e renovando o julgamento pela primeira vez no país por força dos dados constantes no Banco de DNA em 18 de setembro de 2015, uma vez mais desacolhendo-o.

A Desembargadora Relatora Genacéia da Silva Aberton, relatou sobre a dúvida a prova, que inspirou seu voto vencido a absolvição de Israel (TJRS, RC nº 700497486627, 2012):

> "(...) O perfil referido como sendo de Jacson e encontrado no sangue que estava na colcha onde teria sido estuprada L.L.D. longe de afastar a pessoa de Israel apenas coloca dúvida e traz um elemento que não se encaixa no conjunto probatório. Houve reconhecimento seguro por parte da vítima, indicando a pessoa de Israel como sendo o agressor e

> afastando Jacson. (...) "Não há como admitir com a prova que havia nos autos que houve condenação contrária à prova dos autos. Cumpre tão somente admitir que fica dúvida, que, no caso, favorece o réu Israel em face da prova produzida posteriormente (...)"
>
> " (...) Prova posterior e não-conhecimento.
> O mesmo fragmento de colcha submetida à perícia, comparado com o exame de secreção vaginal coletada da vítima em outro processo (J.M.) e com fragmento de calcinha da vítima M. L. levou os peritos à conclusão de que os perfis genéticos correspondiam ao do corréu Jacson (doc. de fl. 44).
> O resultado do exame do material relativo à vítima no presente processo (L.L.D) leva à convicção de que o material seria de Jacson, confirmando, pois, a exclusão de Israel. Considerando que os materiais das demais vítimas foram referentes a crime de estupro, a defesa argumenta que sendo o sangue examinado de Jacson, isso levaria à conclusão de que ele esteve na residência de L.L.D. e teria sido o autor do estupro e do roubo (...)".

Contrariando o entendimento de não culpabilidade de Israel o Desembargador Redator Aymoré Roques Pottes de Mello, resguarda pela condenação do mesmo, considerando a crivo dos meios de prova:

> "(...) Ainda no campo valorativo das provas técnicas produzidas, é preciso mencionar o laudo da fl. 44, cuja conclusão é meramente probabilística e – estranhamente **– sequer recebe percentualização quanto aos perfis genéticos examinados, c**omo é a regra dos laudos oficiais de exame de identidade por DNA. Não bastasse isto, essa prova traz ao grampo dos autos alguns dados **–** ***rei inter alios*** **–** ditos existentes em outros dois processos criminais, cujos laudos de identificação por DNA incriminariam JACSON em relação às suas respectivas vítimas de abusos sexuais, porque a secreção vaginal e o fragmento de calcinha neles coletadas dessas vítimas, quando comparadas com o mesmo material biológico do fragmento de colcha objeto da primeira perícia,

> o apontariam como o estuprador, o que elidiria a autoria de ISRAEL no estupro em que condenado no processo criminal originário desta ação revisional. Com a máxima vênia, não constato **liquidez e certeza** nas conclusões do laudo_da fl. 44, tampouco vejo nelas elucidadas as questões ao quesito que acima escrevi: **no que consiste o material biológico encontrado na colcha do quarto da jovem vítima e a quem ele pertence, com certeza absoluta?** E agrego: que laudos são os produzidos em processos criminais outros que não dizem respeito ao processo criminal originário, tampouco nele foram desvelados e debatidos? de onde, em que condições e de quem provieram os perfis genéticos coletados? quais são os fatos denunciados, com todas as suas peculiaridades espaço-temporais, quem são os acusados e quem são as vítimas em cada um deles? E por aí vai, sendo possível produzir, no mínimo, mais de meia dúzia de quesitos – irrespondidos nestes autos – que colocariam em xeque as despercentualizadas conclusões probabilísticas do laudo da fl. 44. Em síntese, então, renovada vênia: o polissilogismo montado pela defesa do ora requerente ISRAEL, no afã de incriminar JACSON como o autor de crimes **pelos quais ele não pode ser mais julgado no País**, parece-me mais um teste de asserções e razões construídas sobre meras inferências e ilações que, naturalmente, não têm o condão de destruir e reverter a prova incriminatória a partir da qual ISRAEL resultou condenado nos lindes do caso ora sob revisão criminal (...)".

Destarte infundada se faz a afirmação doutrinária da prova pericial como "rainha das provas", pois como constatamos no caso em tela o simples reconhecimento da vítima restou satisfatório para a privação de liberdade e consequente condenação de Israel Pacheco, asseverando o pensando jurisprudencial no qual o testemunho da vítima auferiu absoluto relevo probatório.

Após uma década, em 18 de dezembro de 2018 por três votos a dois, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal absolveu Israel através do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 128096 tendo como base nos votos favoráveis a apresentação de dúvida razoável sobre a autoria o que torna inviável a condenação.

Ora, será este um prenúncio para uma mudança de compreensão da jurisprudência no tocante a presunção absoluta no caso de reconhecimento do acusado pela vítima?

Inegável que o caso em questão se tornou um marco nos casos de crimes contra a dignidade sexual, contudo, longe de ser uma conquista em razão de duas premissas: a irrazoável duração do processo, eis que nossos tribunais se valem de princípios como a gravidade abstrata do delito, garantia da ordem pública e complexidade do feito como argumentos de justificação para o prolongamento do processo; e a aplicação do tarifamento de provas ainda que inexistente no diploma processual penal.

4. BREVE ANÁLISE DA NOVA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL DA LEI Nº 12.654/2012 À LUZ DAS LEGISLAÇÕES ESTRANGEIRAS

A Lei nº 12.654 de 28 de maio de 2012 regulamentada pelo Decreto nº 7.950 de 12 de março de 2013 alterou o art. 3º, IV, da Lei nº 12.037/2011, e acrescentando o art. 9º-A a Lei nº 7.210/1984, regulando sobre o método para identificação criminal, a extração de material biológico de investigados em inquéritos policiais e de determinada classe de apenados.

Em 1986 ocorreu pela primeira vez a prova de DNA para elucidar uma violação criminal. O crime foi realizado na Inglaterra. Na ocasião, a polícia inglesa realizava operação para identificar o violentador e homicida de duas moças em Leicestershire. Um suspeito confessou. Outros três mil e quinhentos homens, de três vilas, aceitaram submeter-se voluntariamente ao exame de DNA, o homicida convenceu um amigo a apresentar-se em seu nome, mas a substituição foi descoberta e o autor do crime foi identificado. (QUEIJO, 2012, p. 292).

Esta identificação do perfil genético ocorre mediante a extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, do qual é possível em todo o tecido biológico humano, uma vez que este código genético é responsável pela definição das características humanas, constitui um perfil genético único a cada indivíduo.

A individualidade biológica em cada pessoa é permanente, Fátima M.

Pinheiro (1998, p. 146) afirma que "cada ser humano representa e fundamenta-se na exclusividade de seu DNA e na igualdade e invariabilidade deste em todas as células do organismo ao longo de sua vida".

Além da margem de confiabilidade supramencionada o DNA possui uma resistência à degradação superior a outros meios nesta seara, sendo assim, para Mohamad Ale Hassan Mahmoud (2012, pp. 339-358) é "fonte de identificação resistente à passagem do tempo e às agressões ambientais frequentementes encontradas em cenas de crimes."

A polêmica na legislação da nova identificação criminal não advém no campo do consentimento do acusado na intervenção corporal, mas sim quando há dissentimento do indíviduo, dado que incide sobre o corpo humano de forma invasiva, acentivando a submissão coercitiva do acusado, o que se agrava no caso dos apenados, consoante disposto no art. 9º-A da Lei de Execuções Penais que estabelece expressamente a obrigatoriedade de submissão do réu à extração do DNA.

É salutar que a extração do material genético por extração de DNA é simples, indolor e não provoca nenhum dano a vida ou a saúde do indivíduo, mas seria constitucionalmente possível a sua realização sem que haja o consentimento do acusado?

Eis o ponto nevrálgico de grande contestação doutrinária e discussões sobre esta intervenção ferir o princípio *nemo tenetur se detege,* brocardo este que será exposto adiante o que rechaçaria a prova produzida.

Não há dúvidas que para a realização da intervenção corporal analisada deve decorrer ante o prévio esclarecimento que tal prova incrimina o sujeito que a ela se submete, sendo a presença de defesa técnica indispensável e de imperiosa necessidade a fim de o acusado não suportar coações, seja cientificado de todos os seus direitos podendo dimensionar os frutos que o consentimento desta intervenção corporal pode ocasionar.

Em um breve giro sobre a matéria em deslinde em outros países, o acusado deve aceitar a intervenção sobre o seu corpo, de acordo com o processo penal alemão, Claus Roxin (2007, pp. 98-99) atesta o "*disco de investigar la verdad es claramente preferente sobre el interes del acusado em conservar cualquier información acerca de su cuerpo em secreto e impedir su uso como prueba".*

Em outros ordenamentos europeus[1] como a Espanha, Itália e Portugal apesar de reconhecerem o *nemo tenetur se detegere,* são adeptos as intervenções corporais invasivas independente de aquiescência.

O Código Processual Penal da Argentina, em seu art. 218 prevê que o magistrado poderá ordenar a obtenção do material genético do imputado quando necessário para sua identificação ou para a constatação de circunstâncias de "*importancia para la investigación."* Destarte, permite a intervenção coercitiva, por decisão fundamentada da medida constritiva instituído pela proporcionalidade e razoabilidade.

Os Estados Unidos igualmente legisla sobre o uso desse meio a sua necessidade, do qual a recusa a submissão da extração da amostra de DNA configura contravenção com pena de seis meses a um ano. (RUIZ, 2016, p. 68).

Notável que a 5ª Emenda Constitucional assegura o *privilege against self-incrimination,* o que nos lembra o nosso princípio *nemo tenetur se detege.*

Constatamos que o entendimento na possibilidade de intervenção corporal para colheita do DNA de forma compulsória se encontra latente em diversos países, sendo certo, que todos legislam no caminho que esta terá um cunho imprescindível para as investigações sempre alicerçado por deliberação fundamentada pelo princípio da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido amplo.

Em consonância com o posicionamento internacional, o Brasil tem se posicionado de modo, que a recusa do indigitado no fornecimento de material genético, em delito contra a dignidade sexual, gera presunção em

1. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. (2009, p. 345) afirma: "As legislaçãoes européias, de modo geral, bem como a anglo-americana e alguns países da América do Sul, como ocorre na Argentina (art. 218, do Código Penal de La Nación), por exemplo, preveêm situações nas quais o réu, embora sujeito de direitos, e não mero objeto do processo, deve-se submeter a (ou suportar) determinadas ingerências corporais, com finalidades probatórias. Em todos os casos, porém, como regra, deverá haver previsão expressa na lei e controlejudicial da prova. É o que ocorre com os exames para coleta de sangue, testes para comprovação de DNA, desde que realizados por médicos, os testes de alcoolemia, fornecimento de padrões gráficos e de voz etc. para a realização de perícia técnica, é bem de ver que em todas as legislações citadas há também previsão e aplicação do princípio da não auto-incriminação, mas nos limites de suas concretas finalidades, que é a proteção da dignidade humana da pessoa, da sua integridade, física e mental, de sua capacidade de autodeterminação e do exercício efetivo do direito de não ser obrigado a depor contra si."

desfavor do réu. O entendimento pode ser corroborado com a Apelação Criminal 0560354-1 prolatada pela 3ª Câmara Criminal do TJPR, *ipsis literis:*

> "Ainda que se aceite que o réu não é obrigado a fazer prova contra si, reforça a presunção de que o autor do delito, tal como ocorre na investigação de paternidade, na medida em que poderia, caso resulte negativo, demonstrar categoricamente sua inocência. A recusa, portanto, reforça o indício."

Devemos enxergar o acusado com sujeito de direitos e não como objeto de prova.

Apesar da obrigatoriedade imposta no diploma sobre as ingerências corporais não restou disciplinado os procedimentos, técnicas e metódos de como ocorrerá a extração mandatória. Neste sentido, Marteleto Filho (2012, pp. 161-162) afirma que a Lei 12.654/2012 não solucionou o problema da submissão coercitiva do indíviduo às intervenções corporais seja pelo silêncio a respeito da situação do indiciado em sede de investigação policial, seja pela falta de normatização retro mencionada.

Outra fragilidade é a imprecisão da expressão "condenado", visto que diante do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal de possibilidade de execução antecipada da pena por oportunidade do julgamento do HC 126.292/SP, em fevereiro de 2016, do qual consente na execução da pena depois de decisão condenatória confirmada em segunda instância, o indivíduo que se encontra cumprindo provisoriamente a execução estará inserido nos termos do disposto no art. 9ª-A da Lei nº 7.210/1984 incluído pela Lei nº 12.654/2012.

Contudo, o termo "condenado" sem a coisa julgada material que decorre do trânsito em julgado do decreto condenatório, impera a seu favor uma das mais importantes presunções no âmbito criminal, qual seja, o princípio da presunção de inocência elencada no art. 5º, LVII da Carta Magna, que veda absolutamente tratamento de condenado a quem não o foi definitivamente.

Nesse viés, outra crítica que merece análise se faz em relação ao abastecimento de bancos de perfis genéticos e utilização em investigações policiais e processos criminais futuros.

Em um sistema acusatório se deve restar assegurado todos os direitos e garantias fundamentais não alcançados pela sentença ou pela Lei consoante disciplina o art. 3ª da Lei de Execução Penal.

Por conseguinte, a extração compulsória do DNA sobrepõe a mera função identificatória para função de natureza probatória, pois o banco de dados poderá produzir provas futuras em processos dos quais sequer possui vinculação com o processo do qual ensejou a sua condenação, bem como sem existente autorização judicial para consecução, autorizando a existência de prova pré-constituída para si sob a égide de uma presunção abstrata que voltará a praticar fatos delituosos, o que afronta de morte o princípio da presunção de não culpabilidade, o que se tornou alvo de duras críticas pela doutrina.

A determinação *ex officio* pelo magistrado não advinda de qualquer ação judicial (no caso da extração do DNA em investigação criminal) é outro ponto incrédulo configurando patente não observância à estrutura do sistema acusatório e suas funções essenciais, conforme brilhante posicionamento de Luigi Ferrajoli (2006, pp. 561-562):

> "A inicitiava investigatória/instrutória do magistrado corrompe a estrutura basilar do sistema acusatório consistente no princípio dispositivo, onde a gestão das provas está nas mãos das partes enquanto defensores de interesses antagônicos e que prega a separação de funções entre a acusação e a defesa, tendo por órgão julgador, terceiro autônomo, imparcial e equidistante às partes".

Conclui-se que os únicos requisitos para a extração obrigatória do DNA são: existência de condenação e que o crime seja praticado com dolo e de natureza hedionda ou de grave violência a pessoa, como afirma Aury Lopes Jr (2013, p. 636) quando define que o legislador adotou a presunção de "periculosidade", evidentemente inexistente em nosso ordenamento jurídico pátrio.

Considerando as lacunas existentes, entendo que a lei em comento, padece de inconstitucionalidades por colidirem com núcleo essencial das garantias fundamentais, de não disciplinar de maneira proficiente o seu regulamento, bem como a desobediência a ordem do sistema acusatório.

5. A GARANTIA DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NAS INTERVENÇÕES CORPORAIS DE FORMA COMPULSÓRIA

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o silêncio do acusado era expressamente admitido, não obstante, a possibilidade de aduzir efeitos desfavoráveis à defesa, o que refreava o *nemo tenetur se detegere*, circunstância alterada pela Carta Magna e com a Lei nº 10.792/2003 diante o parágrafo único do art. 186, vedando expressamente que o silêncio do acusado seja interpretado em seu desfavor.

Neste sentido traz-se à baila o entendimento de Queijo (2012, pp. 154-155):

> "Antes da promulgação do citado texto constitucional, admitia-se o silêncio do acusado, mas dele poderiam ser extraídas consequências desfavoráveis para a defesa, com repercussões sobre o convencimento do julgador. Vale dizer, não havia, efetivamente, direito ao silêncio, pois do exercício regular de um direito não pode advir qualquer consequência negativa para o seu titular.
>
> (...) Em que pese tal sedimentação doutrinária do direito ao silêncio e seus reflexos, na jurisprudência, sobretudo antes da Lei nº 10.792/2003, não raro, praticamente se negava o conteúdo desse direito fundamental, valorando-se o silêncio do acusado, de modo desfavorável à defesa, em uma versão contemporânea do modelo inglês *accused speaks*. Nessa ótica, defendia-se que o acusado, inocente, tinha todo interesse em responder ao interrogatório. Somente ao culpado interessaria o silêncio".

O silêncio como origem tem direito no processo penal canônico e no *ius commune*, manifestação jurídica da época medieval que foi preambular ao direito moderno, foi desenvolvido no momento em que o direito passou a ser estudado nas universidades, oportunidade em que nasce a expressão que ninguém é obrigado a incriminar-se explicita Thiago Ruiz (2016, p. 101).

Como exposto, o sujeito não pode ser objeto de prova, em contraponto, como sujeito de direito não pode ser forçado a se submeter a prova de au-

toinculpação, inclusive não sendo franqueado ante a previsão legislativa, como no caso da Lei nº 12.654/2012.

Parte da doutrina assevera que o princípio da não autoincriminação pode ser superado no caso de proporcionalidade e para atender interesse público em delitos graves.

Sendo o princípio *nemo tenetur se detegere* assunção de status de cláusula pétrea, não se faz legítima a sua flexibiliação, eis que garantias constitucionais são insuperáveis e inalteráveis.

A relevância do perfil genético como elemento das características que o constitui não pode ser mitigada pelo interesse público, nem tampouco a sua recusa não pode refletir em desobediência ou qualquer outro ilícito penal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A possibilidade de realização de exames de DNA, com o intuito de torná-lo prova no processo penal, quando o material genético é encontrado na cena do crime ou retirado do organismo do acusado de forma voluntária se faz legitímo. Entretanto, não resta claro o entendimento no caso de recusa de fornecimento do perfil genético para elucidações de identificações delituosas o que iria na contramão das garantias dos direitos fundamentais com destaque ao princípio *nemo tenetur se detegere*.

A sacionada Lei nº 12.564/2012 que instaura o banco de dados genéticos para identificação criminal surge com diversos questionamentos, tais como: qual o prazo para manutenção do perfil genético no banco de dados de DNA? Este seria uma pré prova contra delitos futuros sem autoria definida?

Não restam dúvidas que o exame de DNA é uma poderosa ferramenta que auxilia a persecução penal, pois os países que utilizam essa tecnologia de forma ampla comprovam sua eficácia desde que utilizada com parâmetros bem definidos.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Marco Antônio; PISCINO, Marcos Rafael Pereira. **DNA e sua utilização no processo penal**. v. 97, n. 873.Revista dos Tribunais: RT, jul. 2008.

BRASIL. **Código Penal; Processo Penal e Constituição Federal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva: 2018.

Comarca de Porto Alegre, 2016. Autos nº 001/1.14.010.826.8-9. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Desktop/vara-porto-alegre-nega-reparaçao-moral14.pdf. Acesso em 13.04.2018.

CUNHA apud MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, vol. II, Campinas: Bookseller, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. **Trad**. **Prieto Castro**. Barcelona, Labor, 1936.

Informativo Supremo Tribunal Federal: RCL 2.040. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo257.htm. Acesso em 03.06.2018.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **O exame do DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação**. In "Repertório de Doutrina sobre Direito de Família". São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hassan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A lei 12.654/2012 e os direitos humanos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 98, out. 2012.

MARTELETO, Filho Wagner. **O direito à não autocriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PINHEIRO, M. Fátima. **Contribuição do estudo do DNA na resolução de casos criminais**. In "Revista do Ministério Público". Lisboa, A. 19, N. 74, Jun. 1998.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências noo processo penal**. 2ª ed. São Pualo: Saraiva, 2012.

ROXIN, Claus. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal**. Argentina: Rubinzal-Culzon, 2007.

RUIZ, Thiago. **A prova genética no processo penal**. São Paulo: Almedina, 2016.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Revisão Criminal. Rio Grande do Sul, 2012. Autos nº 700497486627. Disponível em: http://tj- rs.com.br/jurisprudencia/113187072/revisao-criminal-rvcr-70049748627-rs/inteiro. Acesso em 13.04.2018.

DIREITOS HUMANOS E SISTEMA DE PRECEDENTES: A VALORAÇÃO DO CONTRADITÓRIO NA FIXAÇÃO DA TESE JURÍDICA NO IRDR PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MARCELO PEREIRA DE ALMEIDA
LUCAS NEVES JUSTINO

INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil Lei, encampando as alterações legislativas realizadas nas últimas décadas, sobretudo após promulgação da EC 45/2004, promoveu significativas alterações no sistema processual brasileiro, a partir da criação de meios alternativos à insuficiência do processo coletivo, por meio da introdução de mecanismos de resolução de processos repetitivos no ordenamento jurídico nacional, com objetivo de proporcionar celeridade e produtividade da função jurisdicional e reduzir a crescente quantidade de processos em tramitação nos tribunais brasileiros, com esteio, principalmente, na padronização de decisões e na observância da jurisprudência e dos precedentes obrigatórios por eles gerados.

Assim, além da manutenção dos recursos excepcionais repetitivos inseridos pelas Leis 11.418/06 e 11.672/08 no CPC/73, o Novo Código de Processo Civil, demonstrando compromisso com as transformações destinadas à busca por maior eficiência na prestação jurisdicional, insere mais um instituto destinado a conferir uniformidade na aplicação do direito pelos tribunais, através de um discurso de justificação pautado pela necessidade de tornar efetiva a tutela de interesses coletivos e reduzir o número de processos individuais com causas comuns: trata-se do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, cuja análise, sistematização e

interpretação apresenta-se como um dos temas que mais tem desafiado os processualistas, em razão dos diversos problemas teóricos e práticos suscitados, notadamente o risco de sua utilização promover uma mitigação do contraditório a partir da extensão da eficácia da decisão sobre aqueles que não tiveram a possibilidade de influir eficazmente na sua elaboração do precedente gerado, violando direitos e garantias constitucionais do processo.

Assim, mediante a utilização de técnicas e métodos de investigação empírica, a partir da análise de parte dos dados coletados em pesquisa realizada pelo Grupo "Observatório das reformas processuais destinadas a proporcionar eficiência na prestação judicial em causas seriais", na Universidade Católica de Petrópolis o presente estudo tem por escopo analisar, à luz dos dados referentes aos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas admitidos no Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, a utilização do novo instituto pelo Poder Judiciário, a partir da investigação do modo como se deu a valorização do princípio do contraditório nos incidentes admitidos no âmbito deste tribunal estadual, desde a deflagração do IRDR até seu julgamento.

Desde o dia 16 de março de 2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil brasileiro, até a data da finalização da pesquisa foram admitidos pelo Tribunal do Estado do Rio de Janeiro 14 Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas. A partir dos dados constantes na Tabela de IRDR presente no *site* do tribunal e em consulta ao andamento dos respectivos processos, em cotejo com as informações constantes no Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios, presente no site do Conselho Nacional de Justiça - CNJ que se analisa a valorização do contraditório na tramitação dos respectivos processos.

1. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E O IRDR

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem encontrado forte resistência doutrinária, dentre outros motivos, por promover uma mitigação da participação do jurisdicionado na formação da tese a que se destina,

motivo pelo qual a análise do modo como o Poder Judiciário vem utilizando-o impõe o estabelecimento de uma premissa de fundamental importância, qual seja, a conceituação e delimitação do princípio constitucional do contraditório, concepção que deverá, doravante, servir de referencial para o desenvolvimento da análise que se propõe.

Previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, art. XI, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, art. 6º; na Convenção Americana sobre Direitos Humanos 1968, art. 8º, no art. 5º, LV, CF, bem como nos artigos 9º e 10 do CPC, o princípio do contraditório, tradicionalmente concebido como direito de informação e manifestação, adquire, contemporaneamente, um novo âmbito de proteção. Somado à obrigatoriedade de o órgão jurisdicional informar as partes sobre os atos praticados no processo e sobre seu conteúdo, bem como assegurar a possibilidade de manifestação oral e escrita sobre os elementos constantes nos autos, acresce-se o direito dos interessados de verem seus argumentos considerados quando da prolação da decisão. Ou seja, para além da mera ciência bilateral e da possibilidade de reagir contra os atos processuais praticados[1], o contraditório passa a significar também a efetiva participação dos destinatários no desenvolvimento e resultado do processo. Nesse sentido:

> O princípio do contraditório representa a garantia máxima de informação e manifestação dos interessados no litígio, que se podem nele arvorar contra decisões arbitrárias que sejam proferidas sem a participação daqueles que podem sofrer seus efeitos. Todavia, diante da publicidade do direito processual e dentro do contexto de democracia participativa

1. Conforme ensina Antonio do Passo Cabral ao estabelecer o conteúdo do contraditório a partir desta perspectiva: "Comumente definido como o direito de desempenhar um papel ativo no processo, o contraditório abarca não só o conhecimento dos atos processuais praticados ou pendentes de realização, como também a possibilidade de pronunciamento a respeito. Compreende o direito de presença e de ser comunicado dos fatos processuais; abarca as faculdades de contra-argumentar, examinar os autos do processo, dirigir requerimentos ao Estado-juiz, formular perguntas a testemunhas e quesitos periciais, sustentar oralmente em audiência, em grau de recurso ou no plenário do Tribunal do Júri, dentre outras. A *ratio* do contraditório é permitir oportunidades de reagir ou evitar posições jurídicas processuais desfavoráveis. Identifica-se, portanto, um binômio essencial em torno do qual gravita o princípio: informação-reação – o contraditório significa audiência bilateral. (CABRAL, 2011. p. 195)

> e deliberativa, assume o contraditório a função de princípio norteador de verdadeiro debate judicial, tornando possível, primeiro, o exercício do direito de influenciar e condicionar a formação da vontade estatal, e por outro lado, impondo deveres. Obrigação das partes de colaboração para a decisão e dever do magistrado de, por um lado, instalar, no processo, um ambiente de discussão inclusivo e pluralista, e, de outro, de considerar a participação das partes nas suas decisões. Nesse novo formato, o princípio do contraditório deixa de significar contraposição de interesses e prejuízos potenciais, para encampar a argumentação e influência, e traduzir o direito de indignar-se e, em última análise, de ser ouvido. (CABRAL, 2002, p 204).

Portanto, a partir dos influxos da democracia participativa, o princípio do contraditório adquire novos contornos e passa a direcionar a atuação do Judiciário no sentido de estabelecer um ambiente dialético no qual todos os sujeitos envolvidos no litígio são partícipes da atuação do Estado, que, no desempenho de seu poder jurisdicional, deve legitimar sua atuação, proporcionando da forma mais ampla possível a participação do jurisdicionado na condução dos processos e da construção do provimento final, até porque o princípio democrático não se adstringe à participação do cidadão na política, consistindo na possibilidade de influência em quaisquer processos estatais decisórios, não estando a jurisdição infensa à adoção obrigatória desta perspectiva.[2]

A efetiva observância do contraditório ganha especial relevo no denominado sistema de precedentes implantado pelo CPC/2015, porquanto,

2. Neste sentido: "Se o poder do Estado é uno, pode-se manifestar de diversas formas. A jurisdição é uma destas faces ou funções do poder estatal. Esta perspectiva funcional da jurisdição (o processo como meio a serviço de fins estatais), que de todo ilumina o movimento da instrumentalidade, importa na consagração do exercício da função jurisdicional também como caminho para obtenção dos escopos políticos do Estado Democrático de Direito. Desde há muito a democracia deixou de refletir apenas a forma representativa, migrando para a concepção de democracia participativa e deliberativa. De fato, as instâncias de participação popular não se exaurem no âmbito legislativo através do direito de votar e ser votado. Qualquer meio de pressionar, influenciar e reivindicar posicionamentos decisórios estatais deve ser fomentado como forma legítima de participação (...). (CABRAL, 2011. p. 197-198)

na medida em que determina o codificador o dever de os tribunais velarem pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, devendo editar enunciados de sua súmula de jurisprudência dominante e seguir a orientação firmada em precedentes de seus próprios órgãos internos e dos tribunais superiores, a amplitude do alcance destes julgados impõe que sejam revestidos da maior legitimidade possível a partir da discussão prévia da solução do litígio e da oportunidade conferida às partes de influenciar eficazmente no provimento final.

É justamente neste ponto que reside importante crítica doutrinária[3] direcionada ao sistema de precedentes e especialmente, para os fins aqui propostos, ao novel instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Aduz-se que, a pretexto de concretizar a segurança jurídica, isonomia e a razoável duração do processo, teria o codificador criado a possibilidade da utilização do IRDR como instrumento para atribuir exclusivamente celeridade e produtividade na atividade jurisdicional. Desta forma, sua regulação estaria funcionalizada ao aumento dos poderes do judiciário, de modo a possibilitar a eliminação do maior número possível de processos sem o necessário tratamento particularizado das causas[4], não permitindo efetiva participação dos interessados no processo de fixação da tese, apesar de sofrerem obrigatoriamente com seus efeitos.

Contudo, não se pode olvidar da existência de juristas que, em sentido

3. Nesse sentido: "Os métodos impostos pelo atual modelo processual brasileiro de resolução de demandas seriais se afastam por completo do paradigma do contraditório na perspectiva examinada, uma vez que gera sobrestamento de processos, com seleção não criteriosa de alguns deles como representativos da controvérsia para o julgamento por amostragem. Além disso, cria obstáculos destinados a fazer com que o precedente alcançado pelo julgamento do caso paradigma tenha efeitos que transcendam os processos suspensos e atinjam conflitos futuros, permitindo que o julgador profira julgamentos liminares de improcedência com fundamento nesse mesmo precedente."(ALMEIDA, 2014, p. 233).

4. Conforme leciona Leonardo Greco: "Essa falsa racionalização administrativa e gerencial erige como escopos de uma suposta melhoria do desempenho da justiça a celeridade e a produtividade, no intuito de dar vazão à sempre crescente quantidade de processos e de recursos, influenciando o legislador processual a favorecer a padronização das decisões, fortalecer a observância da jurisprudência e dos precedentes dos tribunais e a estimular a coletivização das demandas e das questões a serem solucionadas uma única vez com eficácia sobre todos os interessados, mesmo os que não tiveram qualquer oportunidade de influir eficazmente na sua elaboração. (GRECO, 2015, p 302).

diametralmente oposto[5], advogam que a regulação do IRDR no novo Código de Processo Civil não só demonstra o compromisso do codificador com a necessária inserção de mecanismos de resolução de processos repetitivos como forma de evitar a existência de decisões divergentes para situações jurídicas homogêneas, em respeito à isonomia e à segurança jurídica, bem como proporcionar celeridade e produtividade da função jurisdicional, concretizando, portanto, o princípio constitucional da razoável duração do processo[6]. Além disso, também não violaria o princípio do contraditório, na medida em que prevê instrumentos de participação efetiva dos interessados, não os alijando do debate destinado a fixação da tese jurídica, o que ilidiria qualquer possibilidade de que venha a ser suscitada eventual violação do contraditório.

Nessa perspectiva, tendo em vista a potencial colisão entres os princípios constitucionais da razoável duração do processo, da isonomia e da segurança jurídica com o contraditório, assim como a legitimação para a conformação de direitos fundamentais e interpretação da Constituição conferida ao Poder Legislativo, impõe-se não só um controle das medidas restritivas de direitos fundamentais de caráter processual estabelecidas nas normas que regulamentam, como também uma detida avaliação da atuação do Poder Judiciário nesse contexto, como ora pretende-se.

5. É o caso de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, que leciona: "Ressalte-se, quanto aos fundamentos supramencionados, que as partes dos processos em tramitação perante o tribunal são intimadas da existência do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e da suspensão do seu processo individual. E que o Código de Processo civil estabeleceu a possibilidade de intervenção dos interessados. Portanto o exercício do contraditório é disponibilizado para os interessados com processos já ajuizados e também para os titulares de direitos que tenham conhecimento em razão da divulgação da existência do IRDR. Sendo assim, não se pode afirmar a existência de violação do contraditório." (MENDES, 2017. p. 241).
6. Conforme enunciou a Exposição de Motivos do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil apresentada em 08 de junho de 2010 ao Senado Federal: " (...) é oportuno ressaltar que levam a um processo mais célere as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: a) o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que, serão decididos conjuntamente; b) no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário – já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos 'tempos mortos' (= períodos em que nada acontece no processo).

Assim sendo, em razão das singularidades concernentes à colisão dos direitos fundamentais em jogo e à margem de apreciação política do legislador, bem como do respeito que deve ser devotado a ambas as correntes de pensamento acerca do instituto, parte-se de uma pesquisa empírica a fim de cobrar racionalidade e legitimidade do exercício do poder jurisdicional no que tange à valorização do contraditório no julgamento de demandas repetitivas sob o rito do IRDR, traçando perspectivas e propostas para uma interpretação constitucionalmente adequada das normas que regulamentam o incidente.

2. A PARTICIPAÇÃO DOS INTERESSADOS E DA SOCIEDADE

A participação dos interessados e da sociedade civil durante a tramitação e julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos mecanismos em geral que compõem esse microssistema, parece ser um dos pontos mais sensíveis, uma vez que permite conferir um grau mais elevado de legitimidade democrática aos resultados alcançados neste ambiente de tutela dos direitos.

A oportunidade de intervenção dos interessados é expressamente enunciada no art. 983, CPC e ocorre em fase preliminar ao julgamento do incidente, quando o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia.[7] Quanto a este ponto, tem-se entendido que apenas as partes do processo no qual foi requerida a instauração do incidente serão intimadas para se manifestar no prazo comum de quinze dias, entendimento que, ainda que pareça ser o adequado, à luz do que até agora foi exposto, mostra-se extremamente problemático.

7. Afirmando a preservação do contraditório, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes leciona: "Ressalte-se, quanto aos fundamentos supramencionados, que as partes dos processos em tramitação perante o tribunal são intimadas da existência do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e da suspensão do seu processo individual. E que o Código de Processo civil estabeleceu a possibilidade de intervenção dos interessados. Portanto o exercício do contraditório é disponibilizado para os interessados com processos já ajuizados e também para os titulares de direitos que tenham conhecimento em razão da divulgação da existência do IRDR. Sendo assim, não se pode afirmar a existência de violação do contraditório." (MENDES, 2017. p. 241).

Inicialmente, em uma interpretação conforme a Constituição, não se pode negar que a expressão "demais interessados" utilizada pelo aludido dispositivo legal deve abarcar todos aqueles que tiveram seu processo sobrestado pela decisão de admissão do incidente, caso contrário, permitir-se-ia que uma decisão pudesse gerar efeitos em face de pessoas que não tiveram oportunidade de participar de sua formulação, como condição de legitimação do exercício do poder inerente a um Estado Democrático de Direito (MARINONI, 2015, p. 6).

Entretanto, a manutenção da limitação da intimação das partes do processo no qual foi requerida a instauração do incidente, relegando a ciência dos demais interessados apta a permitir sua participação à divulgação ampla e específica esbarra dos obstáculos impostos pelas deficiências relativas à publicidade acima expostas, o que viola ainda mais o direito ao contraditório daqueles que sofrerão com os efeitos da tese fixada no incidente, sendo certo que seu direito de manifestação já foi de início mitigado pelo legislador, que no art. 984, II, do CPC, permite a sustentação oral do Ministério Público e das partes do processo originário pelo prazo de trinta minutos para cada e confere o mesmo prazo aos demais interessados, mas devendo o tempo ser dividido entre todos.

Em contrapartida, tendo em vista que a admissão de um incidente de demandas repetitivas tem o condão de determinar o sobrestamento de milhares de processos, o chamamento de todos os interessados atentaria contra a lógica do instituto e, possivelmente, implicaria em uma indesejável dilação do período de tramitação do incidente, sobretudo em razão do disposto no art. 980, CPC, que determina seu julgamento dentro do prazo máximo um ano. Neste sentido, vale consignar a sugestão apresentada por Luiz Guilherme Marinoni a fim de evitar a inconstitucionalidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, consistente na ampliação da pertinência subjetiva para atuar no processamento do incidente para abarcar os legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos previstos na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, afirmando que

> Assim, em princípio existiriam duas saídas para evitar a inconstitucionalidade. A primeira seria o chamamento de todos à participação, modelo vislumbrado nos Estados Unidos para uma situação curiosamente diferente. Como nos Estados Unidos não se ousa imaginar a possibilidade de proibir o terceiro prejudicado de discutir a questão decidida – lembrando-se que isso foi inclusive grifado pela Suprema Corte estadunidense –, o *non-mutual collateral estoppel* apenas pode ser invocado em face da parte que adequadamente participou em contraditório. (...)
> De qualquer maneira, a convocação de todos os terceiros a participar, ainda que no Brasil com outro propósito, inviabilizaria completamente o incidente de resolução de demandas repetitivas.
> Por isso, a melhor alternativa é tornar presentes no incidente de resolução de demandas repetitivas os legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos – conforme Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor. Na verdade, os legitimados à tutela dos direitos dos grupos nunca deveriam ter sido afastados do incidente de resolução de demandas. Isso porque esse incidente não pode ser pensado como artifício indiferente à participação e ao direito de defesa. O modo como o incidente foi desenhado pelo legislador, frio e neutro em relação aos direitos discutidos e, especialmente, ao direito de discutir, torna-o um instrumento ilegítimo, destinado a viabilizar os interesses de um Estado que não tem compromisso com a adequada tutela dos direitos, fim básico de todo e qualquer Estado constitucional. (MARINONI, 2015, p. 6-7).

Além disso, conforme observado pelo referido autor na mesma oportunidade, o ponto de partida para a intervenção destes legitimados encontra-se no art. 979 do CPC, que impõe que a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. Porém, diante dos diversos problemas apontados no capítulo anterior, mesmo que o Poder Judiciário chancele o entendimento aqui propugnado, sua efetiva concretização somente encontrará terreno fértil caso superadas as inconsistências relativas à publicidade que foram objeto de análise

anteriormente pelos mesmos autores. [8]

No que tange à participação da sociedade civil nos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas, o Código de Processo Civil previu que ela ocorra de duas formas: a intervenção do *amicus curie* e a possibilidade de designação de audiências públicas. A primeira decorre da faculdade conferida aos interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia de requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, conforme *caput* do art. 983, CPC e a segunda por expressa previsão do parágrafo primeiro do mesmo dispositivo.

No âmbito dos instrumentos de resolução de demandas repetitivas, a participação do *amicus curie* tem especial importância, notadamente no que tange ao impacto que seu julgamento causará na interpretação e aplicação do direito pelos órgãos jurisdicionais submetidos à jurisdição do tribunal competente para a fixação da tese jurídica. Por sua vez, as audiências públicas consubstanciam importante mecanismo de participação direta possibilitando a influência dos cidadãos e da sociedade civil em geral no julgamento da causa, conferindo legitimidade democrática às decisões judiciais.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foram julgados três incidentes. Em todos foi permitida a participação de *amicus curiae*[9],

8. Conforme concluiu-se, após a análise da valoração da publicidade conferida pelos tribunais estaduais brasileiros: "No que concerne à publicidade, observou-se a desatualização e deficiência das informações prestadas, comprometendo não só a ciência de eventuais interessados na questão debatida no IRDR, impedindo a identificação adequada na causa de pedir e dos fundamentos da decisão, os argumentos trazidos pelos interessados e o modo como foram levados em consideração pelo órgão julgador, bem como inviabilizando a participação de eventuais interessados que sofrerão com os efeitos da decisão. Com efeito, a preocupação do legislador em conferir adequada publicidade ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem sido esvaziada pelos problemas operacionais e pelas dificuldades de alimentação e integração entre o Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios e o site dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, bem como pelas deficiências na comunicação do órgão jurisdicional responsável pelo julgamento do IRDR e os juízos inferiores, o que, somado à insuficiência das informações disponibilizadas, impede, sobremaneira, a implantação adequada deste sistema, na medida em que a publicidade é fonte de legitimidade e garantia de controle das decisões judiciais pelas partes e pela sociedade." (JUSTINO, ALMEIDA, 2018, p. 176/177)

9. IRDR nº 0018608-85.2016.8.19.0000, no qual foram admitidos os *amicus curie* Marcos Pereira Cardoso e FASP - Federação das Associações e Sindicatos dos Servidores Públicos

entretanto, em nenhum deles houve designação de audiência pública. De qualquer forma, não basta a admissão da intervenção de *amicus curie* ou a designação de audiências públicas sem que os argumentos e subsídios trazidos à consideração do Judiciário pelo primeiro e os debates empreendidos durante a segunda influenciem efetivamente no julgamento da causa, o que se verifica por meio da fundamentação das decisões judiciais, quando ao explicitar suas razões de decidir, o Poder Judiciário submete-se ao controle da esfera pública, subordinando seus atos ao contraditório, conforme sustenta Antonio do Passo Cabral:

> É clássica a assertiva de que a fundamentação das decisões judiciais atende a um interesse das partes, as quais, através da compreensão das razões de decidir do juiz, podem-se conformar com o erro de suas condutas e se educar (relevância da motivação no objetivo social de pedagogia da comunidade), ou se irresignar e preparar adequadamente seus recursos. Contudo, não se pode afastar o inegável interesse público na fundamentação das decisões judiciais. Este interesse revela-se no controle da atividade jurisdicional (pelas instâncias superiores, na revisão da matéria decidida e também pela própria sociedade, através da censura pública à jurisprudência) e na garantia de participação política através do processo.
>
> Nesse contexto, observamos que a compreensão do contraditório como direito de influência expressa a democracia deliberativa através do processo: a sociedade pode influir nos atos decisórios estatais através da argumentação discursiva e o contraditório é o princípio processual que materializa este procedimento dialógico, abrindo o palco jurisdicional para o debate pluralista e participativo. O julgador, dentro de suas prerrogativas funcionais, pode até reputar errôneos os argumentos utilizados, mas deve, em respeito ao direito de influência, além de tomá-las em consideração, fazer menção expressa às teses levantadas pelos sujeitos processuais. Trata-se do *dever de atenção* às alegações,

no Estado do Rio de Janeiro; IRDR nº 0023484-83.2016.8.19.0000, no qual foi admitido o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores Municipais de São Gonçalo como *amicus curiae;* IRDR nº 0032321- 30.2016.8.19.0000: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e Daniel Batista Barbalho dos Santos.

> intrinsecamente conectado ao dever de motivação das decisões estatais e correlato ao direito dos sujeitos processuais de ver sua linha argumentativa considerada pelo julgador (*Recht auf Berücksichtigung).* (CABRAL, 2011, p. 199-200).

Portanto, mostra-se imperiosa uma mudança de postura do Judiciário que comumente mostra-se refratário à consideração dos argumentos trazidos, bem como ao dever de fundamentação das decisões,[10] o que, infelizmente parece contar ainda com o aval do legislador, porquanto, mesmo com a permanência do art. 489, CPC, que estabelece importantes balizadores para o exercício do dever de fundamentação, mostra-se simbólica a alteração do texto do §3º, do art. 1.038 do CPC que determinava a apreciação pelo julgador de todos os fundamentos jurídicos suscitados, favoráveis ou contrários e, com a nova redação dada pela Lei. 13.256/16, o alcance do dispositivo foi restringido para impor que o conteúdo do acórdão somente abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese discutida.

Nos três incidentes julgados no Rio de Janeiro, somente no julgamento do IRDR nº 0032321- 30.2016.8.19.0000 houve a consideração dos argumentos apresentados pelos *amici curiae,* nomeadamente a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e Daniel Batista Barbalho dos Santos. Contudo, no IRDR nº 0018608-85.2016.8.19.0000 e no IRDR nº 0023484-83.2016.8.19.0000, em que pese constar a participação de Marcos Pereira Cardoso e FASP - Federação das Associações e Sindicatos dos Servidores Públicos no Estado do Rio de Janeiro e do Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores Municipais de São Gonçalo na condição de *amicus curiae,* não há expressa menção aos argumentos por eles apresentados, sendo certo que se a ausência de correlação entre a explicitação dos argumentos apresentados com a razão de decidir já consubstanciaria evidente violação ao dever de fundamentação, com muito mais razão, a inexistência de qualquer menção aos elementos trazidos pelos interessados viola o aludido princípio e, consequentemente o contraditório, conforme esposado

10. Em diversas oportunidades consignou-se que o julgador não está obrigado a enfrentar todos os argumentos apresentados pelas partes do processo. A título de exemplo: STF. AI nº 791.292-QO/PE. Rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 18.03.2010, RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Dje. 19.12.2006.

no trecho a seguir, no qual o autor, ao analisar a fundamentação à luz do contraditório conclui que

> Sem embargo, se o princípio se resumisse ao direito de expressão e não representasse o direito de influir nas decisões, não haveria um dever de atenção do juiz que ao contraditório estivesse ligado. O julgador atenderia ao princípio do contraditório simplesmente permitindo a manifestação e motivando a decisão, em nada o violando caso omitisse qualquer referência aos argumentos e teses veiculados e os afastasse por reputá-los infundados. A fundamentação das decisões vista apenas do ponto de vista da racionalidade lógica – e não pelo prisma de sua justificação política – importa somente em explicitar as bases jurídicas das quais decorre logicamente o *decisum*. Vale dizer: aquilo que não justifica lógica e juridicamente a decisão não precisaria ser explicitado pelo magistrado e toda vez que o juiz decidisse contrariamente a uma parte poderia ignorar solenemente seus argumentos. Todavia, as razões de decidir, mencionando as manifestações dos sujeitos processuais, e mesmo aquelas que não fundamentam o decisório, expressam a observância do direito de influência, visto que, seja para acolhê-las ou as afastar, estará o órgão estatal comprovando que, de qualquer forma, a decisão foi condicionada pelo discurso. (CABRAL, 2011, p. 200).

Deste modo, pelo menos à luz dos dados extraídos do TJRJ, a mudança de perspectiva acima preconizada não parece ter acolhida pelo Poder Judiciário, conforme se infere da análise empreendida. Assim, ainda que se entenda que os mecanismos de ampliação do debate e de participação democrática, como a intervenção dos interessados e do *amicus curie* e a realização de audiências públicas poderiam afastar a crítica no sentido de haver um risco de utilização do IRDR para atribuir exclusivamente celeridade e produtividade na atividade jurisdicional em detrimento do princípio constitucional do contraditório, fato é que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro não tem dispensado um tratamento adequado das causas a partir da devida valorização destes institutos, impedindo a efetiva participação dos interessados no processo de fixação da tese.

CONCLUSÕES

Consignou-se que a participação dos interessados e da sociedade civil durante a tramitação e julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos mecanismos em geral que compõem esse microssistema é um dos pontos mais sensíveis, uma vez que permite conferir um grau mais elevado de legitimidade democrática aos resultados alcançados neste ambiente de tutela dos direitos.

Quanto ao tema, observou-se que no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foram julgados três incidentes. Em todos foi permitida a participação de *amicus curie,* entretanto, em nenhum deles houve designação de audiência pública. Contudo, a pesquisa demonstrou que mesmo tendo havido a admissão de *amici curie*, em somente um deles houve expressa menção aos argumentos apresentados pelo terceiro, sendo certo que não basta a admissão da intervenção de *amicus curie* ou a designação de audiências públicas sem que os argumentos e subsídios trazidos à consideração do Judiciário pelo primeiro e os debates empreendidos durante a segunda influenciem efetivamente no julgamento da causa, o que se verifica por meio da fundamentação das decisões judiciais, quando ao explicitar suas razões de decidir, o Poder Judiciário submete-se ao controle da esfera pública.

Assim, como síntese dos argumentos aqui empreendidos, é possível inferir que Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem sido utilizado pelo TJRJ única e exclusivamente como instrumento de gestão de processos a partir da primazia conferida à eficiência e celeridade, em detrimento da promoção dos demais direitos fundamentais de caráter processual e da indevida mitigação do princípio dispositivo, culminando na desproporcional redução da participação do jurisdicionado e a demasiada ampliação dos poderes do órgão jurisdicional, em contrariedade com as expectativas que são depositadas no Poder Judiciário no contexto de um Estado Democrático e Constitucional de Direito, onde a participação popular e o respeito aos direitos fundamentais deve conformar toda atuação do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Precedentes Judiciais: Análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa.* Curitiba: Juruá Editora, 2014.

CABRAL. Antônio do Passo. *Contraditório.* In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org). *Dicionário de princípios jurídicos.* Rio de Janeiro: Elsevier, p. 193-210, 2011.

GRECO, Leonardo. *Contraditório efetivo.* Revista eletrônica de Direito Processual, v. 15, p. 1-12, 2015.

JUSTINO, Lucas Neves; ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *A divulgação das decisões de admissão e julgamento do IRDR: uma análise da valoração da publicidade à luz da atuação dos Tribunais de Justiça dos Estados.* In: LOURENÇO, Haroldo SILVA, Larissa Pochmann da. (Org.). Solução de conflitos e instituições jurídicas. 1ed. Rio de Janeiro: Grupo Multifoco, 2018, v. 1, p. 161-178.

MARINONI, Luiz. Guilherme. *O 'Problema' do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos.* Revista de Processo, v. 249, p. 399-418, 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual.* Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2017.

A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE PROCESSUAL POR MEIO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

MARIANA FOGAÇA PEREIRA
MARIANA DA SILVA BARBOSA

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa demonstrar como a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova, instituída no Código de Processo Civil de 2015, consagra o princípio da igualdade.

O direito probatório é um dos temas fundamentais do direito processual civil, sendo o direito à prova elevado à categoria de direito fundamental, uma vez que assegura garantias explícitas e implícitas na Constituição Federal.

Ao longo do trabalho foi apresentado o conceito de prova, e suas interpretações distintas, por vezes, visto como um ato de provar, como instrumento e também como um resultado.

Foram abordados os princípios que norteiam o direito probatório, como por exemplo, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, como forma que consagrar a igualdade processual.

A teoria estática do ônus da prova foi analisada, no viés do Código de Processo Civil de 1973, no tocante a sua abstração e sua generalidade e, após, foi analisada a distribuição convencional do ônus da prova, ainda na perspectiva do Código de Processo Civil de 1973.

O Código de Processo Civil de 2015 manteve a distribuição estática do ônus da prova, no *caput* do artigo 373, tendo sido analisada sua aplicabilidade e repercussões já no atual Código de Processo.

A distribuição dinâmica do ônus da prova consagra o princípio da

igualdade, pois visa o equilíbrio entre as partes, tendo sido positivada no §1º do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015.

Assim, conforme a teoria das cargas dinâmicas, o ônus da prova incumbirá a quem dispuser de melhores condições de produzi-la, considerando a previsão legal e as peculiaridades do caso concreto.

2. DESENVOLVIMENTO

O processo representa uma garantia ao cidadão para que seja possível a efetivação de um direito material que o litigante entenda possuir. O objetivo durante o período de instrução, entre o pedido inicial e a prestação jurisdicional, é o convencimento do julgador que, basicamente, se realiza por intermédio da prova. (FILHO, 2005).

Esse processo não pressupõe verdades absolutas e irrefutáveis. Pelo contrário, as verdades devem ser construídas, em contraditório, por meio de um espaço argumentativo e de produção de provas, que possam convencer que os fatos narrados, por certo, aconteceram. (SOARES, 2015).

Segundo Bentham a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas. (apud SILVA, 2006, p. 296).

A palavra prova, no sentido jurídico, comporta basicamente três significados, sendo ele, às vezes, utilizado como *ato de provar*, *meio de provar* e por fim, como *resultado*. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

A prova, como *ato de provar*, seria a atividade destinada a influenciar o convencimento do juiz acerca da veracidade de uma afirmação; a prova como *meio de provar*, seria o instrumento pelo qual as informações fáticas são introduzidas ao processo; por fim, a prova vista como *resultado*, seria o êxito ou valoração, consubstanciado no convencimento judicial. (WAMBIER; TALAMINI, 2016).

No que tange aos princípios, convém destacar que são inúmeros os princípios que se relacionam às provas, dentre os quais serão analisados o princípio da igualdade processual, por meio do princípio do contraditório e do princípio da ampla defesa.

Isso porque, consoante Ada Pellegrini Grinover a igualdade processual

é uma garantia que guarda íntima relação com a ampla defesa e contraditório, tornando-se a base da regularidade do processo e da justiça da decisão. (GRINOVER, 1996).

O direito ao contraditório é uma das bases mais elementares do processo, e ao discorrer acerca desse princípio é preciso considerar que contradizer é uma função essencialmente de diálogo. (PIRES, 2015).

Cumpre esclarecer, entretanto, que o alcance do princípio do contraditório não pode ser reduzido a uma única máxima, uma vez que seu significado é composto de inúmeras garantias que deverão ser observadas no decorrer no processo. (REICHELT, 2009).

Dentre estas garantias encontram-se o direito dos sujeitos processuais à participação no debate processual, o direito à instauração de um diálogo entre os litigantes, o direito ao estabelecimento de uma mecânica de colaboração entre os sujeitos processuais e, por fim, o direito dos litigantes de não serem surpreendidos quando da prolação da decisão jurisdicional. (REICHELT, 2009).

Para Eduardo Cambi (2001), o contraditório é um modo de dar significação à dialética processual, pois o processo civil além de envolver duas partes contrárias entre si, deve velar por conceder as mesmas oportunidades a ambas as partes. Com efeito, participação em contraditório deve ocorrer em igualdade de condições, ou, em outras palavras, *em paridade de armas*.

Sendo assim, uma vez que a participação em contraditório exige conhecimento, é indispensável que, para todo movimento realizado por uma das partes, seja possibilitado a parte adversa que pratique, dentre os diversos atos juridicamente admissíveis, aquele que considere mais adequado para minimizar os efeitos do ato anterior (CAMBI, 2001), estando elencado no rol de garantias fundamentais, no artigo 5º, LV da Constituição Federal.

Convém destacar, todavia, que participação em contraditório não está adstrita apenas a chance de êxito de cada sujeito processual na obtenção de uma decisão favorável, esse agir também significa a cooperação das partes no exercício da jurisdição. Ou seja, além das intenções individuais das partes, a dialética, própria do procedimento do contraditório e da estrutura

cooperatória, existe para que se busque a verdade dos fatos controvertidos e a justiça da decisão. (GRINOVER, 1996).

Sendo assim, a garantia do contraditório é uma exigência do processo, pois a relação jurídica processual é dinâmica, e a ideia de contraditar permeia todos os atos do procedimento. (CAMBI, 2001).

Além disso, o contraditório se impõe justamente com o propósito de que não se decida a respeito do interesse de uma parte, sobrepujando o interesse da outra.

Com isso, salienta-se que a garantia ao contraditório não pode ser meramente formal, devendo ocorrer de modo substancial, para que haja efetividade e equilíbrio, valendo-se, portanto, da ideia de igualdade das partes. (PIRES, 2015).

A Constituição Federal assegura, no *caput* do artigo 5º, um direito de isonomia de todos perante a ordem jurídica, em consonância o Código de Processo Civil de 2015 anuncia em seu artigo 7º, o seguinte teor:

> É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. (Grifou-se)

Já o artigo 139 do Código de Processo Civil de 2015 atribui ao juiz a responsabilidade de assegurar às partes igualdade de tratamento.

Assim, de forma a definir o conceito de igualdade processual, asseverou Calamandrei (1997 apud MATTOS, 2005, p. 147):

> *(...) não basta que diante do juiz se defrontem duas partes em contraditório, de modo que o juiz possa ouvir os argumentos de ambas; é necessário também que essas duas partes se encontrem entre si em condições não de igualdade meramente jurídica (ou meramente teórica), mas de efetiva igualdade prática, isto é, igualdade técnica e ainda igualdade econômica.*

Dessa forma, para que haja efetividade no contraditório, é necessário que se garanta a paridade de armas, implicando na concessão de oportunidades iguais, bem como dos mesmos instrumentos processuais para que os litigantes possam fazer valer seus direitos em igualdade de condições. (CAMBI, 2001).

Posto isso, não há como abordar isonomia entre os sujeitos processuais, sem reportar-se ao princípio da ampla defesa, pois a Constituição Federal, ao atribuir as garantias processuais da ação e da defesa, constituiu a necessidade de um tratamento igualitário a ser conferido pelo ordenamento jurídico aos litigantes, sendo eles, o autor e o réu. (CAMBI, 2001).

Para Eduardo Cambi (2001), ação e defesa são dois direitos homólogos e contrapostos que, por uma questão de igualdade processual, merecerem proteção equivalente. Dessa forma, em razão da bilateralidade da ação, tendo o autor o direito de buscar uma decisão favorável à sua pretensão, tem o réu também o direito de obter uma decisão que lhe dê razão.

Consoante os ensinamentos de Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, o direito à ampla defesa não se confunde com o direito ao contraditório, uma vez que o conteúdo da ampla defesa impõe, em regra, direito à cognição plena e exauriente, para que os interessados possam alegar toda a matéria disponível para o amparo de suas razões. (OLIVEIRA; MITIDIERO, 2012).

Cumpre evidenciar que o direito à defesa não se restringe a fase inicial do processo, estendendo-se durante todo o seu desenvolvimento, pois o seu exercício constitui um requisito para a legitimidade da decisão. (CAMBI, 2001).

Convém destacar que para que o princípio da ampla defesa atenda aos termos constitucionais, é necessário que ele seja interpretado de maneira extensiva. Assim, a Constituição Federal, ao assegurar no artigo 5º, LV, os meios inerentes à ampla defesa, incluiu o direito à prova ou o direito de defender-se provando, tendo em vista que uma defesa, sem a possibilidade de prova, não seria realizada de forma ampla. (CAMBI, 2001).

O direito à prova é uma decorrência tanto da garantia constitucional da ação quanto da garantia constitucional da defesa (CAMBI, 2001). Todavia, o direito à prova não é resultante apenas dessas garantias constitucionais, uma vez que, após a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Político, tornou-se

um direito fundamental, com a finalidade de assegurar a máxima realização da justa tutela jurisdicional. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

Cumpre ressaltar que o direito à prova retrata o momento central do procedimento, qual seja, à alegação e à indicação dos fatos, visando a possibilidade de demonstração da verdade, e consequentemente influenciando no conteúdo do provimento jurisdicional. (GRINOVER, 1996).

Dessa forma, destaca-se que as partes do processo dispõem dos mesmos direitos, oportunidades e ônus a fim de defender suas respectivas posturas. (CAMBI, 2001).

Caso não houvesse um direito à prova, igualmente exercitável pelos litigantes, seria impossível o exercício de um contraditório efetivo, pois é exatamente no âmbito da prova que a interação das garantias encontra efetiva aplicação. (CAMBI, 2001).

Nesse aspecto, convém apresentar a conceituação de ônus da prova, vez que não se trata de uma obrigação, tampouco de um dever, mas sim de um encargo do qual deve se desincumbir o litigante que, segundo as regras de definição, tem a incumbência de convencer o juiz da veracidade das alegações afirmadas. (LOURENÇO, 2015).

Nos termos da lição de João Batista Lopes (2002), o ônus é a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio, ao revés da *obrigação,* que é a subordinação de um interesse próprio a outro, alheio. Por exemplo, a lei não impõe o dever de arrolar testemunhas ou juntar documentos, mas caso a parte não faça, correrá o risco de não ver demonstrada suas alegações.

Dessa forma, pode-se distinguir fundamentalmente ônus e obrigação pelo resultado do seu não cumprimento, uma vez que a inércia no exercício de uma obrigação pressupõe a aplicação de uma sanção (LOURENÇO, 2015). Por sua vez, quando se fala em ônus da prova, inexiste a aplicação de uma sanção jurídica, pois em caso de descumprimento, haverá apenas uma consequência processual. (ALVES, 2007).

Nesse sentido Pontes de Miranda (2001) estabelece com clareza a distinção entre ônus e dever:

> *A diferença entre dever e ônus está em que (a) o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que (b) o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos; satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse.* (Grifou-se)

Assim, nota-se que no ônus, há a ideia de carga, e não de obrigação ou dever. Isso porque a parte a quem a lei atribui um ônus tem interesse em dele se desincumbir, mas caso não o faça, não será automaticamente prejudicada. (LOPES, 2002).

Sendo assim, o ônus da prova indica que a parte que não a produzir se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável, uma vez que provar não é um dever jurídico. (LOURENÇO, 2015).

Com relação a distribuição do ônus da prova, o ordenamento jurídico brasileiro seguiu a linha adotada pela *Teoria das Norma*s (*Normentheorie)* que sustenta que cada parte deve afirmar e provar os pressupostos fáticos da norma que lhe aproveita. (CARPES, 1999).

Assim, convém destacar que ônus da prova pode ser compreendido em uma dupla função, quais sejam: uma noção subjetiva e outra objetiva. O ônus da prova no aspecto subjetivo consiste em uma regra de conduta das partes, em que se estabelecem os fatos que serão provados por cada um dos litigantes. Já o ônus da prova em sentido objetivo, serve como uma regra de julgamento, permitindo que o juiz decida, quando falte a prova. (CAMBI, 2006).

As regras do ônus da prova, em sua dimensão objetiva, consistem em regras de julgamento, que orientam o magistrado quando há um *non liquet*, cabendo ao juízo, ao proferir a decisão final, julgar contra aquele que tinha o ônus probante e dele não se desincumbiu. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

Consoante Daniel Ustárroz (2007), muito embora o ônus da prova também sirva para os litigantes na direção de sua atividade instrutória, sua finalidade principal é auxiliar o juiz na definição do litigio, resolvendo,

assim, o "estado de incerteza" diante da ausência de prova suficiente para formar seu convencimento, sendo, portanto, uma regra de julgamento. (USTÁRROZ, 2007).

Nesse sentido assevera Sérgio Cruz Arenhart (2008):

> *A regra do ônus da prova visa a regular não deveres das partes (ao menos de forma direta), indicando quem deve provar o que no processo, mas antes a forma com o magistrado deve julgar a causa diante da ausência de prova de certa afirmação de fato. A regra, portanto, não incide no início do processo, de forma a apresentar às partes como devem comportar-se, senão ao seu final, quando do julgamento da causa – ou, excepcionalmente em outro momento processual, por ocasião da análise de alguma liminar requerida – quando exauridas as formas de tentar obter a prova de todos os fatos relevantes ao processo. A regra do ônus da prova, enfim, é determinação voltada ao juiz, para apontar-lhe como deve julgar a causa – e como deve considerar as afirmações de fato – diante da impossibilidade concreta de produzir-se prova sobre determinada alegação de fato.* (Grifou-se)

Convém destacar que, conforme leciona Artur Carpes (2010), a repartição dos ônus probatórios não se limita apenas às regras de julgamento, mas atua, também, como regra de organização da atividade probatória dos litigantes, que permite dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato.

Nesse ponto, de acordo com Sérgio Cruz Arenhart, a teoria que contempla ônus da prova como regra de procedimento e a teoria que contempla o ônus da prova como regra de julgamento, não são excludentes, mas sim complementares, vez que representa duas faces de um mesmo fenômeno. (ARENHART, 2008)

Por consequência, o ônus da prova é, simultaneamente, uma *regra de conduta* para os litigantes, pois determina indiretamente quais são os fatos que cada parte deverá provar, e uma *regra de julgamento*, para o julgador, em razão de permitir que o magistrado decida mesmo não existindo

provas suficientes. (CAMBI, 2001).

O Código de Processo Civil de 1973 disciplinava o critério de distribuição do ônus da prova de forma fixa ou estática. Assim, por esse critério de distribuição, em linhas gerais, não considerava outra possibilidade que não a prevista no artigo 333.

Dessa forma, ao distribuir estaticamente o ônus da prova, de modo prévio e abstrato, o ordenamento jurídico preocupava-se, tão somente, com a resolução do litígio, não importando se tal solução se aproximaria da *verdade* (LOURENÇO, 2015), tampouco com a igualdade processual.

Nesse mesmo contexto leciona Artur Carpes (2017):

> *Ao positivar distribuição geral, abstrata e fechada, isto é, sem comportar exceções, o legislador do CPC/73 pensou em estar resolvendo todo e qualquer problema relacionado a tão importante aspecto da regulação do procedimento probatório. A generalidade e abstracionismo característicos da lei promoveram o ônus estático da prova a um dos símbolos da igualdade formal, ao qual não importava a vida real das pessoas e eventuais distinções concretas existentes entre elas. A intenção era clara: garantir a imparcialidade no tratamento das partes – que por serem 'iguais' deveriam ser tratadas em todo e qualquer caso sem distinção – e a segurança jurídica, que impunha óbices a quaisquer alterações – por mais legítimas e justificadas que fossem – no procedimento previamente definido pelo legislador.* (Grifou-se)

O ônus da prova, em sentido estritamente processual, tratava-se da exigência feita pelo legislador, a um ou a ambas as partes, para que essas demonstrassem a verdade dos fatos alegados. Nesse contexto, o sistema legal repartia antecipadamente entre um e outro litigante os encargos probatórios. (COUTURE, 1999).

No Código de Processo Civil de 2015, o artigo 373 manteve a redação do artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973, como se vê:

> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
> I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

> II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Sendo assim, o Código de Processo Civil de 2015 conservou a teoria estática no ônus da prova, no *caput* do artigo 373, distribuindo o ônus da prova conforme a posição que a parte assumiu no processo. (WAMBIER; TALAMINI, 2016).

Conforme mencionado acima, o ônus da prova é uma técnica processual de inequívoca relevância para o processo, pois é decisiva para a prestação da tutela jurisdicional. (CARPES, 2017)

Com isso, o objetivo é a facilidade e acessibilidade do litigante à prova, de forma a possibilitar que ela seja efetivamente produzida nos autos e contribua para o alcance de uma solução justa. (LOURENÇO, 2015).

A teoria das cargas probatórias dinâmicas parte da premissa de que a regra de distribuição estática do ônus da prova e a técnica adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, não tutelavam adequadamente o bem jurídico (CAMBI, 2006), da mesma forma que não garantiam a igualdade processual.

A introdução da teoria dinâmica do ônus da prova no Brasil foi influenciada pela doutrina argentina, que foi a percursora no sentido de outorgar poderes ao juiz de flexibilizar a distribuição estática do ônus da prova, muito embora, inexistisse fundamento legal. (CARPES, 2017).

Cita-se a lição de Jorge W. Peyrano (2004 apud LOURENÇO, 2015, p.86):

> *A chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos órgãos jurisdicionais em determinadas situações, nas quais não funcionem adequada e valiosamente as previsões legais que, como norma, repartem os esforços probatórios. A mesma importa em um deslocamento do 'onus probandi', segundo forem as circunstancias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, 'verbi gratia', na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, para além do seu posicionamento como autor ou réu, ou de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.*

No ordenamento jurídico processual brasileiro, o ônus dinâmico da prova surgiu em dois momentos distintos: o primeiro ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, quando ausente previsão legislativa, e o segundo com o Código de Processo Civil de 2015. (CARPES, 2017).

Nesse âmbito, percebe-se que a jurisprudência ora colacionada fora decidida ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973:

> EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. TEORIA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA. APLICABILIDADE DIANTE DO PECULIAR E ESCASSO MATERIAL PROBATÓRIO. 1. A utilização da técnica de distribuição dinâmica da prova, que se vale de atribuir maior carga àquele litigante que reúne melhores condições para oferecer o meio de prova ao destinatário que é o juiz, não se limita, no caso, apenas às questões documentais, como prontuários e exames, que se alega pertencem ao hospital, mas à prova do fato como um conjunto, ou seja, não se duvida que ao médico é muito mais fácil de comprovar que não agiu negligentemente ou com imperícia, porque aplicou a técnica adequada, do que ao leigo demonstrar que esta mesma técnica não foi convenientemente observada. 2. Quando a aplicação dos contornos tradicionais do ônus probatório na legislação processual civil não socorre a formação de um juízo de convencimento sobre a formação da culpa do médico, a teoria da carga dinâmica da prova, importada da Alemanha e da Argentina, prevê a possibilidade de atribuir ao médico a prova da sua não-culpa, isto é, não incumbe à vítima demonstrar a imperícia, a imprudência ou a negligência do profissional, mas a este, diante das peculiaridades casuísticas, a sua diligência profissional e o emprego da técnica aprovada pela literatura médica. Destarte, a aplicação de dita teoria não corresponde a uma inversão do ônus da prova, mas avaliação sobre o ônus que competia a cada uma das partes. Incumbe, pois, ao médico especialista o ônus de reconstituir o procedimento adotado, para evidenciar que não deu causa ao ocorrido. 3. No caso dos autos, não se encontra justificativa razoável para uma fratura no braço culminar com a sua amputação, a não ser a culpa do médico que nada fez a respeito, a despeito dos sintomas

> indicativos da falta de melhora do autor ao longo da via crucis percorrida até descobrir, em Porto Alegre, que a dificuldade de circulação do sangue, devido à má colocação do gesso, conduziria à perda do membro. O resultado da omissão médica possui maior peso, constituindo-se, dentro desse quadro, em evidência suficiente para sua condenação, não se concebendo, sem explicação plausível, que uma fratura sem gravidade venha a causar a perda de um membro. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA DE VOTOS. (Grifou-se)[1]

O julgado acima retratou de forma devida à aplicação da teoria das cargas dinâmicas probatórias. No caso telado, tratava-se de erro médico, tendo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul incumbido ao médico, ora réu, a demonstração de que ele não teria agido de forma negligente ou imperita, uma vez que reúne melhores condições de produzir tal prova. Percebe-se que, caso tal incumbência recaísse sobre o paciente, ora autor, a prova de que técnica empregada não teria sido adequada, seria impossível ou excessivamente difícil sua produção.

Não apenas isso, igualar a relação médico-paciente, impondo ao paciente a necessidade de produção de prova técnica, estaria longe do tratamento em igualdade de condições, ou, em outras palavras, *em paridade de armas*.

A teoria dinâmica do ônus da prova encontra-se prevista nos parágrafos 1º e 2º do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015:

> § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.
>
> § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

1. Embargos Infringentes Nº 70017662487, Quinto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 31/08/2007.

Sendo assim, diante de uma prova excessivamente difícil de produzir, ou havendo uma maior facilidade na produção da prova por um litigante em relação ao outro, poderá ser redistribuído o ônus probatório. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

Neste caso, a redistribuição do *onus probandi* será feita pelo magistrado (*ope iudicis*), em caráter excepcional, conforme as peculiaridades do caso concreto.

Nessa acepção, importante salientar que a redistribuição do ônus da prova independe de requerimento dos litigantes, pois uma vez constatados os requisitos do referido parágrafo, o juiz tem o dever de promover a dinamização probatória. (CARPES, 2017).

O juiz, ao redistribuir o ônus probatório, deverá se pronunciar com relação aos fatos específicos que devem ser provados, evitando assim, uma redistribuição de forma ampla e genérica, gerando uma possível prova diabólica para o litigante arcar com o encargo recebido. Ou melhor, se a regra geral é a distribuição estática, deverá o juiz discriminar os fatos em que se aplicarão a modificação probatória. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

O Código de Processo Civil de 2015 foi claro no sentido de que a redistribuição deverá ser realizada antes da sentença, de forma que o litigante possa se desincumbir do novo ônus que lhe foi atribuído. Assim, demonstra-se adequada que a redistribuição na ocasião da decisão de saneamento e organização do processo, conforme inciso III do artigo 357:

> Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:
> **III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;**
> (Grifou-se)

Com relação à dinamização probatória apresentada no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor e a trazida pelo Código de Processo Civil, aproveita-se para destacar que existem divergências doutrinárias quanto a semelhança dos referidos institutos.

Para Eduardo Cambi, a teoria dinâmica do ônus da prova difere da *inversão do ônus da prova*, uma vez que a distribuição dinâmica do ônus

da prova não está atrelada a pressupostos prévios e abstratos e a inversão do ônus da prova, nos moldes previstos pelo artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, está vinculada. (CAMBI, 2006)

Em sentido contrário, leciona Artur Carpes que não há qualquer diferença entre a inversão do ônus da prova, prevista no Código de Defesa do Consumidor, e a dinamização probatória do Código de Processo Civil de 2015. (CARPES, 2017).

Para o autor, o termo *inversão* supõe a transferência integral do ônus probatório, sem ressalvas quanto aos fatos que foram transferidos, além disso não se afigura capaz de demonstrar realmente o fenômeno que ocorre na alteração do ônus da prova. (CARPES, 2017).

O termo dinamização do ônus da prova é mais adequado, pois se opõe à regra de distribuição estática do ônus da prova e dá a entender que dependerá do caso concreto para que seja redistribuído o ônus probatório. (CARPES, 2017).

Sendo assim, percebe-se que a teoria das cargas dinâmicas surge no contexto de que o processo é dinâmico, devendo haver uma mobilidade nas relações jurídicas processuais, com o escopo de considerar o caso concreto para redistribuir o *onus probandi.* (LOURENÇO, 2015).

Neste cenário, convém salientar que a redistribuição do ônus da prova não é uma nova regra, é uma possibilidade, diante da análise das particularidades do caso concreto. Com isso, a distribuição dinâmica do ônus da prova é para ser aplicado *caso a caso*, isto é, não se equivale à distribuição do ônus da prova feita pelo legislador. (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016).

Diante do analisado, a técnica de dinamização probatória prevista no parágrafo 1º do artigo 373 do Código de Processo Civil consagra o princípio da igualdade, do mesmo modo que o equilíbrio processual entre os litigantes. Além disso, consolida uma visão solidária e cooperativa do processo civil, consoante determinado pelo artigo 6º do Código de Processo Civil.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à prova judicial consiste na aplicação do direito fundamental da ampla defesa e do contraditório, bem como de diversos outros princípios basilares que norteiam o processo civil brasileiro.

Verifica-se, portanto, que a consagração dos princípios fundamentais objetiva conceder as mesmas oportunidades aos litigantes, muito embora estes estejam em lados opostos. Isso porque o convencimento do juiz se realiza, basicamente, por intermédio da prova e, sendo assim, não há como conceder a tutela do bem jurídico à uma parte, sem que tivesse havido igualdade de tratamento durante a instrução processual.

O ônus da prova trata-se de um encargo do qual o litigante, conforme a posição que assume no processo, deve se desincumbir. Assim, o artigo 373 do Código de Processo anuncia que ao autor, incumbe a prova dos fatos constitutivos do seu direito; e ao réu, os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor.

A distribuição do ônus da prova, de acordo com as regras de definição, trata-se de uma exigência feita pelo legislador, definindo um critério prévio e estático, para que os litigantes demonstrem a verdade acerca dos fatos alegados.

Dessa forma, e tendo em vista que o ônus da prova é de suma importância para o processo, o Código de Processo Civil de 2015 buscou facilitar o acesso do litigante à prova, pois só poderá haver uma decisão justa, caso a prova seja devidamente produzida.

A teoria das cargas probatórias dinâmicas surge no Brasil, influenciada pela doutrina argentina, com o escopo de tutelar o bem jurídico de forma mais ampla, especialmente nos casos em que a produção de determinada prova era impossível ou excessivamente difícil.

A distribuição dinâmica do ônus da prova flexibiliza a distribuição estática, uma vez que redistribui o *onus probandi*. Sendo assim, diante da existência de uma prova diabólica ou de uma maior facilidade na obtenção da prova do fato contrário, poderá o ônus ser distribuído de maneira diversa.

A aplicação da dinamização processual será feita em caráter excepcional

e conforme as peculiaridades do caso concreto, devendo ser realizada por meio de decisão judicial. Além disso, a redistribuição do ônus da prova independe de requerimento dos litigantes, tendo o juiz o dever de promover a dinamização probatória, de acordo com o caso concreto.

O Código de Processo Civil de 2015, ao positivar a teoria dinâmica do ônus da prova, assegura de forma mais efetiva o direito fundamental à prova, uma vez que incluí na legislação uma nova possibilidade de distribuição, levando em consideração as melhores condições da parte.

REFERÊNCIAS

ALVES, Maristela da Silva. Esboço sobre o significado do ônus da prova no Processo Civil. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 203-218.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da Prova e sua modificação no Processo Civil Brasileiro. **Juris Plenum**. Caxias do Sul, v.4, n.24, p. 37-70, nov. /dez. 2008.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARPES, Artur Thompsen. Ônus da prova no novo CPC: do estático ao dinâmico. Coordenadores: Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARPES, Artur. **O ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. de Benedicto Giaccobini. Campinas: Red Livros, 1999.

DIDIER JUNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, v.2. Salvador: JusPODIVIN, 2016.

FILHO, Walter Camejo. Juízo de admissibilidade e juízo de valoração das provas. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). **Prova Cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 01-25.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOURENÇO, Haroldo. **A dinamização do ônus da prova no CPC/15**. 2016. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/07/12/a-dinamizacao-do-onus-da-prova-no-cpc15/> Acesso em: 21 out.2017.

LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MATTOS Sérgio Luís Wetzel de. Iniciativa probatória do juiz e o princípio do contraditório no processo civil. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). **Prova Cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 131-151.

MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OLIVEIRA, Alvaro de, MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

PIRES, Adriana. Prova e contraditório. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). **Prova Cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 65-83.

REICHELT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, GOMES, Luiz Fábio. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SOARES, Carlos Henrique. Processo Jurisdicional Democrático – Relação entre verdade e prova. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Brasil. v.13, n.96, p. 50-51, jul./ago.2015.

USTÁRROZ, Daniel. **Prova no Processo Civil**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**, v.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

A OBRIGATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS PELO LITIGANTE DE BOA-FÉ EM SEDE DE TUTELA ANTECIPADA: UMA AFRONTA AOS DIREITOS HUMANOS

NAÍZE NALLY DE SOUSA NINA
REJANE DA SILVA VIANA

INTRODUÇÃO

A maioria das ações propostas em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), visando a obtenção de benefício previdenciário, possuem caráter alimentar. Sujeitar o litigante a devolver os valores recebidos, caso a tutela antecipada seja revogada é um grande retrocesso no Direito Previdenciário, isso porque anteriormente TNU considerava que "os valores recebidos por força de antecipação dos efeitos de tutela, posteriormente revogada em demanda previdenciária, são irrepetíveis em razão da natureza alimentar e da boa-fé no seu recebimento", conforme Súmula 51, todavia, tal Súmula foi revogada e entrou em vigor o entendimento do STJ no tema repetitivo 692, o que prejudicou sobremaneira o jurisdicionado.

O Tema Repetitivo 692 do STJ, aduz que os valores recebidos pelo litigante, relativos à benefícios previdenciários do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), concedidos em sede de tutela antecipada, devem ser devolvidos em caso de posterior revogação da tutela, ainda que tenham sido recebidos de boa-fé. Entretanto, tal entendimento gera insegurança jurídica ao litigante.

O tema tem sido amplamente discutido, inclusive pelo STJ que acatou a questão de ordem que propunha a revisão acerca do tema, portanto, a revisão é de extrema importância de maneira a conceder mais segurança jurídica ao litigante, uma vez que a tutela antecipada é uma decisão

fundamentada pelo magistrado, com vistas a garantir a subsistência do litigante e não permitir que a morosidade tenha impacto na efetividade jurisdicional.

O INSTITUTO DA TUTELA ANTECIPADA

A tutela antecipada é uma tutela de urgência e está prevista no art. 300 do Código de processo Civil (CPC) e é concedida quando estão preenchidos os pressupostos para a sua concessão, visando garantir o resultado útil do processo, tendo em vista o perigo do dano irreversível ante a morosidade processual.

Tal tutela é uma espécie de tutela provisória, que é assim definida por Cassio Scarpinella:

> É correto entender a tutela provisória, tal qual disciplinada pelo CPC de 2015, como o conjunto de técnicas que permite ao magistrado, na presença de determinados pressupostos, que gravitam em torno da presença de 'urgência' ou da 'evidência', prestar tutela jurisdicional, antecedente ou incidentalmente, com base em decisão instável (por isto, provisória) apta a assegurar e/ou satisfazer, desde logo, a pretensão do autor (BUENO, 2015, p. 218).

Da simples leitura do art. 300 do CPC é possível verifica que dois são os requisitos para a sua concessão: a probabilidade do direito e o *periculum in mora.* Isso significa dizer que, após a instrução processual, se o magistrado entender que há elementos suficientes nos autos que indiquem a probabilidade do direito e que a morosidade pode afetar o resultado do processo, o magistrado pode conceder a tutela antecipada, tal decisão não é obrigatória.

Exemplificando, suponhamos que em um caso de concessão de aposentadoria por invalidez, após a realização de perícia médica judicial, o perito atestou que a data do início da incapacidade foi em julho de 2018, a

incapacidade é omniprofissional[1], permanente e o periciando corre sérios riscos de morte por mau súbito. Assim, após o preenchimento do requisito da incapacidade, o juiz analisa a carência e a qualidade de segurado e, verificando que também estão preenchidos estes requisitos, o juiz pode conceder a tutela antecipada, tendo em vista que a demora no processo pode prejudicar a efetividade da tutela jurisdicional, uma vez que o autor pode falecer a qualquer instante.

Para a concessão da tutela antecipada, a doutrina traz à tona a chamada Teoria da Gangorra, onde quanto maior o perigo do dano, menor será a importância da probabilidade do direito, assim explica Leonardo Ribeiro:

> Para que fique bem entendido nosso raciocínio, faz-se analogia com uma "gangorra". Numa das pontas, o fumus boni iuris; noutra, o periculum in mora. Quanto maior for o periculum, menos importância se dará ao fumus para a decisão sobre a concessão da tutela de urgência. É claro que precisa haver algum fumus, ou seja, algum grau de convencimento do juiz da possibilidade de, ao final, reconhecer o direito invocado. Ambos os requisitos devem estar presentes, mas são os dois variáveis ao sabor das particularidades de caso concreto. (...) É certo que, havendo algum grau de possibilidade de o direito socorrer à parte requerente, o juiz deverá preocupar-se com o periculum in mora, procedendo à avaliação dos males que advirão, tanto paro o autor quanto para o réu parte, com a concessão, ou não, da medida. (RIBEIRO,2015, p. 203-204)

O §3º do art. 300 do CPC afirma que a tutela não será concedida se houver perigo de irreversibilidade da decisão, assim, entende-se que a tutela antecipada pode ser revogada, o que em alguns casos pode prejudicar a sua concessão.

As tutelas provisórias concedidas por meio de decisão interlocutória, são recorríveis por meio do Agravo de Instrumento, conforme art. 1.015, I, do CPC/15, já as que são concedidas por meio de sentença, podem ser recorridas através da Apelação, conforme art.1.012, V, do CPC/15.

1. É aquela que implica na impossibilidade do desempenho de toda e qualquer atividade laborativa.

2. SÚMULA 51 DA TNU

Antigamente, a TNU tinha o entendimento que de os valores recebidos por força de tutela antecipada, eram irrepetíveis em razão de sua natureza alimentar e da boa-fé no seu recebimento, portanto, não caberia devolução em casa de revogação da tutela, conforme sua súmula de nº 51[2], publicada em 15/03/2012.

Apesar da controvérsia, o entendimento vinha sendo mantido e os incidentes de uniformização movidos pelo INSS contra os julgados que estavam de acordo com a Súmula, eram negados, senão vejamos:

> RECEBIDOS EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO ANTECIPATÓRIA DE TUTELA. DECISÃO REVOGADA. OBRIGAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS NA VIGÊNCIA DA MEDIDA ANTECIPATÓRIA. RECEBIMENTO DE BOA FÉ E EMBASADA EM ORDEM JUDICIAL. SÚMULA N. 51/TNU. DESCABIMENTO DE REPETIÇÃO O QUE FOI PAGO POR FORÇA DE ORDEM EMANDADA DO PODER JUDICIÁRIO. INCIDENTE NÃO CONHECIDO. (...) Dessa sorte, a despeito da posição do STJ, esta TNU, considerando o entendimento do STF, bem como os precedentes deste Colegiado, entende por manter a aplicação do enunciado da Súmula 51/TNU no sentido que os valores recebidos por força de antecipação dos efeitos de tutela, posteriormente revogada em demanda previdenciária, são irrepetíveis em razão da natureza alimentar e da boa-fé no seu recebimento. - Precedente: TNU - PEDILEF: 00154821120094013200, Relator: JUIZ FEDERAL RUI COSTA GONÇALVES, Data de Julgamento: 19/08/2015, Data de Publicação: 25/09/2015. - Verifica-se que a jurisprudência da TNU se firmou no mesmo sentido do acórdão vergastado, fazendo incidir, na espécie, a aplicação da Questão de Ordem nº 13 da TNU: "Não cabe Pedido de Uniformização, quando a jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais se firmou no mesmo sentido do acórdão recorrido.""

2. Súmula 51 da TNU: "Os valores recebidos por força de antecipação dos efeitos de tutela, posteriormente revogada em demanda previdenciária, são irrepetíveis em razão da natureza alimentar e da boa-fé no seu recebimento."

> (Aprovada na 2ª Sessão Ordinária da Turma Nacional de Uniformização, do dia 14.03.2005). - Assim, estando o acórdão impugnado em sintonia com a Súmula n. 51 desta Turma Nacional de Uniformização, o Pedido de Uniformização de Jurisprudência não pode ser conhecido por este Colegiado. - **Por fim cabe o registro de que o recebimento dos valores reclamados tiveram respaldo em ordem emanada do Poder Judiciário, no exercício de suas atribuições constitucionais, não se tratando de mera liberalidade. Portanto, não pode a parte autora ser penalizada em virtude de haver provocado o Poder Judiciário e, nessa conduta, obtido êxito, ainda que posteriormente a ordem regulamente emitida tenha sido revogada, após ter gerado seus efeitos lícitos.** - Por conseguinte, NÃO CONHEÇO do incidente. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Juízes da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais em NÃO CONHECER ao Incidente de Uniformização, nos termos deste voto ementa. (PEDILEF 50017770220144047208, JUIZ FEDERAL FREDERICO AUGUSTO LEOPOLDINO KOEHLER, TNU, DOU 08/07/2016.) **(Grifo nosso)**

A Turma sempre frisou que a parte não poderia ser penalizada duplamente por ter provocado o Judiciário, porque além da inafastabilidade jurisdicional ser um princípio fundamental, a decisão que concede a tutela gera efeitos lícitos. Tal entendimento foi mantido até a edição do Tema 692 do STJ.

3. O TEMA 692 DO STJ

Longa foi a jornada até a edição do Tema 692[3] do STJ, primeiramente, o REsp 1.401.560/MT foi publicado no Diário de Justiça Eletrônico (DJe) em 13/10/2015 e deu provimento ao Recurso Especial oposto pelo INSS, arbitrando a devolução dos valores recebidos em caso de tutela revogada:

3. Tema 692/STJ: "Os valores recebidos de boa-fé por força de antecipação de tutela, em se tratando de decisão de primeiro grau reformada em segundo grau, devem ser devolvidos, nos termos do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça"

PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REVERSIBILIDADE DA DECISÃO. O grande número de ações, e a demora que disso resultou para a prestação jurisdicional, levou o legislador a antecipar a tutela judicial naqueles casos em que, desde logo, houvesse, a partir dos fatos conhecidos, uma grande verossimilhança no direito alegado pelo autor. O pressuposto básico do instituto é a reversibilidade da decisão judicial. Havendo perigo de irreversibilidade, não há tutela antecipada (CPC, art. 273, § 2º). Por isso, quando o juiz antecipa a tutela, está anunciando que seu decisum não é irreversível. **Mal sucedida a demanda, o autor da ação responde pelo recebeu indevidamente. O argumento de que ele confiou no juiz ignora o fato de que a parte, no processo, está representada por advogado, o qual sabe que a antecipação de tutela tem natureza precária**. Para essa solução, há ainda o reforço do direito material. **Um dos princípios gerais do direito é o de que não pode haver enriquecimento sem causa. Sendo um princípio geral, ele se aplica ao direito público, e com maior razão neste caso porque o lesado é o patrimônio público.** O art. 115, II, da Lei nº 8.213, de 1991, é expresso no sentido de que os benefícios previdenciários pagos indevidamente estão sujeitos à repetição. Uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que viesse a desconsiderá-lo estaria, por via transversa, deixando de aplicar norma legal que, a contrário sensu, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional. Com efeito, o art. 115, II, da Lei nº 8.213, de 1991, exige o que o art. 130, parágrafo único na redação originária (declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - ADI 675) dispensava. Orientação a ser seguida nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil: a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1.401.560/MT, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, Relator p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/02/2014, DJe 13/10/2015). **(Grifo nosso)**

Foi então proposto Recurso Extraordinário (ARE 722.421 RS) perante o STF, dando origem ao Tema 799, que decidiu que não há repercussão geral acerca da matéria. Após a decisão do STF, houve a impetração de Agravo Interno no Recurso Extraordinário, entretanto, o Agravo também fora improvido:

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REVOGAÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA. DEVOLUÇÃO DE VALORES. TEMÁTICA RECURSAL SEM REPERCUSSÃO GERAL. 1. O STF reconheceu a existência de repercussão geral com relação ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, ressalvando, contudo, que a fundamentação exigida pelo texto constitucional é aquela revestida de coerência, explicitando suficientemente as razões de convencimento do julgador, ainda que incorreta ou mesmo não pormenorizada, pois decisão contrária ao interesse da parte não configura violação do indigitado normativo. AI-RG-QO 791.292/PE, julgado sob o regime da repercussão geral (Tema 339/STF). 2. **No caso dos autos, o acórdão objeto do extraordinário foi erigido como paradigma de recurso repetitivo, apresentando fundamentação suficiente para justificar as razões de necessidade de devolução dos valores recebidos a título de tutela antecipada posteriormente revogada.** 3. E, nesse contexto, o STF, no julgamento do ARE-RG 722421, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, já se pronunciou no sentido de que não existe repercussão geral quando a matéria versar sobre a possibilidade de devolução de valores recebidos em virtude de tutela antecipada posteriormente revogada (Tema n. 799), considerando que a solução da controvérsia envolve o exame de legislação infraconstitucional, de modo que poderia configurar apenas ofensa indireta ou reflexa ao texto constitucional. Agravo interno improvido. (AgInt no RE nos EDcl no REsp 1401560/MT, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/12/2016, DJe 07/02/2017 **(Grifo nosso)**

Apesar do julgamento do REsp 1.401.560/MT em 12/02/2014, a TNU manteve seu entendimento acerca da Súmula 51, considerando a Súmula válida.

Apenas em 03/03/2017, transitou em julgado, o acórdão proferido nos autos do REsp 1.401.560/MT, que julgou pela devolução dos valores recebidos a título de tutela antecipada concedida e posteriormente revogada e com o julgamento, o INSS interpôs incidente de uniformização, que foi reconhecido e provido:

> PETIÇÃO Nº 10.996 - SC (2015/0243735-0) RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES REQUERENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL REQUERIDO : VILMA AVOSANI CONSATTI ADVOGADO : JOSE LUIS WAGNER E OUTRO (S) - DF017183 INTERES. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO (IBDP) - "AMICUS CURIAE" ADVOGADO : ALEXANDRE S TRICHES - RS065635 INTERES. : CONFEDERACAO BRASILEIRA DE APOSENTADOS, PENSIONISTAS E IDOSOS - "AMICUS CURIAE" ADVOGADO : GABRIEL DORNELLES MARCOLIN E OUTRO (S) - RS076643 PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ACÓRDÃO DA TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO, POSTERIORMENTE REVOGADA. DEVOLUÇÃO DE VALORES. CABIMENTO. JURISPRUDÊNCIA DO STJ ASSENTADA EM REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.401.560/MT. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO (...) O presente incidente de uniformização de jurisprudência, apresentado pelo Instituto Nacional do Seguro Social, impugna acórdão proferido pela TNU, em que se entendeu pelo não cabimento de devolução de valores pagos a título de tutela antecipada deferida para implementar benefício assistencial, consoante Súmula 51/ TNU. Após a admissão do feito e durante o seu trâmite regular, verificou-se a ocorrência de fato relevante ao deslinde deste incidente. É que transitou em julgado, em 03/03/2017, a

decisão proferida por esta Corte nos autos do REsp 1.401.560/MT, causa-piloto do tema 692 dos recursos repetitivos (...) Com efeito, o Código de Processo Civil de 2015, ao disciplinar o seu sistema de precedentes, estabelece o dever de o Tribunal uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, artigo 926, bem assim a necessidade de observância das teses firmadas em julgamentos de recursos repetitivos, artigo 927, III. Assim, e embora seja possível a revisão posterior da tese adotada em sede de recursos repetitivos, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça prevê procedimento específico para tanto, conforme artigos 256-S e seguintes, não sendo o presente Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei o meio adequado para se atingir tal desiderato. No ponto, destaco que uma das hipóteses para revisão do entendimento consolidado em enunciado de tema repetitivo é a sua adequação a posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, artigo 256-V do RISTJ. Contudo, já houve manifestação definitiva daquela Corte, apreciando o Tema 799 (...) Outrossim, insta salientar que, para efeitos de necessidade de restituição dos valores indevidamente recebidos por força de medida de urgência posteriormente revogada, não há qualquer distinção entre os benefícios implantados em virtude de requerimento formulado pela parte, de tutela concedida ex officio, alegação que foi expressamente enfrentada e dirimida no julgamento dos embargos de declaração acima mencionados. Portanto, **verifica-se que o entendimento adotado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, fundado no enunciado 51 de sua súmula de jurisprudência dominante os valores recebidos por força de antecipação dos efeitos de tutela, posteriormente revogada em demanda previdenciária, são irrepetíveis em razão da natureza alimentar e da boa-fé no seu recebimento contraria frontalmente a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema 692 dos recursos repetitivos a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos.** Ante o exposto, conheço do incidente e dou-lhe provimento a fim de determinar o cabimento da devolução de valores recebidos a título de

> tutela antecipada posteriormente revogada. Publique-se. Intimem-se. Oficie-se à Turma Nacional de Uniformização, com cópia desta decisão, nos termos do artigo 6º da Resolução 10/2007-STJ. Brasília (DF), 12 de junho de 2017. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES Relator (STJ - Pet: 10996 SC 2015/0243735-0, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Publicação: DJ 26/06/2017) **(Grifo nosso)**

O REsp 1.401.560/MT e a PET 10.996/SC, fizeram com que a TNU, em 30/08/2017, por maioria, nos termos do voto do juiz federal Frederico Augusto Leopoldino Koehler, cancelasse a súmula 51, por entender que ela contrariava o entendimento do STJ.

4. COMO O TEMA 692/STJ AFETA OS DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Humanos são aqueles inerentes à condição humana e são anteriores à sua positivação, são de caráter internacional, já os Direitos Fundamentais, pode se dizer que são Direitos Humanos positivados e variam de Estado para Estado. Apesar de haver distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, isso porque os Direitos Humanos foram positivados no ordenamento jurídico brasileiro, conforme §§2º e 3º do art. 5º da CF/88.

O grande objetivo dos Direitos Humanos é proteger, de maneira eficaz, a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é um fundamento previsto no art. 1º, III da CF/88, é um conjunto de princípios inerentes ao ser humano, que são fundamentais não apenas para que tenham vida, mas para que tenham uma vida com dignidade.

Wolfgand Sarlet assim define a dignidade da pessoa humana:

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho

> degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2011, p. 73)

Como um direito fundamental podemos citar o direito de acesso à justiça, bem como da efetividade da prestação jurisdicional e como foi falado anteriormente, uma das formas e buscar a efetividade é concedendo a tutela antecipada, quando preenchidos seus requisitos.

Com o advento do Tema 692, alguns magistrados deixaram de conceder a tutela antecipada, com vistas a não prejudicar a parte em caso de revogação da tutela, entretanto, sabe-se que a morosidade processual é tamanha, o que prejudica sobremaneira o resultado útil do processo.

O artigo 5º da CF/88, traz em seu inciso LXXVIII que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". O que acontece é que existem inúmeros direitos e garantias fundamentais, que o Estado não consegue prestar à sociedade e a agilidade do processo é um deles.

Samuel Miranda Arruda ensina que:

> Processo justo e processo moroso são noções incompatíveis e inconciliáveis. O processo devido – constitucionalmente exigido – não pode deixar de transcorrer em prazo razoável. A tramitação em tempo excessivo dificulta a defesa e a produção probatória, causando prejuízo à parte. Para além disso, a morosidade dilata o período de incerteza que a pendência de uma ação judicial provoca. Esta indefinição, em alguns casos, tem reflexos nas esferas patrimonial e psicológica do jurisdicionado, não sendo desprezíveis os efeitos negativos advindos em decorrência (ARRUDA, 2006, p. 90).

E nas lições de Luiz Guilherme Marinoni, ele adverte que:

> O direito de acesso à Justiça, albergado no art. 5º, XXXV, da CF, não quer dizer apenas que todos têm direito a recorrer ao Poder Judiciário, mas também quer significar que todos têm direito à tutela jurisdicional, adequada e tempestiva. (MARINONI, 1997, p. 211).

É o chamado princípio da efetividade jurisdicional, onde o direito precisa ser alcançado de uma maneira real, para Luís Roberto Barroso, a efetividade significa a realização do direito (Barroso, 2006, p.84-86), ou seja, o direito precisa ter um resultado prático e satisfatório.

Ora, a concessão da tutela é devidamente fundamentada pelo magistrado, isso significa dizer que ele verificou que haviam todos os requisitos necessários para a concessão da tutela, não se pode prejudicar a parte, na maioria das vezes hipossuficiente, pela inconstância jurisdicional.

É certo que não deve haver enriquecimento ilícito, mas também deve-se observar a natureza alimentar dos valores recebidos, não é apenas um valor meramente econômico, mas uma verba alimentar que é necessária para garantir a dignidade de quem a recebe, diferente do que geralmente acontece nos processos consumidores, onde trata-se de contratos e verbas patrimoniais, que de fato devem ser devolvidos em caso de recebimento indevido.

Aqui estamos falando de verba alimentar recebida de maneira lícita, em que a parte acreditava ser devida. As verbas alimentares não aumentam o patrimônio do litigante, mas apenas buscam garantir sua subsistência, não se pode esperar que, ao receber o benefício, o beneficiário espere até o trânsito em julgado para poder usufruí-lo, não faria sentido a tutela antecipada se assim fosse. Também, não há motivos para condenar a parte a sofrer com o perigo da demora, deixando o magistrado de conceder a tutela, nem mesmo constrangê-la a devolver os valores que tenha recebido, devendo ser observada a hipossuficiência do beneficiário em relação ao Estado, pois imagine-se que o processo durante o trâmite do processo, o litigante recebeu a soma de R$ 100.000,00 e, tratando-se de verba alimentar, utilizou-se do benefício para realizar seu tratamento de saúde e custear sua alimentação, é desumano condenar o litigante à devolução dessas verbas.

Se faz necessário também observar a boa-fé, tanto a objetiva quanto a subjetiva, pois quando o litigante procura o Judiciário é porque acredita

que teve seu direito lesado e, como relatado acima bem explicado pelo Juiz Federal Frederico Augusto Leopoldino Koehler, a parte autora não pode ser penalizada em virtude de haver provocado o Poder Judiciário, principalmente porque a decisão produziu efeitos lícitos ao litigante.

Mariana Pretel, explica a diferença existente entre a boa-fé subjetiva e a objetiva:

> Em princípio, poder-se-ia dispor que a boa-fé subjetiva se refere a dados psicológicos, elementos internos, os quais conduzem o sujeito a uma ignorância do caráter ilícito de suas condutas, relacionando-se com a ideia de crença errônea; enquanto que, a boa-fé objetiva se vincula a elementos externos, normas de conduta, que determinam a forma de agir de um indivíduo, conforme os padrões de honestidade socialmente reconhecidos. (Pretel, 2009, p.19-20)

A propósito, o próprio STJ reconhece que em caso de erro da Administração ou má-interpretação legal, as verbas de caráter alimentar pagas a maior aos servidores públicos não devem ser devolvidas quando recebidas de boa-fé pelo beneficiário, conforme REsp 1762208/RS. Portanto, observa-se a grande inconsistência por parte do STJ, que leva em conta a boa-fé nos casos de erro da administração, mas não a analisa nos casos de tutela antecipada.

Entretanto, entendemos que é possível a devolução dos valores recebidos, desde que em casos de má-fé, quando há fraude para a concessão do benefício, seja por omissão ou distorção da realidade dos fatos para obter o benefício, nesses casos é justo e compreensível que aquele que agiu de má-fé seja condenado a devolver os valores que tenha recebido em sede de tutela antecipada.

5. A REVISÃO DO TEMA 692 PELO STJ

Após uma série de dúvidas acerca da devolução dos valores e diversos Recursos Especiais suscitando questão de ordem, o STJ, em 14/11/2018,

decidiu acolher a questão de ordem dos Recursos Especiais que propunham a revisão acerca da tese firmada no Tema 692 do STJ.

O STJ decidiu ainda pela suspensão de todos os processos que versem acerca da questão discutida na revisão do referido Tema. Ressalte-se que, com a revisão do tema, é possível que o entendimento seja mantido, alterado, ou até mesmo é possível que o Tema seja cancelado.

6. CONCLUSÃO

Como amplamente explicitado, o Tema 692/STJ é um retrocesso para o ordenamento jurídico e precisa ser revisado, pois fere gravemente a dignidade da pessoa humana, comprometendo a efetiva prestação jurisdicional tendo em vista a morosidade processual, na possibilidade de ficar a parte sem ter a concretização do seu direito.

Uma alternativa justa para não ferir os Direitos Humanos e garantir a justiça é condicionar a devolução, ou não, dos valores à boa-fé, pois como vimos há casos de fraude em que o litigante ingressa com o processo judicial, omitindo e adulterando informações para conseguir a concessão do benefício, restando configurada a má-fé do litigante. Nesses casos, o litigante deve ser obrigado a realizar a devolução dos valores que eventualmente recebeu com o deferimento da tutela antecipada, porque, além de não ter direito ao benefício, ele agiu com má-fé, causando prejuízos ao Erário que devem ser ressarcidos.

Entretanto, nos casos em que há boa-fé, a devolução não deve ocorrer, tendo em vista a dignidade da pessoa humana, a hipossuficiência do beneficiário em relação ao Estado, a segurança jurídica e o caráter alimentar da prestação.

7. REFERÊNCIAS

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 14.01560/MT. Disponível em: <http://portaljustica.com.br/acordao/1993665>

Acesso em: <03 de Abril de 2019>.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília jurídica, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC** – Lei n. 13.015, de 16-3-2015, São Paulo: Saraiva, 2015.

PET 10.996/SC. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?seq_publicacao=15288&seq_documento=16912996&data_pesquisa=26/06/2017&versao=impressao&nu_seguim ento=00001&tipo_documento=documento> Acesso em:<03 de Abril de 2019>.

PRETEL, Mariana Pretel e. **A Boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

RECURSO ESPECIAL 1.401.560/MT. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/acordao-resp-1401560mt.pdf> Acesso em: <02 de Abril de 2019>.

RECURSO ESPECIAL 1762208/RS. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=87933461&num_registro=201802195538&data=20181128&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: <07 de Abril de 2019>.

RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência**. São Paulo: RT, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PUBLICISMO X PRIVATISMO E O AUTORREGRAMENTO DA VONTADE DAS PARTES

PAULO LAGE BARBOZA DE OLIVEIRA
JOSÉ AUGUSTO DE QUEIROZ PEREIRA NETO
DANIELLE DE SOUZA SOARES PRUDENTE

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de apresentar a diferença entre o publicismo e o privatismo e a afirmação do autorregramento da vontade das partes, através do advento do CPC de 2015.

No publicismo o processo não pertence às partes. É o Estado-Juiz, valendo-se de sua atividade jurisdicional, quem resolveria todo o conflito existente, criando um poder paternalista do Estado com a sociedade através da alegação de que o interesse público estaria acima de tudo.

O privatismo, por outro lado, sustenta que o processo deve se amparar na primazia da vontade das partes em relação à condução processual e à apresentação de provas, pois são os litigantes quem melhor conhecem o processo em que estão envolvidos, tirando assim um poder autoritário do magistrado e uma tendência de subordinação existente no ordenamento jurídico.

Nesta senda, o autorregramento da vontade das partes toma força através do surgimento do CPC de 2015, onde a vontade das partes tem especial relevo para a solução do conflito existente. Vindo a reboque desse pensamento, nota-se que no CPC de 2015 podem ser encontrados alguns dispositivos que corroboram com a ideia do autorregramento da vontade das partes, tendo-se como exemplo o artigo 6º – princípio da cooperação –, o artigo 190 – a negociação processual no que se refere a convencionar

sobre o procedimento, ajustando-o para as especificidades existentes no caso –, o artigo 191 – o calendário processual –, dentre outros.

Serão analisados, ainda, sob o ponto de vista histórico, o surgimento do processo quando as partes em certo momento tinham a necessidade de que seus conflitos fossem resolvidos através de uma autoridade pública. Abordar-se-á sobre o surgimento do código de processo civil no Brasil, pelo Regulamento 737, que por sua vez era vinculado às Ordenações das Filipinas.

Logo após essa parte histórica será realizado um breve estudo sobre a divisão do direito material e processual, a classificação do processo e a sua evolução com o surgimento do Publicismo pela sociedade romano-germânica e o Privatismo pela sociedade anglo-saxônica.

Por fim será analisado se o CPC de 2015 fortaleceu ou não o autorregramento da vontade das partes, com a permissão aos litigantes de ajustarem o processo conforme a necessidade nele existente, o que ao menos em tese teria o condão de torná-lo mais eficaz para resolução do conflito, ao argumento de que as partes são as pessoas que mais teriam condições de definir, por exemplo, o tipo da prova e a forma como pretendem produzi-la, em vista de seu envolvimento na lide existente.

1. O SURGIMENTO DO PROCESSO CIVIL

Para DUTRA (2008) as normas jurídicas processuais surgiram para regulamentar a administração da justiça no momento em que sentiu-se a necessidade da solução do conflito através de uma autoridade pública, com os interesses privados sendo tratados de forma administrativa voluntariamente. Logo após essa necessidade, a partir da antiguidade clássica greco-romana, o direito processual civil é desvinculado de conceitos religiosos e supersticiosos para tornar-se uma ciência onde o ônus da prova cabia às partes, aceitando-se documentos e testemunhos, exceto mulheres e crianças, e tudo era submetido à apreciação do Juiz.

Já no Brasil pode-se considerar o primeiro código processual o Regulamento 737, que na época era utilizado subsidiariamente ao Código Comercial de 1850, sendo considerado esse regulamento um Código

Processual, pois possuía uma linguagem clara e precisa contendo em seu texto atos processuais, redução de prazos e recursos, tudo respeitando, porém, as Ordenações das Filipinas (SANTOS, 1981: 52).

Do ponto de vista funcional o direito é divido em direito material, que atribui bens às pessoas dentro da ordem jurídica mediante direitos, pretensões, deveres e exceções, e em direitos processuais, visando prevenir ou reprimir crises comportamentais de colaboração na realização do direito material. Como regra, o direito material realiza-se independentemente da intervenção do direito processual (MARINONI, 2017: 151).

Consolidada essa divisão dicotômica é produzida uma distorção na forma de percepção do mundo e das relações sociais, pois gera-se dois universos quase paralelos: o direito material e o direito processual. Um exemplo disso é o direito de ação, que tornou-se totalmente independente do direito das pessoas já que a ação virou um direito subjetivo à tutela jurisdicional. O Estado-juiz opera um processo, esperando-se, no fim, uma sentença que, por muitas vezes, não resolve o conflito existente (DUARTE, 2010: 93).

O direito processual também procura disciplinar o exercício da jurisdição através dos princípios e regras que confiram ao processo o maior alcance prático e o menor custo possível na proteção dos direitos do cidadão, devendo formar-se pelo absoluto respeito à dignidade humana, em especial às partes, de tal modo que com sua conclusão, seja alcançado um fim justo (GRECO, 2005: 225).

Vale aqui assinalar que para Câmara, (2017: 33), o processo é classificado como:

> O direito processual é construído sobre uma estrutura composta por três institutos fundamentais: processo, jurisdição e ação. Devem eles ser examinados exatamente nesta ordem. O processo é o instrumento pelo qual a Democracia é exercida e, em um Estado Democrático de Direito, todo e qualquer ato estatal de poder (e não só os estatais, mas aqui apenas estes são objeto de consideração) deve ser construído através de processos, sob pena de não ter legitimidade democrática e, por conseguinte, ser incompatível com o Estado Constitucional.

> O processo é mecanismo de exercício do poder democrático estatal, e é através dele que são construídos os atos jurisdicionais. Assim, após o exame do processo, impende examinar a jurisdição, uma das funções estatais. Por fim, dada a inércia característica da jurisdição, é preciso examinar a ação, fenômeno que permite provocar sua atuação.

No últimos anos foram criadas reformas processuais em vários países para reforçar a ideia do alcance a um resultado justo no julgamento do processo, sendo ainda de preferência que ocorra em um menor tempo e com a máxima eficiência.

Uma vez que os quereres das partes, que estando certas ou não, resumem-se a uma intenção única de saírem vitoriosas, surgiu a necessidade de existir alguém que atue imparcialmente no sentido de que o processo tenha marcha regular e venham aos autos todos os elementos necessários para que, na medida do possível, haja um julgamento condizente com a realidade, ou seja, o órgão judicial (DIDIER *in* BARBOSA MOREIRA, 2010: 293).

2. DO PUBLICISMO X PRIVATISMO

A evolução das sociedades romano-germânicas e anglo-saxônicas, e de seus sistemas jurídicos distintos (*civil law* e *common law*), criou uma visão jurídica baseada no Publicismo com a preponderância do interesse público e no Privatismo, com a autonomia privativa do Direito Processual (FUZ; FUX, 2018: 22).

Nota-se que, ao menos nos países de tradição romano-germânica, a formação doutrinária do direito processual gerou a partir da ideia de "publicismo", refratária à autonomia privada, uma transformação do processo, em vez de "coisa das partes", em "coisa sem parte", pois o Estado-Juiz atuaria como protetor e dono do processo.

Para Barbosa Moreira (2010: 394), o direito brasileiro, por sua vez, no período do Regime Militar, editou leis processuais, que não contribuíram em nada com o autoritarismo, leis essas como a que regulamenta

a ação popular[1] e a ação civil pública[2], levando a pensar que na verdade o poder militar tinha a intenção de tornar o executivo autoritário e não o judiciário.

Para Leonardo Greco (2008), no que tange ao publicismo, nos países socialistas, o processo foi criado como instrumento do bem-estar social, assumindo o juiz a função de guia e de propulsor do processo, de maneira técnica, formal e material, exercendo o papel ativo e assistencial das partes, buscando a verdade e acabando com a ideia de juiz neutro, fato que se converte na concepção publicista do processo civil, em que o juiz assume não uma função jurisdicional, mas a tutela paternalista, em que considera as partes mais fracas ou despreparadas.

Ainda nesse pensamento, Godinho (2015) assenta que o publicismo pode levar à exclusão do diálogo no processo, retirando das partes a necessária participação para que seja construída uma decisão final. Na verdade, uma ditadura mal disfarçada, deixando o processo de ser uma coisa das partes, para ser coisa sem partes.

A Lei 9.099 de 26/09/1995, segundo aponta Barbosa Moreira (2010: 397), é uma prova clara da existência do publicismo no Brasil, onde o juiz através do art. 5º[3] da própria lei, estabelece as provas que serão produzidas durante o processo, seguindo então o autoritarismo do art. 130 do CPC de 1973[4], onde cabia ao juiz de ofício determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo ainda as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Luiz Fux e Rodrigo Fux (2018: 24) diferenciam publicistas e privatistas da seguinte maneira:

1. Lei 4.717 de 29 de junho de 1965, regulamenta a ação popular
2. Lei 7.347 de 24 de julho de 1985, disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos e valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos e paisagísticos.
3. Lei 9.099/95, art. 5º O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.
4. Lei 5869/73 (REVOGADA)Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

> Os juristas denominados publicistas de que e alhures (e.g., José Carlos Barbosa Moreira, Giovanni Verde, Joan Picó i Junoy, dentre outros) afirmam que o processo não pertence às partes. O Estado-Juiz, titular da função jurisdicional, vale-se da atividade processual como mecanismo de pacificação social e solução justa de litígios. À luz da concepção publicística, os mecanismos destinados à marcha regular do processo seriam característicos do juiz, resultando em um cenário de tutela paternalista do Estado regido pela prevalência do interesse público, pela oralidade e pelo ativismo judicial em matéria probatória.
>
> Por sua vez, os privatistas, dos ilustras Juan Montero Aroca e Franco Cipriani, sustentam a primazia da autonomia da vontade das partes em relação à atividade de condução e de instrução probatória. Os cognominados "*revisionistas*" entreviam no fortalecimento de iniciativas do juiz no curso do processo traços autoritários de ordenamento jurídico-processual e subordinação inaceitável das partes aos poderes do magistrado.

Para melhor ser visualizado esse pensamento, a obra denominada "Convenções Processuais no Paradigma do Processo Civil Contemporâneo", de autoria de Ludimilla Camacho Duarte Vidal (2016: 44-45), disserta sobre a transformação do cidadão em hipossuficiente e o papel do Estado-Juiz na proteção desse cidadão:

> De cidadão *autossuficiente*, conforme era a simbologia do indivíduo perante o Estado (liberal), a ideologia social o transforma em cidadão *hipossuficiente*. Desse modo, a salvaguarda dos mais pobres consistia em uma da principais tônicas do processo socializador e o fundamento para o constitucionalismo social.
>
> Há de nos lembrarmos que, no presente contexto histórico, surgiram os direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos prestacionais), fato que impõe ao Estado deveres de cumprimento de prestações positivas em relação aos seus cidadãos. Por essa razão, compreendia-se que, no processo, a atuação do Estado-Juiz deveria suplantar os interesses perseguidos pela partes, cumprindo um duplo papel: (i) órgão

> educador: devendo instruir o indivíduo sobre os direito vigente (extraprocessualmente); (ii) representante dos pobres: devendo assumir a presentação dos menos favorecidos, o que por vezes esbarrava em sua imparcialidade (endoprocessualmente).
> Pelas Considerações em foco, a história e a cultura, ambas como fiéis da balança de ordenação das funções entre Estado-Juiz e partes, penderam, nessa conjuntura, para o incremento dos poderes discricionários do órgão jurisdicional. Com o tempo, o quadro se intensificou e, de "coisa das partes" o processo se tornou "coisa do juiz" ou "coisas sem partes". E assim prosseguiu a ciência processual civil em sua órbita hiperpublicista, socializadora e autoritária, respaldada na proeminência do Estado-Juiz "*mano forte dello stato moderno*".

Há uma parte da doutrina que desagrada a concessão de muitos poderes ao órgão judicial, tendo em vista que entende ser um forte movimento do processo publicista com uma inaceitável conduta autoritária. Esses pensadores creem que o processo andará melhor quando for deixado aos cuidados dos próprios litigantes, já que nenhum juiz pode saber mais dos interesses do que a própria pessoa que faz parte do processo (BARBOSA MOREIRA, 2010: 393).

Guilherme Henrique Lage Faria (2016: 217) assevera que podem ser verificadas mudanças no processo pátrio oriundas do processo suíço, argentino e alemão, implementando-se uma nova concepção que não constituía um fim em si mesmo, e sim uma oportunidade da defesa de direitos fundamentais do jurisdicionado para não inviabilizá-lo por exigências ritualísticas desprovidas de conteúdos normativos.

Uma das intenções com as mudanças estruturais do processo, criada a partir do Novo Código de Processo Civil, foi a de trazer um equilíbrio entre publicismo e privatismo, conferindo-se mais autonomia às partes.

O professor Barbosa Moreira (2004: 313) já arriscava que com a fusão entre o publicismo e o privatismo poderia nascer e se desenvolver uma ferramenta para solucionar os problemas que afligem a justiça, principalmente com a excessiva duração dos feitos, pois devido a essa miscigenação e suas diversas configurações, poderia servir ao propósito maior do processo

que é o resultado justo do litígio com a respectiva pacificação social, com o dispêndio mínimo do tempo e energia.

Seguindo esse pensamento de fusão entre essas correntes processuais, o autor (BARBOSA MOREIRA, 2004: 142) conclui:

> Nesse jogo de correntes e contracorrentes são sempre arriscados os prognósticos. Talvez não seja arbitrário, em todo caso, divisar no que está acontecendo mais um sintoma de certa propensão à convergência das duas famílias tradicionais no universo processual do ocidente: bem pode suceder que um dia o processo *civil law* e o processo de *common law*, venham a caracterizar-se mais por aquilo em que se assemelham do que por aquilo em que contrastam.

3. DO AUTORREGRAMENTO DA VONTADE DAS PARTES

Com a tendência do privatismo processual, o CPC de 2015 valorizou a autonomia privada das partes e o equilíbrio nas funções dos sujeitos dentro do processo, cujo o fundamento de que todos devem cooperar, criando uma valoração não apenas do julgamento mas da resolução de um conflito (CUNHA, 2014).

Segundo Didier Junior (2015a: 27), o CPC de 2015 consagra no particular o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil, pois surgiu com a consagração do princípio da cooperação (art. 6º), sendo estruturado de modo a estimular a solução de um conflito por autocomposição (art. 3º, §3º), tendo a vontade da parte delimitado o objeto litigioso do processo (art. 141 e 490) e do recurso (art. 1002 e 1003) e ainda um número bem significativo de negócios processuais típicos, os que estão previstos no CPC de 2015, e os atípicos, os que são encontrados no artigo 190 do CPC de 2015.

Cunha (2014) salienta que o CPC de 2015 prestigia o autorregramento da vontade das partes, fundamentado no direito à liberdade existente no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, e ainda no artigo 18 do CPC de 2015, onde reza que "*Ninguém poderá pleitear direito*

alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico", confirmando então que a expressão "ordenamento jurídico" caracteriza que existe a possibilidade de haver legitimação extraordinária negociada, através de um negócio jurídico, constituindo a um terceiro poderes para defender em nome próprio interesse da parte existente no processo.

Cunha (2014), sobre o autorregramento da vontade, entende ainda:

> Com efeito, o novo CPC contém diversas normas que prestigiam a autonomia da vontade das partes, permitindo que elas negociem sobre o processo, de modo mais evidente do que no CPC/73. O autorregramento da vontade no processo é permitido, assegurado e respeitado. O novo Código é estruturado de maneira a estimular a solução do conflito pela via que parecer mais adequada a cada caso, não erigindo a jurisdição como necessariamente a melhor opção para eliminar a disputa de interesses. O novo Código trata, por exemplo, da autocomposição, regulando a mediação e a conciliação (arts. 165 a 175), inserindo a tentativa de autocomposição como ato anterior à defesa do réu (arts. 334 a 695), permitindo, no acordo judicial, a inclusão de matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 512§ 2º) e admitidos acordos sobre o processo (art. 190). Há, enfim, um estímulo à autocomposição, destacando-se os §§ 2º e 3º do seu art. 3º. A consagração do princípio da cooperação (art. 6º) relaciona-se com o fenômeno da valorização da autonomia da vontade no processo. O art. 190 prevê uma cláusula geral de negociação processual, permitindo a celebração de negócios processuais atípicos.

Fredie Didier Júnior (2015b, *apud* HATOUM; BELLINETTI, 2017: 265) classifica o princípio do autorregramento da seguinte forma:

> O direito fundamental à liberdade (art. 5.o, *caput*, da CF) possui conteúdo complexo, e, enquanto *princípio* – o princípio da liberdade –, também atua no processo produzindo um subprincípio: o *princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo*, que, por sua vez, se apresenta como uma dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana, e se define como um complexo de poderes que podem ser

> exercidos pelos sujeitos de direito, em níveis de amplitude variada, de acordo com o ordenamento jurídico.
> Nesta esteira, tendo em vista o caráter público do Direito Processual Civil, é certo que o princípio do respeito ao autorregramento da vontade não tem, na esfera processual, a mesma roupagem e amplitude verificada, por exemplo, na esfera do Direito Civil, eis que envolve o exercício de uma função pública, a jurisdição. Isso não impede, entretanto, que lhe seja dada a devida importância e destaque.

Ainda para DIDIER (2015a: 28), o novo CPC trouxe um autorregramento do respeito da vontade das partes, contido em seus artigos 190, 191 e 200, criando um tripé no qual a vontade das partes tem de ser levada em conta pelo juiz. Nesse sentido, verifica-se que uma das principais características do CPC de 2015 é a sua preocupação com a autonomia das partes e é neste ponto que os negócios jurídicos processuais assumem sua preponderância.

Visto isso o art. 190[5] ou cláusula geral de negociação, como já se disse, concretiza de maneira amplificada o autorregramento da vontade das partes no processo, de modo que representa uma ilustração exemplar desse novo contexto processual trazido pelo CPC de 2015.

Para Barreiros, citado por Nilda Saleh Hatoum e Luiz Fernado Bellinett, a cláusula geral da negociação determina:

> Assim, a cláusula geral de negociação processual autoriza que as partes escolham o procedimento a ser seguido. Podem elas, ainda, construírem um novo rito, suprimindo atos processuais, invertendo a ordem de sua realização, alterando a sua forma ou o prazo para a sua prática, dentre outras possibilidades. Estes acordos dão azo, em regra, à

5. Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.
Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

> flexibilização e modificação de regras preestabelecidas para o desenvolvimento processual (BARREIROS, 2016, *apud* HATOUM; BELLINETTI, 2017: 257).

O art. 190 do CPC de 2015, amparado no autorregramento da vontade das partes, permite a realização ampla de negócios processuais quando o processo versar sobre direitos que admitam autocomposição e as partes forem plenamente capazes. Nesses casos, podem ser modificados ou ajustados o procedimento e as especificidades da causa e convencionados o seu ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, quando o juiz controlará a validade das convenções, recusando-lhe a aplicação somente nos casos de nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou quando a parte se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade.

Trata-se de um negócio jurídico atípico e que permite a flexibilização de procedimentos e um amplo empoderamento e controle processual pelas partes, impensável no CPC anterior.

Já o artigo 191 do CPC de 2015[6], permite às partes, juntamente com o juiz, de calendarizarem o processo, fixando datas para a realização de atos processuais que desde já ficam agendadas.

Entende-se ser um negócio processual plurilateral típico, celebrado entre juiz, autor e réu, bem como se houver intervenientes. Com a realização do calendário não há mais a necessidade de intimação das partes para os ato já agendados e os prazos neles previstos só podendo ser alterados em casos excepcionais. Referido negócio processual foi inspirado nas experiências francesas e italianas (CUNHA, 2014).

Cunha (2014) assinala também que o calendário processual contribui para a efetivação da duração razoável do processo, tornando assim o processo mais célere:

---

6. Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.
§ 1o O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.
§ 2o Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

> A celebração do calendário processual contribui para concretização o princípio da duração razoável do processo, evitando indefinição das datas para a prática dos atos sucessivos no processo. No CPC italiano, o calendário processual está previsto no art. 81-*bis,* introduzido pela *Legge 18 giugno 2009, n. 69*. O juiz italiano deve fixar o calendário, levando em conta a natureza, a urgência e a complexidade da causa. Tal art. 81-*bis* foi alterado pela Legge 14 settembre 2011, n. 148, para acrescentar que o juiz há de fixar o calendário em respeito ao princípio da duração razoável do processo.
>
> O calendário processual normalmente se relaciona com a prática de atos instrutórios. Com efeito, fixado o calendário para os atos instrutórios, tudo torna-se mais previsível; todos os atos ficam agendados. Já se sabe quando serão praticados, concretizando-se a duração razoável do processo. Aliás, quando o juiz determina a realização de perícia, deve haver, se possível, a fixação de calendário para os atos relativos à prova pericial (NCPC, art. 357, §8). Além dos atos instrutórios, é também possível estabelecer o calendário processual para a prática de atos postulatórios, a exemplo das razões finais, bem como para a prática de atos decisórios e executivos.

Ainda em relação ao calendário processual é importante destacar Enunciado nº. 299[7] do fórum Permanente de Processualistas civis, onde se consensualizou que o juiz pode determinar audiência para ajustar com as partes a fixação de calendário processual, corroborando assim com o princípio da duração razoável do processo.

No artigo 200 do CPC de 2015[8] está claro que o mesmo trata do ato da vontade das partes, que por sua vez produz imediato efeito na constituição, modificação ou extinção de direitos processuais, com exceção da desistência da ação, que só produzirá efeito após a homologação judicial.

7. Enunciado 299 do FPPC: (arts. 357, §3º, e 191) O juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão. (Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento)

8. Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.
Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

Significa dizer que, por eliminação, se não for matéria de desistência da ação todo ato das partes consistente em declaração de vontade, unilateral ou bilateral produzem efeito imediato a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais, sem haver a necessidade da aprovação do juiz existente no processo.

Ao ver o art 158 do CPC de 1973[9], é possível notar que o art 200 do CPC de 2015 é uma daquele no que se refere à vontade das partes, dentro do processo, mudando somente a expressão final de "homologação judicial" para "homologação por sentença", fato esse que em nada altera o princípio do autorregramento da vontade das partes existente nos referidos dispositivos.

Isto quer dizer que mesmo antes da criação do CPC de 2015 já existia a possibilidade de celebração de negócio jurídico processual atípico no Código de Processo Civil de 1973, haja vista que seu artigo 158, como visto, gerava a possibilidade de as partes realizarem negócios atípicos, onde permitida a autocomposição (BARBOSA MOREIRA, 1980: 89).

Didier (2015a: 170), com isso, aponta a coerência como uma qualidade indispensável ao Direito, traduzindo-se ela no fato de duas normas se justificarem, fazendo sentido uma com a outra, em virtude de serem racionalmente relacionadas em seus valores comuns. O novo CPC, neste particular, consagra um sistema coerente com o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise da diferença entre o Publicismo e o Privatismo e como o respeito ao autorregramento da vontade das partes dentro do processo pode melhorar a celeridade processual para a solução de um conflito existente.

9. Art. 158.Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.
Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação por sentença.

De um modo geral, tendo em vista que a afirmação do autorregramento da vontade das partes surgiu através do CPC de 2015, vê-se que ainda existem operadores do direito que rezam sobre o véu do publicismo, onde o Estado possui o pátrio poder tutelando a todos sob a alegação da supremacia do direito público, mas que aos poucos esse publicismo está perdendo espaço para o privatismo.

Foi visto também que o CPC de 2015 está sendo um dos grandes responsáveis pela efetivação do princípio do autorregramento da vontade das partes, pois trouxe ao longo dos seus artigos vários dispositivos ligados a esse princípio, a exemplo do artigo 6º atinente ao princípio da cooperação; do artigo 190, que possibilita a celebração de negócio jurídico processual para convencionar sobre o procedimento, ajustando-o para as especificidades existentes no caso; do artigo 191, referente ao calendário processual; do artigo 200, que permite às partes praticarem ato de vontade dentro processo, gerando o imediato efeito constitutivo, modificativo e extintivo etc.

Dada a importância do assunto, nota-se que tal tema ainda será muito apurado dentro do mundo jurídico, já que o CPC, que corroborou com o autorregramento da vontade das partes, surgiu em 2015 e que tais ferramentas que contribuem para as convenções processuais ainda serão provavelmente muito usadas e exploradas.

Nesse sentido conclui-se que a possibilidade de convencionar processualmente, respeitando o autorregramento da vontade das partes, só tem a contribuir com todos os envolvidos no processo, já que alterando o procedimento, o instrumento processual torna-se mais célere e consequentemente a solução do conflito acontece de maneira mais rápida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Convenções das partes sobre matéria processual**. In: Temas de Direito Processual, 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **Correntes e Contracorrentes no Processo Civil contemporâneo**. Revista de Processo, vol. 116, 2004, disponível em <http://

www.ablj.org.br/revistas/revista25/revista25%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20%E2%80%93%20Correntes%20e%20contracorrentes%20no%20processo%20civil%20contempor%C3%A2neo.pdf>

_____. **O neoprivatismo no processo civil**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Volume 2. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, pp. 393-404.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil Brasileiro**. 3º Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios Jurídicos Processuais no processo civil brasileiro**, 2014. Disponível em <http://www.academia.edu/10270224/Neg%C3%B3cios_jur%C3%ADdicos_processuais_no_processo_civil_brasileiro>

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). Negócios Processuais. Salvador: Juspodivm, 2015a. p. 27-62

_____. **Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 57: Rio de Janeiro, 2015b, disponível em <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/306-artigos-jun-2015/7187-principio-do-respeito-ao-autorregramento-da-vontade-no-processo-civil>.

DUARTE, Fernanda. A construção da verdade no processo civil e a igualdade jurídica. In: NETTO, Fernando Gama de Miranda; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares (Orgs.). **Direito Processual em debate**. Niterói: Editora da UFF, 2010, pp. 91-108.

DUTRA, Nancy. **História da formação da Ciência do Direito Processual Civil no mundo e no Brasil**. 2008, disponível em <https://jus.com.br/artigos/11192/historia-da-formacao-da-ciencia-do-direito-processual-civil-no-mundo-e-no-brasil>

FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios Processuais no modelo Constitucional do Processo**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FUX, Luiz; FUX, Rodrigo. **O Novo Código de Processo Civil à Luz das Lições de José Carlos Barbosa Moreira, um Gênio para Todos os**

Tempos. Revista EMERJ, v. 20, n. 1, p. 22-38, disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n1/revista_v20_n1_22.pdf>, Janeiro/Abril 2018.

GODINHO, Robson Renault. **A possibilidade de Negócios Jurídicos Processuais Atípicos em Matéria Probatória**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 56, p. 191-199, jun. 2015.

GRECO, Leonardo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225-286.

_____. **Publicismo e privatismo no Processo Civil**. Revista dos Tribunais, disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/85661>, 2008.

HATOUM, Nilda Saleh; BELLINETTI, Luiz Fernando. **Fundamentos principiológicos dos negócios jurídicos processuais previsto no art. 190 do CPC/2015**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 12, n. 3, p. 242-278, dez. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2017.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. V. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

VIDAL, Ludimilla Camacho Duarte. **Convenções Processuais no Paradigma do Processo Civil Contemporâneo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Grama Livraria e Editora, 2017.

A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E O ACESSO À JUSTIÇA: VALIDAÇÃO DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES EM PROL DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

RAFAEL HARUO RODRIGUES DE AGUIAR

INTRODUÇÃO

A reclamação constitucional, nos termos da Constituição da República de 1988 – CR/88, se traduz em mecanismo processual empregue nas hipóteses em que se busca a preservação da competência de tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal – STF, Superior Tribunal de Justiça – STJ e Tribunal Superior do Trabalho – TST) ou a garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, l; art. 105, I, f; e art. 111-A, § 3º). Outrossim, por decisão do Constituinte Derivado, ainda é praticável o manejo do sobredito instrumento na hipótese de decisão judicial ou de ato administrativo contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente (art. 103-A, § 3º).

Igualmente, o Código de Processo Civil – CPC, afora a menção das hipóteses supracitadas, estatui que a reclamação também poderá ser viabilizada com vistas a garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência (art. 988, IV). Ademais, nota-se que o Estatuto Processual Civil alargou o cabimento do instituto em tela, visto que deferiu o processo e julgamento da medida aos tribunais de segundo grau, vez que os incisos I e II do artigo 988 não restringiram seu emprego aos tribunais superiores, como fez o Texto Constitucional.

De antemão, percebe-se que a reclamação constitucional dispõe de virtudes que os recursos não possuem, e em razão disso se revela em instrumento de impugnação interessante e distinto, como, por exemplo, a prescindibilidade de decisão a ser combatida, premissa substancial à interposição de recurso. Porém, o notável préstimo da reclamação se detecta naquela processada e julgada pelos tribunais de superposição, mormente o STF, visto que em tais hipóteses a demanda pode custar para bater às portas destes órgãos jurisdicionais, exigindo-se da parte prejudicada que transite por todo sinuoso percurso das vias comuns de acesso ao Judiciário, sendo necessário o exaurimento do processo subjetivo, sem contar os inúmeros estorvos e contratempos procedimentais para ter o mérito de eventual recurso extraordinário apreciado. Para mais, não há legitimidade exclusiva prevista em rol taxativo para o uso desse expediente.

Para demonstrar e corroborar o acima dito, esta pesquisa foi concebida em seções. Preliminarmente, se fez necessário o exame do acesso à Justiça. Mais adiante, foram revelados os delineamentos do instituto, vale dizer, sua natureza jurídica e objeto – sobretudo na esfera do controle concentrado de constitucionalidade. Após, foram tecidos comentários acerca da teoria da transcendência dos motivos determinantes. Posteriormente, duas análises importantíssimas: uma atinente ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 130 – ADPF 130; outra concernente à Reclamação n° 22.328 – Rcl 22.328, julgada recentemente.

1. ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à Justiça, garantia fundamental assegurada pela CR/88 (art. 5º, XXXV), já ganhava força com o surgimento do constitucionalismo liberal, mormente em vista das normas previstas na Constituição Norte-Americana de 1787, seguida da Francesa de 1791. Tais Leis Fundamentais já incorporavam concepções e anseios jurídicos e sociais indubitáveis: proeminência da Constituição, salvaguarda jurisdicional, garantia dos direitos humanos e separação dos Poderes.

Nessa toada, é manifesta a constatação de duas primordialidades: a custódia da Constituição e, por conseguinte, o resguardo da soberania popular, fundamento do Estado de Direito, vez que todo o poder emana do povo, seja direta ou indiretamente.

Dessarte, a Lei Fundamental, principiadora do Estado de Direito, desperta a importância em se estipular instrumentos de proteção da Lei Maior. À vista disso, despontaram mecanismos de defesa constitucional.

Como é cediço, o sistema de controle de constitucionalidade jurisdicional no Brasil é misto, vale dizer, tanto concentrado como difuso. Neste, a alegação de inconstitucionalidade ocorre incidentalmente, configurando questão prejudicial ao mérito da demanda. De outra banda, o controle concentrado se engendra de modo principal, concebendo o objeto do julgamento.

Não obstante o ordenamento jurídico pátrio disponha dos procedimentos supraditos, eles não exaurem a defesa dos preceitos constitucionais, e neste ponto é que a reclamação desvela sua importância.

No entanto, para revelar o prestígio do instrumento processual em observação, é preciso uma análise sucinta da lição de Mauro Cappelltti e Bryant Garth.

Segundo os autores, por acesso à Justiça depreendem-se três acepções. A primeira delas refere-se à assistência judiciária aos menos favorecidos. Tem como propósito a supressão de empecilhos econômicos, sociais e culturais, possibilitando à população a ciência de seus direitos, bem como dos mecanismos para se socorrer do Judiciário com o escopo de ter seu direito materializado. O acesso à Justiça restaria cumprido a partir do direito de ação, bastando a oportunidade de provocar a atividade jurisdicional.

Já a "segunda onda" do movimento de acesso à Justiça diz respeito à tutela de interesses difusos; vale dizer, refere-se à proteção dos direitos coletivos, haja vista concernirem a grupos de pessoas que apresentavam complicações e inconvenientes de resguardo pelo Estado-Juiz, devido à concepção tradicional do processo civil, que praticamente pensava o Direito Processual como uma demanda entre duas partes em litígio, dado que as ações judiciais retratavam pretensões individualistas.

Por fim, a "terceira onda" destina-se ao "conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e

mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas" (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 25). Noutras palavras, o acesso à Justiça busca resultados concretos e satisfatórios. Isto é,

> (...) esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou para profissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a **utilização de mecanismos** privados ou **informais de solução dos litígios**. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 26). (destaques acrescidos)

Realmente, o acesso à Justiça é difícil de ser conceituado, porém é válido para indicar dois intentos basilares do sistema jurídico:

a) revelação dos mecanismos pelos quais se permite a pretensão de direitos; e
b) resolução de controvérsias com vistas a declarar o direito de todos.

O acesso à Justiça põe-se, consequentemente, como premissa essencial – inclusive positivada como garantia fundamental – de um sistema jurídico que tencione afiançar e anunciar os direitos das pessoas.

Ora, como não reconhecer que a reclamação se adequa à "terceira onda", conforme dito alhures (sobre sua atratividade)?

A resposta à indagação será asseverada adiante, principalmente após o exame da Rcl 22.328.

2. NATUREZA JURÍDICA DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Parece que a maior polêmica quanto ao ponto se verifica no debate entre a natureza de ação e de exercício do direito de petição, o que gera relevantes impactos empíricos no acolhimento de uma dessas perspectivas.

O STF[1] já pronunciou entendimento segundo o qual a reclamação se traduziria no exercício do direito constitucional de petição (art. 5º, XXXIV, a). De outra banda, parte da doutrina – como Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart – advoga pela natureza jurídica de ação (2015, p. 920).

Parece que assiste razão à corrente doutrinária ora anunciada, principalmente após a vigência do atual Estatuto Processual. Outrossim, deve se levar em conta o fato que os componentes essenciais que constituem uma ação se mostram presentes na reclamação, conforme o CPC, a saber: petição inicial anunciando pretensão (art. 988, *caput*), citação do beneficiário da decisão impugnada (art. 989, III), exercício do contraditório até mesmo pela autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado (art. 989, I); possibilidade de participação de terceiro interessado (art. 990), decisão meritória revestida por coisa julgada material (arts. 992 e 993), sem contar as determinações formais capazes ratificar esta percepção, como, por exemplo, a observância aos pressupostos processuais positivos e negativos.

De mais a mais, o próprio STF já se mostrou apto em alterar seu posicionamento inicial, o que acarretaria a suplantação do posicionamento assentado na ADI 2.212, pelo que se constata da decisão monocrática proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, na Rcl 5.470:

> A reclamação, tal como prevista no art. 102, I, l, da Constituição, e regulada nos artigos 13 a 18 da Lei nº 8.038/90, e nos artigos 156 a 162 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, **constitui ação de rito essencialmente célere**, cuja estrutura procedimental, bastante singela, coincide com o processo do mandado de segurança e de outras ações constitucionais de rito abreviado. (destaques acrescidos)

Isso posto, repisa-se, adota-se o entendimento segundo o qual a natureza jurídica da reclamação constitucional se delineia como verdadeiro direito de ação.

1. ADI 2.212, rel. Min Ellen Gracie, DJ 14/11/2003; ADI 2.480, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 15/06/2007.

3. DECISÕES OBJETO DA RECLAMAÇÃO – O CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS OU DOS ATOS ADMINISTRATIVOS QUE CONTRARIAREM DECISÃO DO STF EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme se extrai do ordenamento jurídico em vigor, são objetos na reclamação constitucional, garantir a:

> a) competência do tribunal;
> b) autoridade das decisões do tribunal;
> c) observância de enunciado de súmula vinculante;
> d) obediência de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade;
> e) resignação de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou incidente de assunção de competência;
> f) observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando esgotadas as instâncias ordinárias.

Frisa-se que o presente trabalho se debruçará sobre a hipótese da alínea "d", sobretudo em vista da Rcl 22.328, que incitou a análise sobre a adoção, pelo STF, da teoria da transcendência dos motivos determinantes no presente momento.

Pois bem, perante decisão prolatada em ação direta de inconstitucionalidade – ADI, ação declaratória de constitucionalidade – ADC ou arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, os magistrados que encararem o questionamento incidental quanto à compatibilidade constitucional de ato ou norma infraconstitucional não podem ignorar a deliberação posta pela Suprema Corte, precisamente por conta dos efeitos *erga omnes* e vinculante de que gozam as decisões proferidas em controle concentrado.

Tal qual os juízes, é o que ocorre com a autoridade administrativa, visto que adstrita à manifestação quanto à (in)compatibilidade pronunciada

pelo STF em sede de processo objetivo de constitucionalidade, de modo que, o ato administrativo ou a decisão pronunciada no bojo de processo administrativo que transgrida aresto prolatado em demanda de controle concentrado, possibilitará o manuseio da reclamação.

O problema que surge diz respeito aos limites e premissas atinentes à dita vinculação e eficácia geral das decisões em controle concentrado. Assim, deve-se rememorar que são elementos essenciais das decisões judiciais o relatório, os fundamentos fáticos e jurídicos e o dispositivo (em que se resolverá as questões principais submetidas ao órgão julgador).

Sendo assim, indaga-se: quais dos componentes supramencionados inspirariam eficácia vinculante e *erga omnes*?

4. TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

A teoria da transcendência dos motivos determinantes, também conhecida como teoria dos efeitos irradiantes ou transbordantes, se traduz na ideia segundo a qual se admite que a eficácia vinculante das decisões advindas de ações objetivas não se limitaria ao elemento dispositivo da decisão, sendo que a fundamentação essencial que motivou determinado desfecho da demanda também disporia de tal característica.

Frisa-se, contudo, que não é toda e qualquer motivação exposta que gozará do efeito irradiante, sendo imprescindível a diferenciação entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

Segundo Pedro Lenza,

> *Obiter dictum* ("coisa dita de passagem") ou simplesmente *dictum* são comentários laterais, que não influem na decisão, sendo perfeitamente dispensáveis. Portanto, aceita a "teoria do transbordamento", não se falaria em irradiação de *obiter dictum*, com efeito vinculante, para fora do processo. Por outro lado, a *ratio decidendi*, sendo *holding* a denominação mais usual na experiência norte-americana, é a fundamentação essencial que ensejou aquele determinado resultado da ação. Nessa

> hipótese, aceita a "teoria dos efeitos irradiantes", a "razão da decisão" passaria a vincular outros julgamentos. (2018, p. 528).

Bem, num primeiro momento, o STF[2] até perfilhou a possibilidade de que as razões jurídicas que fundamentavam decisões prolatadas por aquele Tribunal – em processo objetivo de exame abstrato de constitucionalidade – incidissem sobre outras demandas, com vistas a consagrar o efeito vinculante à própria *ratio decidendi*, ambicionando, por conseguinte, a aplicação para além da parte dispositiva do julgamento de ADI, ADC ou ADPF.

No entanto, desde 2007, a Suprema Corte tem arrebatado a adoção da teoria dos efeitos transbordantes. Tal orientação, inclusive, parece ser a prevalecente na atualidade.[3]

Inclusive, na Rcl 10.604, o Ministro Ayres Britto assim manifestou-se:

> (...) no julgamento da Rcl 4.219, esta nossa Corte retomou a discussão quanto à aplicabilidade dessa mesma teoria da "transcendência dos motivos determinantes", oportunidade em que deixei registrado que tal aplicabilidade implica prestígio máximo ao órgão de cúpula do Poder Judiciário e desprestígio igualmente superlativo aos órgãos da judicatura de base, o que se contrapõe à essência mesma do regime democrático, que segue lógica inversa: a lógica da desconcentração do poder decisório. Sabido que democracia é movimento ascendente do poder estatal, na medida em que opera de baixo para cima, e nunca de cima para baixo. No mesmo sentido, **cinco ministros da Casa esposaram entendimento rechaçante da adoção do transbordamento operacional da reclamação, ora pretendido. Sem falar que o Plenário deste Supremo Tribunal Federal já rejeitou, em diversas oportunidades, a tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes das suas decisões** (cf. Rcl 2.475-AgR, da relatoria do ministro Carlos Velloso; Rcl

2. Rcl 2.986, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 18/03/2005.

3. Rcl 9.778 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 10/11/2011; Rcl 6.319 AgR, rel. Min. Eros Grau, DJe 05/08/2010; Rcl 3.014/SP, rel. Min. Ayres Britto, DJe 21/05/2010; Rcl 5.703 AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 16/10/2009; Rcl 2.990 AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/09/2007.

> 2.990-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence; Rcl 4.448-AgR, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; Rcl 3.014, de minha própria relatoria). (destaques acrescidos)

Em que pese as justificações do Ministro, parece que não se sustenta o que evidenciado, conforme será desvelado ulteriormente, revelando mais um balbucio em se firmar uma "jurisprudência defensiva". De qualquer maneira, parece ser esse o posicionamento atual e corrente do STF.

Conquanto o acima exposto, e para que seja viável a apuração se, de fato, houve nova reviravolta quanto à aplicabilidade da teoria dos efeitos irradiantes, é inescusável a apreciação do julgamento da ADPF 130.

5. MARCO HISTÓRICO: O JULGAMENTO DA ADPF 130

A ADPF 130, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista, visava o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei n° 5.250/1967, carinhosamente conhecida como "Lei de Imprensa".

Resumidamente, o que se pretendia era evitar toda e qualquer exegese tendente a censurar exteriorização de índole política, ideológica e artística. Igualmente, fora pleiteado a aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição, com intuito de elucidar o impedimento de responsabilização criminal do jornalista responsável por entrevista autorizada.

A ação foi julgada procedente, sendo reconhecida sua não recepção pela CR/88. Na ocasião, o STF, por maioria, vedou de maneira veemente a censura de produções jornalísticas. Outrossim, engendrou que eventual intervenção do Poder Público na disseminação de notícias e opiniões seria excepcionalíssima. Isso porque a liberdade de expressão dispõe de posto primacial no Estado Democrático instituído nacionalmente, justamente ante sua pré-condição para a prática elucidada dos outros direitos e liberdades.

Dessarte, constou da ementa da ADPF 130:

> São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/67 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples

> de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de "interpretação conforme a Constituição". A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria.

A decisão da arguição em tela ocorreu em 05/11/2009, ou seja, em meio às decisões da própria Suprema Corte que julgava acertado o abandono da teoria da transcendência dos motivos determinantes. Contudo, um caso recente reacendeu a discussão sobre a efetiva abdicação da teoria citada.

6.A RCL 22.328

O caso concreto se refere à reclamação contra decisão de primeira instância proferida em 26/05/2015, que determinou que a Abril Comunicações S/A retirasse, de seu sítio eletrônico, matéria referente a Pierre Constâncio Mello Mattos Thomé de Souza, publicada em 05/06/2013, por entender que restou induvidosa a ofensa à sua honra e à sua dignidade. Interposto agravo de instrumento, a decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça.

A reclamante alegou, em síntese, que teria sido violada a autoridade do acórdão proferido pelo STF na ADPF 130. Argumentou, ainda, que a decisão reclamada consistiria na ratificação de odiosa censura na tentativa de restringir o direito de liberdade de imprensa, bem como a garantia da sociedade de ter acesso a informações e a manifestar o seu pensamento.

A reclamante também sustentou que a matéria jornalística seria absolutamente narrativa e com texto pertinente, pautada em entrevista concedida pelo próprio Pierre, sendo que este teria, inclusive, posado para registro fotográfico a ilustrar o material então questionado. Ademais, a Abril Comunicações S/A entendeu que o material jornalístico não constituiria violação ou qualquer espécie de excesso.

Por fim, a reclamante defendeu que a única reação possível às lesões aos direitos de personalidade, neste caso, seria o ressarcimento civil, por

estar assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (CR/88, art. 5º, X).

Por sua vez, Pierre aduziu que o Direito brasileiro estabeleceria limitações e restrições à divulgação de atos inerentes à vida privada e que na matéria jornalística em questão teria sido usado tom pejorativo em relação à sua pessoa. Para mais, advogou a tese de que seria descabido o manejo da reclamação, porquanto o pedido de retirada da matéria da página eletrônica estaria fundado no art. 20 do Código Civil – CC, e não na Lei de Imprensa.

Pois bem, a 1ª Turma do STF julgou procedente a ação, pois aquela Seção, no concernente à resolução de contendas entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, entende que a censura é vedada pela CR/88 (conforme art. 5º, IV, IX e XIV, bem como art. 220, §§ 1º e 2º).

Desse modo, ante a presença de copiosas regras constitucionais garantindo a liberdade de expressão, pode-se apreender que a Lei Suprema outorgou um tipo de primazia a esse direito fundamental.

Dessarte, em que pese a inexistência de hierarquia entre direitos humanos constitucionalmente positivados, a liberdade de expressão e de imprensa goza de posicionamento primaz relativamente aos demais direitos fundamentais. Isso indica que eventual ostracismo da liberdade de expressão (compreendida em sentido amplo) seria atípico, sendo que a viabilização de tal afastamento se configura em ônus daquele que o pretende.

Assim sendo, se faz imprescindível um exame bastante severo, criterioso, ponderado e excepcional de qualquer providência que busque reduzir a liberdade de expressão.

Na Rcl 22.328, o Ministro relator noticiou cinco motivos fundamentais que justificam o posicionamento distinto da liberdade de expressão, tanto no ordenamento nacional como no alienígena. Assim explanou no julgamento:

> Este lugar privilegiado que a liberdade de expressão ocupa nas ordens interna e internacional tem a sua razão de ser. Ele decorre dos próprios fundamentos filosóficos ou teóricos da sua proteção, entre os quais se destacam cinco principais: (i) a função essencial que desempenha para a democracia, ao assegurar um livre fluxo de informações e a formação

> de um debate público robusto e irrestrito, condições essenciais para a tomada de decisões da coletividade e para o autogoverno democrático; (ii) a dignidade humana, ao permitir que indivíduos possam exprimir de forma desinibida suas ideias, preferências e visões de mundo, bem como terem acesso às dos demais indivíduos, fatores essenciais ao desenvolvimento da personalidade, à autonomia e à realização existencial; (iii) a busca da verdade, ao contribuir para que ideias só possam ser consideradas ruins ou incorretas após o confronto com outras ideias; (iv) a função instrumental ao gozo de outros direitos fundamentais, como o de participar do debate público, o de reunir-se, de associar-se, e o de exercer direitos políticos, dentre outros; e, conforme destacado anteriormente (v) a preservação da cultura e da história da sociedade, por se tratar de condição para a criação e o avanço do conhecimento e para a formação e preservação do patrimônio cultural de uma nação.

Nada obstante, destaca-se que não há direito absoluto, ainda que expressamente estatuído pela CR/88, sendo que a liberdade de expressão também obedece a isso. Ora, a própria Lei Suprema fixa algumas balizas ou qualificações à liberdade de manifestação, como, por exemplo, proibição ao anonimato (art. 5º, IV), direito de resposta (art. 5º, V), dever de resguardar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X), classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão (art. 21, XVI), contenções à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias (art. 220, § 4º), dentre outras.

Isso quer dizer que é imperioso que exista uma ponderação quando do cotejo entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade.

Isso porque,

> (...) os direitos da personalidade devem ser compreendidos como: a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes, por sua natureza, como ente humano, como o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade). Consideram-se como da

> personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos. (BITTAR, 1995, p. 88).

Ora, os direitos da personalidade, próprios a toda pessoa natural, equivalem a uma versão privada dos direitos humanos positivados constitucionalmente, dos quais seu emprego, via de regra, efetua-se nas relações com outros indivíduos.

Em vista do acima exposto, percebe-se que tais direitos têm por escopo os modos de ser, tanto físico como moral do indivíduo. O que se pretende tutelar com a positivação dos direitos da personalidade são as propriedades características da personalidade, sendo esta a virtude do ente tido por pessoa. Em suma, "pode-se afirmar que os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade (art. 1.º, III, da CF/1988)". (TARTUCE, 2017, pg. 80).

De acordo com Flávio Tartuce (2017, pg. 81), os direitos da personalidade são divididos em cinco, a saber:

> a) vida e integridade físico-psíquica;
> b) nome da pessoa natural ou jurídica;
> c) imagem, classificada em imagem-retrato (reprodução corpórea da imagem, representada pela fisionomia de alguém) e imagem-atributo (soma de qualificações de alguém ou repercussão social da imagem;
> d) honra, com repercussões físico-psíquicas, subclassificada em subjetiva (autoestima) e objetiva (repercussão social da honra); e
> e) intimidade, sendo certo que a vida privada da pessoa natural é inviolável, conforme previsão expressa do art. 5º, X, da CR/88.

Isso posto, identifica-se que tanto a liberdade de expressão como o direito à intimidade (e, por conseguinte, à imagem e à honra) têm índole constitucional, o que, portanto, desvela a inexistência hierárquica entre tais preceitos, de sorte que é impraticável precisar, de antemão, qual deve sobrepujar.

Deste modo, havendo colisão entre direitos dessa estatura, o manejo da técnica da ponderação[4] se faz necessária. Ou seja, numa primeira etapa averiguam-se as normas que pretendem incidir no caso concreto; após, elegem-se os fatos essenciais; ato contínuo, testam-se os desenlaces plausíveis para conferir, em concreto, qual das possíveis soluções melhor atende os ditames constitucionais.

Em circunstâncias ideais, o uso da técnica da ponderação deve buscar conceber mútuas concessões, salvaguardando, na maior medida possível, os direitos em conflito. Em última instância, contudo, a escolha se faz imprescindível, não se podendo olvidar que a técnica da ponderação, de acordo com Robert Alexy, possui como guia a máxima da proporcionalidade (2015, p. 116-120).

Além disso, pelo Ministro Roberto Barroso, conforme acórdão de inteiro teor da Rcl 22.328, a ponderação entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade deve orientar-se por oito critérios, veja:

> (i) veracidade do fato; (ii) licitude do meio empregado na obtenção da informação; (iii) personalidade pública ou privada da pessoa objeto da notícia; (iv) local do fato; (v) natureza do fato; (vi) existência de interesse público na divulgação em tese; (vii) existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos; e (viii) preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Ao menos uma boa parte desses parâmetros parece ter sido acolhida pelo STF ao julgar a ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, no acórdão ora invocado como paradigma.

Após toda a explanação do julgado, percebe-se que a ação originária, processada pelo Judiciário Fluminense, sequer menciona preceito atinente à Lei n° 5.250/1967. Ou seja, num primeiro momento, não se verifica afronta ao dispositivo do acórdão proferido na ADPF 130.

Conforme dito alhures, usualmente, a Corte Máxima não admite reclamações que infrinjam suas decisões reflexamente. Vale dizer, não basta o aviltamento da *ratio decidendi*, sendo que o STF tende a refrear o cabimento

4. Entendida como aquela proposta por Robert Alexy em sua obra "Teoria dos Direitos Fundamentais", pg. 90-102.

dos meios de impugnação a serem analisados pelo Tribunal, com vistas a mitigar a quantidade de demandas encaminhadas à Corte. Nota-se que, não raro, os Ministros adotam uma rigidez elevada no exame de questões formais com o objetivo de restringir os casos que chegam para apreciação. Trata-se do se convencionou chamar de "jurisprudência defensiva".[5]

Consoante previamente apontado, uma amostra de "jurisprudência defensiva" é a hermenêutica perdurável no STF pelo não acolhimento da teoria da transcendência dos motivos determinantes. Nessa toada, a Ministra Rosa Weber, quando do julgamento do agravo regimental na Reclamação nº 22.470, asseverou que:

> (...) a exegese jurisprudencial conferida ao art. 102, I, "l", da Magna Carta rechaça o cabimento de reclamação fundada na tese da transcendência dos motivos determinantes.

Sucede que o posicionamento sobredito tem sido arredado em demandas atinentes à liberdade de imprensa ou liberdade de expressão. Em hipóteses tais, a Corte Suprema tem decidido pelo acolhimento das reclamações ainda que a decisão guerreada não se fundamente no mesmo ato inconstitucionalmente reconhecido em controle concentrado.

O pretexto para essa atitude mais abrangente, de acordo com decisão do Ministro Roberto Barroso quando do julgamento da medida cautelar na Rcl 22.328, consiste na reflexão segundo a qual:

> (...) a liberdade de expressão ainda não se tornou uma ideia suficientemente enraizada na cultura do Poder Judiciário de uma maneira geral. Não sem sobressalto, assiste-se à rotineira providência de juízes e tribunais no sentido de proibirem ou suspenderem a divulgação de notícias e opiniões, num "ativismo antiliberal" que precisa ser contido.

5. Como esclarece o próprio Min. Roberto Barroso, em seu voto para concessão de liminar na Rcl 22.328, essa negativa em se aderir à transcendência dos motivos determinantes caracteriza uma jurisprudência defensiva, com o objetivo de conter a proliferação de reclamações em número que extrapolaria a capacidade física de julgamento dos magistrados daquela Corte Máxima.

Enfim, 06/03/2018, a 1ª Turma do STF, ao julgar a Rcl 22.328, apresentou uma postura menos intransigente ao apreciar reclamação abrangendo decisão que desrespeite a liberdade de expressão ou de imprensa. À vista disso, é admissível reclamação com o objetivo de combater decisão judicial que prescreva a retirada de conteúdo jornalístico de sítio eletrônico, ainda que a decisão reclamada se apresente, hipoteticamente, embasada no art. 20 do CC, e não na Lei de Imprensa.

Seguindo a tese sobredita, pouco tempo após o julgamento da Rcl 22.328, o mesmo órgão da Suprema Corte reiterou seu posicionamento quanto ao cabimento de reclamação constitucional em relação à liberdade de expressão, ainda que não possua correspondência imediata com o julgado na demanda paradigma, qual seja, a ADPF 130, permitindo, assim, a adoção da teoria dos efeitos irradiantes, conforme se verifica no julgamento do agravo interno na Reclamação nº 28.747, julgado em 5/6/2018.

7. CONCLUSÃO

A teoria da transcendência dos motivos determinantes, apesar de não adotada peremptoriamente pelo STF, é admissível pelo Tribunal Máximo com o fito de resguardar a liberdade de expressão, principalmente em virtude da constante vulneração desse direito, inclusive judicialmente, na cultura brasileira.

Assim, o manejo da reclamação constitucional, não apenas em casos de tutela da liberdade de expressão, detém proteção da própria CR/88, especialmente dos princípios do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e efetividade processual (art. 5º, LXXVII e art. 37, *caput*). Para mais, a reclamação retrata mecanismo apto a assegurar o princípio do juiz natural, dado que compete ao STF a guarda da Lei Fundamental (art. 102 da CR/88).

Isso posto, a reclamação, nos termos acima, se apresenta como ação de procedimento sumário especial designada para assegurar a autoridade das decisões e competência da Suprema Corte, ainda que não se valha apenas da parte dispositiva da decisão paradigma. O então Ministro Ayres Brito, conforme citado alhures, chegou a afirmar que a teoria dos efeitos transbordantes resulta em extremo prestígio à Corte Suprema.

Logo, não parece coerente subestimar a teoria dos efeitos irradiantes no controle concentrado, visto que a temática jurídica deve ser interpretada, em uma perspectiva evoluída, à luz da *ratio decidendi*, mormente em vista da "terceira onda" de acesso à Justiça.

Ademais, o Congresso Nacional, ao que tudo indica, positivou a teoria em apreço ao estatuir que a reclamação, na hipótese em que objetivar garantir a observância de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade, pretenderá aplicação adequada da "tese jurídica" ou o afastamento de sua incidência aos casos que a ela não correspondam (art. 988, § 4º, do CPC). O Legislador não se limitou à observância da parte dispositiva da decisão paradigma, mas sim à tese jurídica alvitrada.

Isso posto, infere-se que o aproveitamento da teoria da transcendência dos motivos determinantes estampa medida apropriada no reconhecimento dos direitos fundamentais em prol de uma releitura da eficiência judicial.

8. REFERÊNCIAS

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

ARENHART, Sergio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial da União. Brasília, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 fev. 2019.

_____. Congresso Nacional. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 17 fev. 2019.

_____. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Interno na Reclamação n. 28.747. 12 novembro 2018. Brasília. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748634834>. Acesso em: 5 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130. 06 novembro 2009. Tribunal Pleno. Brasília. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+130%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+130%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/9wfcrln>. Acesso em: 5 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação n. 22.328. 26 novembro 2015. Brasília. Disponível em:<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+22328%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/zyogtv6>. Acesso em: 5 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 5.470. 10 março 2008. Decisão Monocrática. Brasília. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+5470%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/cwynmnm>. Acesso em: 10 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 10.604. 14 setembro 2010. Brasília. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+10604%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=base Monocraticas&url=http://tinyurl.com/kopvmtp>. Acesso em: 8 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 22.328. 10 maio 2018. Primeira Turma. Brasília. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314302526&ext=.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 22.470. 07 dezembro 2017. Brasília. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+22470%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+22470%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yc67rfww>. Acesso em: 5 fev. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

O ABSENTEÍSMO PROCESSUAL NA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS: A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS SEGUNDO O PROJETO DE LEI N. 8.058/2014

THIAGO BRAGA DANTAS

INTRODUÇÃO

Na Constituição de 1988, estabeleceu-se vasto rol de direitos e garantias fundamentais, internalizando direitos humanos. Além disso, nela também se atribuiu ao Poder Judiciário o controle das políticas públicas, instrumentos de consecução deles. Diante da acentuação dessa intervenção, no entanto, ela precisa ser feita de forma mais democrática, com a participação da sociedade, além de maior diálogo com o Poder Público.

Objetiva-se então investigar as formas pelas quais o Poder Judiciário pode ser democratizado na sua intervenção no campo das políticas públicas. Por meio da análise do Projeto de Lei n. 8.058/2014, vislumbrou-se a possibilidade de que os processos estruturais, que envolvem controle de políticas públicas, proporcionem mais flexibilidade, diálogo e eficiência.

Nessa proposta legislativa, consagrou-se maior participação da sociedade, cooperação ativa do Poder Público e nova maneira de decidir os conflitos, em que o Judiciário não se substitui ao Administrador, mas acompanha todo o diálogo e fiscaliza as medidas apresentadas a fim de que o vilipêndio aos direitos humanos seja sanado.

Perceberam-se fortemente na década de 90 as consequências da virada neoliberal por que passou o Estado Nacional Brasileiro. A maioria das

reformas implementadas fugiu ao controle democrático sob a justificativa de que somente a tecnocracia dispunha de condições de avaliar o sacrifício necessário ao combate da crise econômica, quando se assistiu ao abuso da utilização de medidas provisórias e, anteriormente, de decretos-leis.

Muitos propugnaram que a legitimidade do governo melhoraria se o Legislativo assumisse a sua função institucional e passasse a representar o povo nas discussões quanto às restrições aos direitos fundamentais e sociais.

Ao longo dos anos, com a inércia do Legislativo, quem assumiu a função de governabilidade do Estado brasileiro em grande parte foi o Poder Judiciário, quando passou a intervir absolutamente nas políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo, sobretudo pelo novo paradigma da Constituição de 1988. Esse movimento deslanchou mesmo em 2004, na terceira fase do ativismo judicial no Brasil, quando o Judiciário passou a ser mais ativo quanto à efetividade dos preceitos constitucionais.

Ciente do protagonismo político do Poder Judiciário, o Executivo intenta influir em suas decisões, por intermédio, sobretudo, da interferência na sua composição, conforme respaldo constitucional para tanto. A indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) passou a ser crucial na busca de contenção do seu ascendente protagonismo político.

Na crise atual, imbuído de conferir legitimidade às decisões do Executivo, em substituição ao atalho das medidas provisórias, observa-se que o STF será o grande bastião da reforma neoliberal.

O controle de constitucionalidade das leis foi criado para conter o poder das maiorias eventuais diante dos direitos fundamentais e sociais das minorias, especialmente, o que goza de legitimidade democrática diante da atribuição desta competência pelo Constituinte Originário de 1988. Além disso, o papel político do Poder Judiciário foi legitimado também para o controle das políticas públicas instrumentais à garantia daqueles direitos.

As políticas públicas representam matéria complexa na qual é difícil discernir o conteúdo jurídico do político A reforma do Estado precisa incluir o Judiciário, que não pode mais servir de pêndulo tecnocrático.

Impõe-se analisar os mecanismos aptos a conferir legitimidade democrática ao Poder Judiciário nos juízos de moralidade política em matéria de políticas públicas.

DESENVOLVIMENTO

É cada vez mais nítida a influência do Poder Judiciário na definição dos caminhos a serem seguidos pela nação, especialmente nesse momento de crise. Sem consenso político, a judicialização da política parece ser a única saída para a eliminação das controvérsias.

Situação mais sensível ainda se dá quando o Poder Judiciário se envolve em questões que envolvem políticas públicas, tema bastante delicado por se imiscuir no cerne da atividade primariamente própria ao Poder Executivo.

Bucci (2006, p. 39) estabelece o conceito jurídico de política pública:

> Política Pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.
>
> Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

De acordo com Bonato e Barboza (2015, p. 193):

> Além do fenômeno da judicialização das relações sociais de um modo geral, criado a partir da proteção de direitos fundamentais elencados na Constituição de 1988, que levou a um aumento das questões levadas ao Poder Judiciário, temos também o fenômeno da judicialização da política, no qual há a transferência de questões políticas da arena legislativa para a arena judicial.
>
> Do mesmo modo que a judicialização das relações sociais, a judicialização da política teve, como uma de suas principais causas, a promulgação

> da Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã, a qual transformou o Estado Autoritário em um Estado Democrático de Direito, especialmente porque questões estruturantes do Estado que são políticas e constitucionais chegam ao Poder Judiciário.

O Judiciário, posto enquanto guardião da Constituição, reiteradamente tem decidido que, naquelas hipóteses previstas no texto constitucional, surge a sua legitimidade para intervir no controle de políticas públicas para assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição, sobretudo pelo respaldo teórico do neoconstitucionalismo.

Barroso (2007, p. 11) destaca que:

> [...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (II) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e Ética; e (III) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Sanchis (2009, p. 24-25, tradução nossa) pondera que:

> Na primeira acepção, como tipo de Estado de Direito, cabe dizer que o neoconstitucionalismo é o resultado da convergência de duas tradições constitucionais que comumente tinham caminhado em separado: uma primeira que concebe a Constituição como regras do jogo de competência social e política, como singelo pacto que permite assegurar a autonomia dos indivíduos como sujeitos particulares e como agentes políticos a fim de que, em um marco democrático e relativamente igualitário, possam se desenvolver livremente em sua vida privada e adotem as decisões coletivas pertinentes a cada momento histórico.

> [...]
>
> A segunda tradição, por outro lado, concebe a Constituição como a consagração de um projeto político bem articulado, como programa de transformação social e política. [...] nesta segunda tradição a Constituição não se limita a fixar as regras do jogo, mas participa diretamente dele, condicionando com maior ou menor grau as futuras decisões coletivas, tais como o modelo econômico, bem como a atuação do Estado nas áreas de educação, saúde, relações de trabalho etc.

Novas visões sobre a divisão dos poderes têm fugido do tradicional figurino da tripartição deles, sobretudo com a extirpação de determinadas matérias da atuação do Poder Judiciário, com novas estruturas mais condizentes com a complexidade das questões políticas.

Ackerman (2011, p. 141, grifo do autor, tradução nossa), por exemplo, propõe uma nova divisão de poderes:

> Em primeiro lugar, um "poder supervisor da integridade burocrática" que fiscalize o governo em relação aos problemas de corrupção e assegure a transparência e a correção das contas. Em segundo lugar um "poder supervisor da democracia" que busque salvaguardar os direitos de participação eleitoral dos cidadãos. Finalmente, um "poder autônomo de justiça distributiva" que assegure a permanência de uma política de justiça distributiva.

Roberto Mangabeira Unger alude ao poder desestabilizador. Segundo destaca Rodriguez (2016, p. 146-147), realçando o pensamento do autor:

> Caberia o Poder Desestabilizador, nesse contexto, a competência para, quando as pessoas afetadas por tais instituições não tivessem meios para fazê-lo segundo os procedimentos regulares de participação política, intervir nas instituições sociais, administrá-las, provisoriamente, e as reconstruir, em nome dos ideais atribuídos ao Direito ali até então não realizados. O fundamento da ação do Poder Desestabilizador

> deve ser, a rigor, duplo: a incongruência reconhecida entre práticas ou organizações sociais e os ideais atribuídos ao Direito e a incapacidade de a participação no processo político regular aqueles afetados permitir uma maneira adequada de revisão das práticas e reformulação das organizações.

O Poder Judiciário ainda não passou por uma reforma profunda na América Latina, mesmo depois da superação de diversos regimes ditatoriais. É necessário democratizá-lo, sobretudo em questões abrangentes como as referentes às políticas públicas.

A forma de composição dos órgãos do Poder Judiciário, sobretudo do STF, deve ser modificada para que fique mais próxima com a sua atuação política, com mais participação da sociedade na sua escolha. No dizer de Falcão (2015, p. 28):

> Um mito cerca a escolha de um Ministro do Supremo Tribunal no Brasil: o candidato tem que ser politicamente neutro. Nunca foi. Ou raramente foi. O Supremo é órgão político. E esse é o único momento em que a democracia eleitoral, através do Senado, interfere no Judiciário.
> O candidato pode comungar a visão de Brasil, de sociedade, de mundo e a ideologia da Presidência. Não deve, porém, ser um candidato cujo passado, abertamente militante, comprometa o equilíbrio necessário para a sua independência.
> A indispensável pluralidade do Supremo é assegurada pelo correr da história. Sucedem-se Presidentes, alternam-se visões, o conhecimento avança, diversifica-se o tribunal.
> O que não se deve confundir é a legítima sintonia política de visões de Brasil com compromisso partidário de voto no curto prazo. A Constituição veta a atuação político-partidária, direta ou indireta, dos juízes. E aqui começa o problema, pois a linha é tênue.

Além das proposições e experiências já mencionadas de desconcentração no âmbito da sua competência e de melhorias na sua composição, outra opção é que o Poder Judiciário pode ter melhorado o seu procedimento de

processamento e julgamento das demandas relativas às políticas públicas.

É que, dado o cunho político de sua atuação, em que atua muito além de sua clássica feição de mero aplicador de textos legais ou constitucionais, mas verdadeiramente adscrevendo sentido a eles e estabelecendo as medidas concretas de sua efetividade, há que se controlar democraticamente a sua atuação, cuja legitimidade democrática está mais assegurada quando do exercício de sua posição contramajoritária no controle de constitucionalidade, porque, intuitivamente, funciona como limite protetor da maioria democrática.

Quando, no entanto, atua enquanto formulador de juízos de moralidade política, sobretudo os atinentes às políticas públicas, é necessário haver maior preocupação na legitimação democrática de suas decisões. É indispensável que haja a detida participação da sociedade de forma mais intensa a ponto de influenciar os julgamentos das cortes.

Isso ganha importância porque, com as crises do capitalismo, a partir da década de 1970, tem havido a necessidade de reforma do Estado – grande tarefa política do Estado na década de 1990 (PEREIRA, 1998, p. 49) – que, mesmo diante de poderosos instrumentos de decisão (alta concentração decisória na cúpula técno-burocrática, como decretos-leis e medidas provisórias), tem precários instrumentos de gestão (DINIZ, 1998, p. 32-33).

A utilização de figuras como decretos-leis, medidas provisórias e atualmente a atuação do Poder Judiciário como pêndulo tecnocrático, dado o seu prestígio na conformação das controvérsias constitucionais, exige a desconcentração dos processos decisórios e o Poder Judiciário não pode fugir desse apelo em razão da escusa da tecnocracia, dado que a sua atividade também é eminentemente política.

Por mais que até antes de serem sentidos os efeitos da crise de 2008 no Brasil – o que ocorreu a partir de 2014 ou 2015, o Judiciário tenha adotado posições vanguardistas, têm-se observado as negociações com o Poder Executivo, que vão desde a definição da pauta de julgamentos de acordo com os interesses do Governo, até aos resultados deles, quando o STF se vale de argumentos de conveniência política para denegar direitos fundamentais e sociais em prol de ajudar no saneamento das contas estatais e de atender aos interesses do mercado, como ficou bem nítido com a reforma

trabalhista empreendida pelo STF em 2016, com muitos retrocessos nessa matéria que indicam tendência de precarização de direitos.

Com o tempo, o Judiciário pode sofrer resistência pela alta concentração do poder decisório, haja vista que a capacidade de governança estará comprometida, e esse ciclo de agente legitimador das decisões do Executivo tende a se corromper.

Como ressalta Diniz (1998, p. 41):

> A rigidez da institucionalidade estatal, presa à herança corporativa, seu fraco potencial de incorporação política, a impermeabilidade do Estado às demandas sociais em expansão, seu baixo grau de responsabilidade pública acentuariam o divórcio Estado-sociedade.

O Judiciário, enquanto protetor da Constituição de perfil social-liberal, não deveria adotar o discurso fatalista neoconservador de combate à crise econômica. Segundo Pereira (1998, p. 60), um dos fatores que levarão ao Estado Social-Liberal do século XXI é:

> [...] o aumento da governabilidade, ou seja, do poder do governo, graças à existência de instituições políticas que garantam uma melhor intermediação de interesses e tornem mais legítimos e democráticos os governos, aperfeiçoando a democracia representativa e abrindo espaço para o controle social ou democracia direta.

A intervenção em políticas públicas representa uma das mais delicadas tarefas do Poder Judiciário, porque ele não tem o conhecimento necessário, muitas vezes, para prever a melhor forma de implementá-las para se cumprirem os direitos fundamentais e sociais.

Há iniciativa pendente de apreciação no Congresso Nacional, especificamente na Câmara dos Deputados, de projeto de lei que visa regulamentar a atuação do Poder Judiciário nos processos referentes às intervenção e controle de políticas públicas.

Trata-se do projeto de Lei n. 8.058/2014, que prevê a criação de procedimento especial para esses tipos de processo.

É bem verdade que o direito brasileiro já dispõe de legislação para regular os processos coletivos, que se diferenciam dos individuais exatamente porque transcendem a esfera particular, pois dizem respeito a conflitos coletivos ou referentes a uma comunidade. Não têm natureza pública ou estrutural, mas própria. Todavia, os processos que dizem respeito ao controle de políticas públicas, possuem natureza estrutural, porque têm relação dialogal e institucional, já que envolvem poderes estatais (GRINOVER, 2016, p. 49).

Nesses processos de controle jurisdicional de políticas públicas, há relativização da rígida separação de poderes e aumento da possibilidade de controle da discricionariedade administrativa pelos tribunais.

O STF já fixou os limites de atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, o que se deu por meio de decisão monocrática do Ministro Celso de Mello (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 45-9), quais sejam: a) mínimo existencial (bem indispensável à dignidade humana); b) reserva do possível (existência de recursos financeiros); e c) razoabilidade. Mais recentemente o STF tem decidido que a reserva do possível não pode ser oposta ao mínimo existencial, conforme Recurso extraordinário (RE) n. 482.611 (GRINOVER, 2016, p. 49-50).

Segundo Grinover (2016, p. 50):

> [...] para que o controle jurisdicional de políticas públicas se faça de maneira justa, equilibrada e exequível, é necessário instituir um novo processo, que é justamente o processo adequado à solução de conflitos de interesse público: o processo chamado estrutural.

Acrescenta Dias (2016, p. 204) que:

> A legitimação das decisões judiciais para ser obtida, notadamente nos casos em que estão envolvidos direitos fundamentais, dada a sua carga de litigiosidade e eficácia geral, depende da construção de procedimentos capazes de assegurar a participação social.

> No caso da jurisdição civil, todo o sistema de procedimentos foi estruturado com base no litígio individual, o que limita enormemente a aptidão para participação da sociedade. Essa modelagem procedimental não oferece o ambiente necessário para um sistema de controle judicial dos atos de governo como por nós proposto.
>
> O sistema de modificações dos procedimentos, ocorrido nos últimos anos, nem remotamente está ligado à evolução da teoria dos direitos fundamentais e à sua crescente aplicabilidade em âmbito interno. Pode-se afirmar que o legislador em matéria processual tem sido absenteísta no que diz respeito à construção de instrumentos de tutela adequado.

Esse processo denominado de estrutural apresenta características como a ênfase ao diálogo processual que não se limita às partes do processo, mas que se estende para toda a sociedade e abrange os poderes públicos envolvidos. O juiz, por sua vez, no momento de decidir, pode consultar assessorias especializadas, além de contar com a necessária colaboração da Administração Pública.

Diferentemente dos processos comuns, a decisão não necessita ser tão precisa, e pode ser voltada para o futuro e não necessariamente para o passado. A execução do julgado pode ser flexibilizada, mediante a aprovação de planejamento pelo juiz (GRINOVER, 2016, p. 50-51).

A simples substituição do administrador pelo juiz, com prolação de sentença fixa e rígida, não é suficiente para resolver o problema adequadamente, ainda mais com a legitimidade democrática que se espera.

O próprio modo de agir do juiz deve ser diferenciado, pois conforme destaca Faria (2005, p. 53):

> No exercício de suas funções judicantes, a magistratura forjou a partir do Estado Liberal uma cultura técnica própria que, hoje, revela-se em descompasso com a realidade. Resultante da dogmatização de princípios como os da imparcialidade política e da neutralidade axiológica, essa cultura propiciou ao Judiciário uma forma particular de autoconhecimento, baseada num intrincado conjunto de categorias e concei-

> tos que o definem como um poder basicamente declarativo e reativo; ou seja, como um poder com funções precisas no âmbito de uma ordem jurídica concebida como um estrito "sistema de limites e garantias", dos quais os mais importantes são constituídos pelos direitos e liberdades dos cidadãos. Repetido por sucessivas gerações de juízes e aperfeiçoado pelos intelectuais orgânicos do Estado Liberal, que tradicionalmente encaram as normas abstratas, gerais e impessoais do direito positivo como "emanação da vontade racional de homens livres", esse conjunto de categorias e conceitos também valoriza o Judiciário como um poder autônomo, independente e soberano. O profissionalismo é convertido, assim, no traço característico da forma de autoconhecimento engendrada nos tribunais.

Mesmo que a jurisprudência tenha fixado determinados parâmetros como visto, ainda há muitas lacunas na regulação dos processos estruturais. O reconhecimento dessas dificuldades está presente na exposição de motivos do projeto de lei que visa instituir o procedimento especial dos processos estruturais:

> O controle jurisdicional de políticas públicas é uma realidade presente no dia-a-dia dos tribunais brasileiros. Embora a doutrina e a jurisprudência, sobretudo do STF, tenham se debruçado sobre a questão, fixando limites ao próprio controle e construindo princípios a respeito da matéria, ainda remanescem dúvidas e, frequentemente, o juiz enfrenta dificuldades concretas para decidir assuntos tão relevantes. São dificuldades oriundas da falta de informações e de dados, da falta de assessoria, da falta de contatos com a própria Administração encarregada da implementação da política pública, com os demais juízes, com os tribunais; dificuldades de ordem orçamentária, dificuldades oriundas da multiplicidade de ações individuais que vão inevitavelmente incidir sobre as políticas públicas. (BRASIL, 2014).

O projeto então tenta enfrentar essa realidade. É nesse sentido que já se fixam, no seu art. 2º, determinados princípios destinados a assegurar os direitos fundamentais e sociais de forma mais democrática:

> Art. 2o. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário rege-se pelos seguintes princípios, sem prejuízo de outros que assegurem o gozo de direitos fundamentais sociais:
> I – proporcionalidade;
> II – razoabilidade;
> III – garantia do mínimo existencial;
> IV – justiça social;
> V – atendimento ao bem comum;
> VI – universalidade das políticas públicas;
> VII – equilíbrio orçamentário.
> Parágrafo único. O processo especial para controle jurisdicional de políticas públicas, além de obedecer ao rito estabelecido nesta Lei, terá as seguintes características:
> I – estruturais, a fim de facilitar o diálogo institucional entre os Poderes;
> II - policêntricas, indicando a intervenção no contraditório do Poder Público e da sociedade;
> III – dialogais, pela abertura ao diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade;
> IV – de cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica;
> V – colaborativas e participativas, envolvendo a responsabilidade do Poder Público;
> VI – flexíveis quanto ao procedimento, a ser consensualmente adaptado ao caso concreto;
> VII – sujeitas à informação, ao debate e ao controle social, por qualquer meio adequado, processual ou extraprocessual;
> VIII – tendentes às soluções consensuais, construídas e executadas de comum acordo com o Poder Público;
> IX – que adotem, quando necessário, comandos judiciais abertos,

> flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas, equilibradas e exequíveis;
> X – que flexibilizem o cumprimento das decisões;
> XI– que prevejam o adequado acompanhamento do cumprimento das decisões por pessoas físicas ou jurídicas, órgãos ou instituições que atuem sob a supervisão do juiz e em estreito contato com este.
> (BRASIL, 2014).

De forma harmonizadora, o projeto normatizou princípios que tentam dialogar justiça social e equilíbrio orçamentário, sem olvidar do mínimo existencial.

É nítido o esforço de melhoria do diálogo entre os poderes, da maior participação da sociedade, bem como da ampliação das possibilidades cognitivas dos magistrados, com acesso a mais dados confiáveis para estender e melhorar a sua visão antes de decidir, sem olvidar de assessoramentos específicos, além de flexibilização procedimental (o que inclui até o próprio ato de decidir com sentenças abertas ou flexíveis) e melhores instrumentos para verificar o cumprimento das decisões.

Essas características demonstram que o procedimento especial de controle de políticas públicas se tornou mais democrático na visão do projeto, com a ênfase na participação da sociedade, em reconhecimento de que se trata de processo estrutural, que gera impactos na Justiça Social.

Outra característica marcante, que tende a conter a possível exacerbação do Poder Judiciário, é a importância que se deu ao diálogo com o Poder Público, maior flexibilização do procedimento e a possibilidade de que as sentenças sejam abertas, isto é, o Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas, mas a forma de implementá-las advém do Poder Executivo mediante apresentação de planejamento, que também possuirá instrumentos mais eficientes para observância de seu cumprimento.

Veja-se que essa forma aberta, flexível e dialogal do procedimento reflete o reconhecimento de que as políticas públicas representam tema complexo que deve ser resolvido caso a caso, sem que o juiz decida o caso desassistido ou em substituição ao administrador.

A característica destacada de colaboração e participação do Poder Público é ponto para se elogiar também, porque ele é um dos grandes

litigantes da Justiça brasileira, que se utiliza da via processual para postergar o cumprimento dos seus deveres para com a sociedade. É o que aponta o relatório *100 Maiores Litigantes*, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2012 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012).

A partir da década de 1970, o Estado Social entrou em crise e isso contribuiu para que o Judiciário se tornasse o tutor da efetividade dos direitos fundamentais e sociais.

No art. 6º do projeto de lei se exige um outro tipo comportamento do Poder Público, buscando-se diluir a sua postura indiferente e recalcitrante em cumprir com as políticas públicas fomentadoras dos direitos fundamentais e sociais. Veja-se:

> Art. 6º. Estando em ordem a petição inicial, o juiz a receberá e notificará o órgão do Ministério Público e a autoridade responsável pela efetivação da política pública, para que esta preste, pessoalmente e no prazo de sessenta dias, prorrogável por igual período, informações detalhadas que deverão contemplar os seguintes dados da política pública objeto do pedido, os quais constarão do mandado:
> I – o planejamento e a execução existentes;
> II – os recursos financeiros previstos no orçamento para sua implementação;
> III – a previsão de recursos necessários a sua implementação ou correção;
> IV– em caso de insuficiência de recursos, a possibilidade de transposição de verbas;
> IV – o cronograma necessário ao eventual atendimento do pedido. (BRASIL, 2014).

Exige-se muito mais do que uma postura defensiva do Poder Executivo, mas a de agente colaborador para que o juiz tenha dados suficientes para analisar o que vinha sendo praticado pelo Poder Público em relação à política pública então questionada, além dos recursos financeiros previstos no orçamento ou a possibilidade de transposição de verbas e, ainda, o cronograma necessário para eventual atendimento do pedido.

A atitude exigida do Poder Executivo é muito mais ativa pois implica a sua necessária participação cooperativa.

Outra peculiaridade importante é que há muita preocupação para que a decisão do juiz seja a mais informada possível. Se não forem suficientes as informações prestadas, o juiz poderá recorrer à assessoria de técnicos especializados. É o que dispõe o art. 8º:

> Art. 8º. Se não prestadas as informações indicadas no caput, o juiz aplicará à autoridade responsável as sanções previstas no Código de Processo Civil, podendo convocá-la pessoalmente para comparecer a juízo.
> § 1º Na prestação de informações, a autoridade responsável pela execução da política pública poderá servir-se de assessores técnicos especializados.
> § 2º O juiz poderá utilizar técnicos especializados para assessorá-lo na análise das informações, sem prejuízo de consulta a órgãos e instituições do ramo (parágrafo único do art. 28). (BRASIL, 2014).

Paradigmática, foi a consagração, no procedimento especial de controle de políticas públicas, da possibilidade dos juízes prolatarem decisões abertas e flexíveis, sem que deva atender especificamente ao pedido formulado quando do ajuizamento da demanda. É o que se assevera no artigo 18 do projeto de lei:

> Art. 18. Se for o caso, na decisão o juiz poderá determinar, independentemente de pedido do autor, o cumprimento de obrigações de fazer sucessivas, abertas e flexíveis, que poderão consistir, exemplificativamente, em:
> I – determinar ao ente público responsável pelo cumprimento da sentença ou da decisão antecipatória a apresentação do planejamento necessário à implementação ou correção da política pública objeto da demanda, instruído com o respectivo cronograma, que será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.

> II – determinar ao Poder Público que inclua créditos adicionais especiais no orçamento do ano em curso ou determinada verba no orçamento futuro, com a obrigação de aplicar efetivamente as verbas na implementação ou correção da política pública requerida.
> § 1º O juiz definirá prazo para apresentação do planejamento previsto no inciso I de acordo com a complexidade da causa.
> § 2º O planejamento será objeto de debate entre o juiz, o ente público, o autor, o Ministério Público e, quando possível e adequado, representantes da sociedade civil.
> § 3º Homologada a proposta de planejamento, a execução do projeto será periodicamente avaliada pelo juiz, com a participação das partes e do Ministério Público e, caso se revelar inadequada, deverá ser revista nos moldes definidos no parágrafo 2º.
> (BRASIL, 2014).

Nesse dispositivo há exemplos de decisões abertas ou flexíveis em que claramente o juiz realiza o controle de políticas públicas, mas sem se substituir ao administrador, tanto que a lei chega a usar o termo "exemplificativamente", indicando os modelos pelos quais o juiz pode vir a prolatar novas decisões abertas ou flexíveis.

Grinover (2016, p. 51) afirma que isso demonstra que esses tipos de decisões devem se voltar para o futuro, numa dimensão prospectiva, e não exclusivamente para o passado, como nos procedimentos não estruturais, com a mera indicação dos passos a serem seguidos para que se chegue ao resultado pretendido pela sentença.

No tocante à execução do julgado, o projeto de lei em comento também reservou especificidades de tratamento. Nos artigos 19 e 20 podem-se observá-las:

> Art. 19. Para o efetivo cumprimento da sentença ou da decisão de antecipação da tutela, o juiz poderá nomear comissário, pertencente ou não ao Poder Público, que também poderá ser instituição ou pessoa jurídica, para a implementação e acompanhamento das medidas necessárias à satisfação das obrigações, informando ao juiz, que poderá lhe solicitar quaisquer providências.

> Art. 20. O juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá alterar a decisão na fase de execução, ajustando-a às peculiaridades do caso concreto, inclusive na hipótese de o ente público promover políticas públicas que se afigurem mais adequadas do que as determinadas na decisão, ou se esta se revelar inadequada ou ineficaz para o atendimento do direito que constitui o núcleo da política pública deficiente. (BRASIL, 2014).

O juiz está autorizado pela lei a ter um comissário para verificar tecnicamente o cumprimento da política pública objeto da decisão aberta ou flexível. Isso facilita a efetividade das medidas que se comprometeu tomar, porque o juiz não poderá ficar focado simplesmente na implementação delas ou mesmo ter a melhor habilidade para verificá-las, com a possibilidade então de dedicação a outros feitos, o que certamente aumenta a eficiência do controle jurisdicional nessa fase do processo.

Nessa proposta de regulação do processo de tipo estrutural, em suma, apresentam-se fundamentos essenciais à implementação das políticas públicas, quais sejam, participação democrática, cooperação, desformalização e relação dialogal.

CONCLUSÃO

A crítica da intervenção do Poder Judiciário em questões que envolvem políticas públicas deve ser arrefecida, pois a Constituição de 1988 não se restringiu a adotar postura liberal, mas também enalteceu objetivos que deveriam ser observados pelo Executivo e pelo Legislativo sob o controle do Judiciário.

Sua composição e modo de agir podem ser melhorados. O Judiciário deve possuir em seus quadros agentes capazes de vislumbrar toda a complexidade da dinâmica social em que está inserida a sua intervenção no âmbito político.

Isso tem consequência na forma como ele deve ser composto, com maior participação da sociedade nas escolhas (mediante eleição, como nos

Estados Unidos, por exemplo, em alguns níveis hierárquicos), exatamente para que goze de maior autonomia política.

A transmutação do perfil institucional técnico do Judiciário para o político não deve passar desapercebida, pois, em relação aos tribunais superiores e aos do nível de segundo grau, há modelo de forte influência do Poder Executivo na escolha dos seus componentes, a ensejar práticas nada republicanas como tem sido noticiado pela mídia em tempos recentes.

A forma de seleção de ingresso na carreira (ainda restrita à apreensão de conteúdo técnico mediante concurso público) deve primar por algum mérito social, pois a remuneração atraente e o prestígio social do cargo nem sempre são inspirações que propiciam maior sensibilidade para o social além do apelo meramente corporativista.

O modo de ser mais democrático do procedimento dos processos estruturais pode propiciar mudança cultural na implementação das políticas públicas, com a criação de plataforma flexível e dialógica para que as controvérsias sejam resolvidas em observância à complexidade da situação, sem a aparente simplicidade de mera substituição do administrador pelo juiz, e muito além da litigância individual e da resistência recalcitrante do Poder Público, porque não se pode ignorar que esses processos estruturais têm intrínseca ligação com a conjuntura da Justiça Social.

É imprescindível que o Congresso Nacional avance na discussão do Projeto de Lei n. 8.058/2014, para que a intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas ocorra de maneira mais eficiente, dialógica, flexível e democrática.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **La nueva división de poderes**. [México]: Fondo de Cultura Eletrônica, 2011. E-book.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 09 de jan. 2017.

BONATO, Ariadne Nascimento da Silveira; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A Judicialização e o Ativismo Judicial no Âmbito das Políticas Públicas. In: SOUZA, André Peixoto de (Org.). **Estado, Poder e Jurisdição**. Rio de Janeiro: Editora Gazeta, 2015.

BRASIL. Projeto de Lei Ordinária n. 8.058/2014 (da Câmara dos Deputados). Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, 4 nov. 2014, p. 40. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD02014110800168000O.PDF#page=40>. Acesso em: 09 jan. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito jurídico de política pública em direito. In: _____. (Org.). **Políticas Públicas**: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 Maiores Litigantes**, Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2017.

DIAS, Jean Carlos. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINIZ, Eli. Uma perspectiva analítica para a reforma do Estado. **Lua Nova**. 1998, n. 45, p.29-48.

FALCÃO, Joaquim. **O Supremo**. Rio de Janeiro: FGV, 2015.

FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas Responsabilidades Sociais. In: _____ (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Lua Nova**. 1998, n.45, pp.49-95.

RODRIGUEZ, Caio Farah. **Juízo e imaginação**. São Paulo: Malheiros, 2016.

SANCHIS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo**(s). 4 ed. Madri: Trotta, 2009.

FORMATO *16x23cm*
TIPOGRAFIA *Linux Libertine 11/15*