A black and white photograph of a person riding a bicycle in a favela. The person is wearing a red shirt and is seen from behind. The background shows a building with corrugated metal walls and a tree. The image is overlaid with a semi-transparent red filter.

Desafios aos Direitos Fundamentais no Brasil Contemporâneo

Tássia A. Gervasoni | Iuri Bolesina | Felipe da Veiga Dias (Orgs.)

IMED

Inspira quem transforma



A analogia com “O Fausto” de Goethe tem condão especial nas considerações de abertura da presente obra que provoca “Os desafios aos Direitos Fundamentais no Brasil contemporâneo”. Lilith, no peculiar enredo desafiante dos Direitos Fundamentais a partir da experiência brasileira, exerce o personagem do Estado de Direito liberal como o paradigma temporal anterior à Constituição de 1988, sendo Fausto o personagem do descontínuo, a lacuna temporal entre o velho pré-1988 e o novo pós-1988 que insiste em deixar se encantar pelo individualismo exacerbado liberal, corrompendo a produção de sentidos do Estado Democrático de Direito brasileiro. Dito isso, a partir das celeumas da “justa medida temporal”, a Constituição brasileira de 1988, próxima de seu trigesimo aniversário, deflagra que os ímpetos e as promessas assumidas em terras brasileiras não se engajam (apenas) em uma narrativa histórica. O salto hermenêutico ratificado em 1988 de um Estado com aspectos pré-modernos, irrigado de controvérsias e discrepâncias com a democracia e os Direitos Fundamentais prometeu, a partir de uma legítima estrutura constitucional, desenvolver o Estado Democrático de Direito, permeando as sendas de um Estado Social não vivido no Brasil, declarando expressamente um vasto leque de Direitos Fundamentais. O passado é visto como lembrança viva das celeumas contemporâneas deflagradas pela dificuldade no constituir da Constituição e no (falta de) respeito pela estrutura basilar arquitetada pelo constituinte em 1988. A efetivação do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais, especificamente os Fundamentais Sociais, fica à mercê do enraizamento “à brasileira” de práticas político-jurídicas ainda pertencentes a Estados pré-modernos ou de modernidade recente. E a pré-modernidade-modernidade-recente no caso brasileiro, tem alusão direta na ausência de maturidade e pela corrupção de (dos) sentidos elencados na Constituição de 1988. A exemplo disso, as benesses trazidas pela Constituição de 1988 ficam(ram) no limbo entre a necessidade de efetivação da capacidade democrático-transformadora proposta e a planos político-jurídicos cimentados pelo modelo “pré-1988”, não consentindo que o Estado e, em específico, o Direito brasileiro dessem fluxo à transformação necessária decorrida na concepção de Estado de Direito e a inclusão do princípio Democrático na formação do Estado.



**Desafios aos
Direitos Fundamentais no
Brasil Contemporâneo**



COMITÉ EDITORIAL

Prof^ª. Dr^ª. Cecília Maria Pinto Pires

Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues

Prof. Dr. Jacopo Paffarini

Prof^ª. Dr^ª. Jaqueline Mielke Silva

Prof. Dr. José Renato Gaziero Cella

Prof^ª. Dr^ª. Leilane Serratine Grubba

Prof^ª. Dr^ª. Marília de Nardin Budó

Prof. Dr. Márcio Ricardo Staffen

Prof. Dr. Neuro José Zambam

Prof^ª. Dr^ª. Salete Oro Boff

Prof. Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Prof. Dr. Vinícius Borges Fortes

Prof. Dr. Mher Arshakyan

Desafios aos Direitos Fundamentais no Brasil Contemporâneo

Organizadores:

Tássia A. Gervasoni

Iuri Bolesina

Felipe da Veiga Dias

φ editora fi

Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Fontella Margoni

Fotografia de capa: @cristianhold/flickr

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

GERVASONI, Tássia A.; BOLESINA, Luri; DIAS, Felipe da Veiga (Orgs.)

Desafios aos Direitos Fundamentais no Brasil Contemporâneo [recurso eletrônico] / Tássia A. Gervasoni; Luri Bolesina; Felipe da Veiga Dias (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

519 p.

ISBN - 978-85-5696-347-5

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito, 2. Direitos fundamentais, 3. Estado, 4. Jurisdição. 5. Filosofia do direito I. Título.

CDD-340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	11
José Carlos Kraemer Bortoloti	

Direitos fundamentais e democracia na contemporaneidade

1.....	17
Aspectos jurídicos da cobrança de <i>royalties</i> no brasil pelo uso de cultivares de soja	
Belquize Pereira Ribas Brodt	
2.....	43
O direito à moradia como expressão da dignidade da pessoa humana e o entendimento do Supremo Tribunal Federal a partir do recurso extraordinário 407.688-8	
Carina Lopes Souza; Tássia A. Gervasoni	
3.....	69
O incidente de resolução de demandas repetitivas no código de processo civil de 2015 como reafirmação do princípio da isonomia e da segurança jurídica	
Carolina Pires Branco	
4.....	93
O estado de exceção: técnica de governo para a suspensão dos direitos fundamentais	
Ésio Francisco Salvetti	
5.....	113
A crise do estado face à questão dos refugiados e a proteção dos direitos humanos a partir do cosmopolitismo	
Fernando Hoffmam; Raquel Frescura Ceolin; Fernanda Siqueira Lemes	

6.....	135
Transnacionalidade, análise econômica do direito e direitos fundamentais	
Gustavo Polis	
7.....	153
A evolução do contexto histórico dos direitos humanos e a perspectiva na constituição federal brasileira	
Laureani Pazzini Silveira; Natã Dorneles Lopes; Rafael Trindade Ereno	
8.....	169
Análise argumentativa do habeas corpus 12.292 e a discricionarietà forte de Ronald Dworkin	
Gustavo Polis; Sabrina D. Staats; Fausto Santos de Morais	
9.....	185
Feminismo e direitos da mulher no estado democrático de direito: a constante luta pela igualdade de gênero	
Nariel Diotto; Tatiana Diel Pires; Raquel Buzatti Souto	
10.....	205
Os empecilhos do ativismo judicial ao princípio constitucional da segurança jurídica: uma análise acerca do <i>habeas corpus</i> 126.292 julgado pelo STF	
Wagner dos Santos; Tássia A. Gervasoni	

Jurisdição e processo

11.....	227
O sistema processual brasileiro e a necessidade de uma ruptura paradigmática: pela construção de um direito processual constitucional	
Fernando Hoffmam; Raquel Frescura Ceolin; Fernanda Siqueira Lemes	
12.....	251
O controle de constitucionalidade e os sistemas de controle difuso e concentrado dentro do ordenamento jurídico brasileiro	
Luana Bertasso; Laureani Pazzini Silveira; Fernanda Pinheiro De Lima	

Direitos civis na contemporaneidade

13.....	275
Liberdade de expressão e o direito à sátira no direito brasileiro: abusos, limites e tensões no Brasil contemporâneo	
Bruna Marques Wojahn; Iuri Bolesina	

14	299
Conceito e substituição de “produtos essenciais”: considerações em face do código de proteção e defesa do consumidor e do projeto de lei nº 7.768/2014	
Diogo Dal Magro; Valkiria Briancini	
15.....	313
Estatuto da pessoa com deficiência e uma (re)leitura de artigos específicos dos códigos civis de 1916 e de 2002: compatibilidade, avanços ou retrocessos	
Eduarda Dal Osto Oliveira; Caroline Ramires Moreira; Laura Oliveira Buss	
16.....	339
A teoria <i>queer</i> como paradigma de reconstrução das questões de gênero no direito contemporâneo	
Leonardo Abido; Iuri Bolesina	
17.....	359
Da privatização do serviço público de fornecimento de água: uma análise da responsabilidade civil das concessionárias pela legislação civilista e consumerista contemporânea e o entendimento do tribunal de justiça Do Rio Grande Do Sul	
Leonardo Losekann; Caroline Ramires Moreira; Laura Oliveira Buss	
18	379
O princípio da afetividade nas relações de família: análise do abandono afetivo a partir da dignidade da pessoa humana	
Tháбата S. C. de Souza; Djéssica Kossmann da Silva; Tamiris A. Gervasoni	

Direito penal, criminologia, vigilância e controle social

19.....	401
A (in)sustentabilidade do superencarceramento em massa e o papel do estado no uso da prisão preventiva	
Lucas da Silva Santos; Felipe da Veiga Dias	
20.....	421
Feminicídio: instrumento de proteção às mulheres ou mais uma medida de direito penal simbólico	
Anays Martins Finger; Sandro Luís Meinerz	
21.....	449
A aplicabilidade e a efetividade da qualificadora “feminicídio” no contexto jurisdicional gaúcho	
Caroline de Fátima Alvarez Vieira; Moisés Matusiak	

22	479
Mídia e construção social do ato infracional: uma análise do jornal <i>O Globo</i>	
Jaíne de Cássia Nunes Vieira; Patrícia Silveira da Silva	
23	501
A razoável duração do inquérito policial: perspectivas dogmática e jurisprudencial	
Leandro da Cruz Soares	

Apresentação¹

*José Carlos Kraemer Bortoloti*²

“Qual de nós pode, voltando-se no caminho onde não há regresso, dizer que o seguiu como o devia ter seguido?”

Fernando Pessoa

Sobre a árdua jornada dos Direitos Fundamentais no Brasil?
Lilith ainda (e muito) encanta *Fausto*!

Durante a narrativa de “*Noite de Walpurgis*”, dialogam Fausto e Mefistófeles. Fausto envaidecido questiona Mefistófeles: “- *Quem é aquilo?*”, referindo-se a uma belíssima mulher. Mefistófeles responde apreensivo: “- *Considera-a atento! Lilith é ela.*”. “- *Quem?*”, responde Fausto, com imediata inserção de Mefistófeles: “- *De Adão a esposa Primeira. Teme os seus cabelos de ouro, esse ornato com que singular brilha; quando neles enreda algum mancebo, da formosa prisão não o solta mais*”³.

Ao envaidecimento de Fausto não poderia chegar à compreensão de que dos belos cabelos de ouro de Lilith deveria permanecer em atenção, não caindo em tentação, conforme avisou Mefistófeles. Lilith, na tradição cabalística é uma lenda de um demônio com feições femininas, em Isaías XXXIV-14 “*faz menção a*

¹ O texto de apresentação e suas provocações vão ao encontro do que anteriormente lançamos aos intérpretes do Direito: MORAIS, Fausto Santos de; BORTOLOTI, José Carlos K. **A jurisdição constitucional e os desafios à concretização dos Direitos Fundamentais**. Coleção Diálogos sobre Estado, Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

² Prof. Dr. Escola de Direito - IMED

³ Mefistófeles referindo-se a Lilith. GOETHE, J. W. **Fausto**. Tragédia de Goethe. Tradução de Agostinho D’Ornellas. Coleção A obra-prima de cada autor, n. 13. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 184.

*Lilith, que a Vulgata traduz por Lâmia. Na Agada, Lilith aparece como um princípio de trevas que, unido a Adão, gera demônios, simbolizando assim os vícios que nascem da união do homem com a ignorância*⁴.

A analogia com “O Fausto” de Goethe tem condão especial nas considerações de abertura da presente obra que provoca “Os desafios aos Direitos Fundamentais no Brasil contemporâneo”. *Lilith*, no peculiar enredo desafiante dos Direitos Fundamentais a partir da experiência brasileira, exerce o personagem do Estado de Direito liberal como o paradigma temporal anterior à Constituição de 1988, sendo *Fausto* o personagem do descontínuo, a lacuna temporal entre o velho pré-1988 e o novo pós-1988 que insiste em deixar se encantar pelo individualismo exacerbado liberal, corrompendo a produção de sentidos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Dito isso, a partir das celeumas da “*justa medida temporal*”⁵, a Constituição brasileira de 1988, próxima de seu trigésimo aniversário, deflagra que os ímpetos e as promessas assumidas em terras brasileiras não se engajam (apenas) em uma narrativa histórica. O salto hermenêutico ratificado em 1988 de um Estado com aspectos pré-modernos, irrigado de controvérsias e discrepâncias com a democracia e os Direitos Fundamentais prometeu, a partir de uma legítima estrutura constitucional, desenvolver o Estado Democrático de Direito, permeando as sendas de um Estado Social não vivido no Brasil, declarando expressamente um vasto leque de Direitos Fundamentais.

O passado é visto como lembrança viva das celeumas contemporâneas deflagradas pela dificuldade no constituir da

⁴ D'ORNELLAS, Agostinho. Notas. In. GOETHE, J. W. **Fausto**. Tragédia de Goethe. Tradução de Agostinho D'Ornellas. Coleção A obra-prima de cada autor, n. 13. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 487.

⁵ “*Ela permite entrever, na verdade, o duplo temor suscitado pela ação coletiva: de uma parte, do lado do passado, o perigo de permanecer fechado na irreversibilidade do já advindo, um destino de carência ou de infelicidade, por exemplo, condenada a perpetuar-se eternamente*”. OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Élcio Fernandes. Revisão Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edusc, 2005, p. 38

Constituição e no (falta de) respeito pela estrutura basilar arquitetada pelo constituinte em 1988. A efetivação do Estado Democrático de Direito e dos Direitos Fundamentais, especificamente os Fundamentais Sociais, fica à mercê do enraizamento “à brasileira” de práticas político-jurídicas ainda pertencentes a Estados pré-modernos ou de modernidade recente.

E a pré-modernidade-modernidade-recente no caso brasileiro, tem alusão direta na ausência de maturidade e pela corrupção de (dos) sentidos elencados na Constituição de 1988. A exemplo disso, as benesses trazidas pela Constituição de 1988 ficam(ram) no limbo entre a necessidade de efetivação da capacidade democrático-transformadora proposta e a planos político-jurídicos cimentados pelo modelo “pré-1988”, não consentindo que o Estado e, em específico, o Direito brasileiro dessem fluxo à transformação necessária decorrida na concepção de Estado de Direito e a inclusão do princípio Democrático na formação do Estado.

Em meio a esta crise de sentidos, lúcida a contribuição de Friedrich Müller de que “o Estado de direito, os direitos fundamentais e a democracia se condicionam reciprocamente e necessitam uns dos outros. Nenhuma democracia funciona sem *State of Law* e sem garantias de liberdades eficazes”⁶. Quem sabe aqui esteja o ponto de reflexão que se deve partir para as deliberações sobre “*os desafios aos Direitos Fundamentais no Brasil contemporâneo*”.

A responsabilidade dos intérpretes que lançam provocações ao âmbito dos Direitos Fundamentais na presente obra, é de reduzir o vazio de sentidos atrelados ao engendramento deste núcleo elementar inserido no constituir da Constituição. Tal responsabilidade provou ser bem assumida pelos diversos autores que compõem a coletânea que segue, decorrente de mais um evento

⁶ Müller, Friedrich. **O novo paradigma do Direito**. Introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 137.

acadêmico realizado pela Escola de Direito da Faculdade Meridional – IMED, que por mais de uma década vem revelando pesquisadores de vanguarda e que contribuem de forma exemplar para o fomento à uma interpretação madura e contemporânea do Estado, da Democracia e dos Direitos Fundamentais e sua condição-de-possibilidade para o resgate do “*levar a sério*” a condição humana, por vezes – e muitas –, esquecida na lacuna formada entre o mundo da vida e o sistema.

Ao leitor, o desejo de que a diversidade de temas sofisticados organizados na obra, consigam auxiliar nas respostas necessárias para os diversos desafios inseridos na efetivação dos Direitos Fundamentais no Brasil. Dispensa-se, aqui, a apresentação individual dos autores e seus temas, deixando como meta ao leitor de adentrar nas temáticas e ser protagonista da responsabilidade de respeito aos Direitos Fundamentais, afinal, vocifera-se, com Ingo Wolfgang Sarlet que “*longe estamos de ter solucionado a miríade de problemas e desafios que a matéria suscita*”⁷.

Boa leitura.

Passo Fundo, RS, Brasil, Primavera de 2017.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 21.

**Direitos fundamentais e democracia na
contemporaneidade**

Aspectos jurídicos da cobrança de *royalties* no Brasil pelo uso de cultivares de soja

Belquize Pereira Ribas Brodt¹

1 Considerações iniciais

O desenvolvimento econômico é um tema que estará sempre em destaque, pois na medida em que o ser humano evolui, consecutivamente ocorre a necessidade de amparo jurídico para as partes envolvidas na relação de evolução, foi realizado um estudo acerca dos direitos humanos para destacar o surgimento da biotecnologia, o qual está elencado na quarta geração dos direitos humanos. Nesta geração, o presente trabalho trata de biotecnologia de soja, abordagens como esclarecer o que é uma biotecnologia, a forma como é regulada o patenteamento de um novo evento biotecnológico por parte da detentora que realizou as pesquisas, a proteção de novas cultivares, ou seja, a legislação destaca até onde o sojicultor está autorizado a utilizar o evento biotecnológico inserido na cultivar que ele adquiriu para seu plantio, a cobrança de royalties como meio de responder aos investimentos realizados em pesquisa de desenvolvimento de biotecnologia de cultivares de soja e a lei expressamente destaca a cobrança devida como meio de incentivar as empresas públicas e privadas para que continuem desenvolvendo novos eventos biotecnológicos, melhores, produtivos e que sigam atendendo as necessidades do mercado em sua atualidade. A

¹ Bacharel em Direito. UNICRUZ.

cobrança de royalties é uma discussão atual no ramo do agronegócio, mais acirrada pelo fato de que a multinacional Monsanto, além de ser a principal detentora de tecnologias transgênicas da soja, domina a maior parte do mercado de sementes de soja no Brasil. A referida empresa, através de um sistema que envolve toda a cadeia produtiva desse grão, lança mão de instrumentos que se concretizam em contratos de licenciamentos para os que utilizam a sua tecnologia, amarrando as partes contratantes, nestes estão elencados a porcentagem e meios de pagamento de royalties, assim como multas para sojicultores que não pagarem os devidos royalties ao utilizarem desta tecnologia em outras safras, diferentes daquela em que assinaram o termo de acordo de licenciamento com a detentora do evento biotecnológico, os aspectos jurídicos que amparam esta relação estão estruturados tanto na a Lei da Propriedade Industrial nº 9279/96 e a Lei da Proteção das Cultivares nº 9456/97 que surgiram baseadas na UPOV - União Internacional de Proteção de Vegetais a qual o Brasil aderiu na convenção de 1978, importante destacar o ano de adesão pois existem outras convenções da UPOV que regulamentam de forma diferenciada as cultivares como principal diferença quanto aos anos de validade da patente de uma cultivar, dentre outros aspectos. Diante todas as discussões atuais envolvendo a multinacional Monsanto e produtores de soja representados por Sindicatos, Associações buscou-se com este estudo entender como ocorre a cobrança e os aspectos jurídicos que regulamentam estas relações, as quais são de suma importância econômica para o Brasil.

2 A biotecnologia inserida no avanço dos direitos humanos

O homem, ao longo dos tempos, reivindica por seus direitos, muitas vezes pela luta, pleiteando para que os mesmos sejam evidenciados e reconhecidos de forma digna e justa. Antigamente o poder público, representado pela figura do Estado, era o que detinha perante o âmbito privado, representado pela

sociedade civil, grande poder. Mas, com o passar dos tempos houve grandes avanços com relação à valorização dos Direitos Humanos, e principalmente o reconhecimento desses direitos. Perez-Luño (2007 p.21), citado por (Mello 2014 p. 14), destaca que:

[...] um conjunto de faculdades e instituições que em cada momento histórico, concretizamos exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.

A emancipação da humanidade como civilização se deu no decorrer dos anos com a transformação dos direitos, os quais têm como marco a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1789. Com esta, pode-se afirmar, de fato e de direito o homem evoluiu, pois o mesmo passou a ter liberdade de agir, conforme sua vontade, mas em contrapartida era lhe imposto o dever de assumir seus atos.

Para entender melhor este aspecto da relação entre Estado de Direito e Direitos Humanos, muito bem se explica nas palavras de Bedin (2002), citado por Mello (2014 p.15):

[...] o centro do mundo político a partir dos séculos XVII e XVIII não é mais o Estado (o todo), como fora durante vários séculos, mas sim os indivíduos (as partes). [...] essa “revolução copernicana” entre o Estado e os indivíduos traz consigo a ideia de desigualdade entre os homens. [...] a inversão entre o Estado e os indivíduos conduz também ao câmbio entre a crença na origem natural do Estado e a crença na sua origem contratual. O Estado passa a ser compreendido não mais como sendo o resultado do desdobramento de comunidades menores, mas sim de um acordo entre os indivíduos [...] a inversão entre o Estado e os indivíduos desloca ainda o fundamento do poder. Até os séculos XVII e XVIII o fundamento do poder residia em Deus ou na tradição. A partir desse período passa a ser alicerçado no consenso dos indivíduos, ou seja, o poder somente será legítimo quando oriundo da nação. [...] todas essas inversões na representação do mundo político

conduzem a uma profunda mudança no mundo jurídico. Deixa-se, a partir desse momento, de privilegiar os deveres para declarar os direitos. Daí, portanto, o surgimento das Declarações de Direitos.

Vale salientar algumas características especiais que trouxe a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Para Ferreira Filho, estas características especiais consistem como direitos: *naturais*, estes por estarem vinculados com a natureza, por isso são necessariamente *abstratos e imprescritíveis*, pois não se perdem com o passar do tempo; são *inalienáveis*, pois ninguém pode abrir mão de sua própria natureza, ou seja, transferir para outro; são *individuais e universais*. Estes tratam da individualidade de cada um, como ente perfeito e isolado, logo estendem-se por todo o universo (Ferreira Filho, 1998: p. 22 - 23).

A universalidade, que se transcedeu com a declaração dos direitos humanos, permitiu para que houvesse maior discussão do povo da moralidade e concretização de seus direitos.

Algo indiscutível é a possibilidade do progresso técnico e científico, os quais, entende-se, ser maior que o progresso moral, ou seja, podendo esta ser alterada, pois a moral é formada pelo sistema de normas, comportamentos e crenças do ser humano com suas relações pessoais e interpessoais, portanto, podem ser reversíveis, já os progressos técnicos e científicos são irreversíveis.

Para explanar sobre direitos humanos, deve-se destacar que os mesmos foram divididos em quatro gerações que têm como paradigma a evolução da história. Neste trabalho será abordado a terceira e quarta geração as quais tratam sobre direitos ao meio ambiente e sobre a biotecnologia.

2.1 Primeira geração dos Direitos (Liberdade Pública e Direitos Políticos).

Esta divide o direito em duas partes: as liberdades e os poderes. As liberdades estão estabelecidas na Declaração dos

Direitos Humanos como capacidade de agir, independentemente do Estado intervir ou não, os poderes estão na relação do poder que o Estado tem em relação ao homem, para proteger os direitos do cidadão. A primeira geração enfrentou a questão do arbítrio governamental, com as liberdades públicas (Ferreira Filho, 1998, p. 15)

Pode-se entender liberdade como o direito de ir e vir, de agir ou não agir. Os tipos de liberdade podem ser de ordem geral, de segurança, de locomoção, de expressão da propriedade, de usar e dispor dos bens (Ferreira Filho, 1998, p. 23).

A liberdade está elencada no preâmbulo da Declaração dos Direitos Humanos, aprovada em 1948: “Considerando que o reconhecimento da 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”.

A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Estes limites só podem ser controlados por lei, o que está significativamente expresso no art. 6º da Declaração dos Direitos Humanos no Princípio da Isonomia, o qual tem como fundamento que todos são iguais perante a lei. Este princípio é de suma importância, pois pode ser usado em muitos âmbitos dos ramos do Direito. É visto como um símbolo da democracia, ressaltando-se que é elencado no art. 5º da Constituição Federal⁶.

Sob a ótica da tecnologia, esta Primeira Geração dos direitos humanos vincula-se a um conjunto de invenções, que facilitaram o acúmulo de riqueza, pois fizeram com que as classes sociais mais elevadas começassem a lutar de maneira para garantir seus bens e patrimônios, tais como o direito de propriedade.

2.2 Segunda geração dos direitos (direitos sociais, econômicos e culturais).

Estas estão mais voltada ao setor econômico e social, pois após a segunda guerra mundial, o que impactou foi o fato da jornada de

trabalho ser abusiva para mulheres e crianças, sem contar que não se falava em direitos para os trabalhadores, como férias, 13º salário, fundo de garantia, enfim, mulheres e crianças eram vistas como mão de obra barata.

A segunda geração surgiu em meio a extremos desníveis sociais (Ferreira Filho, 1998, p. 15). A continuidade do processo de desenvolvimento exigia uma urgente mudança nesta relação política e social, o que “suscitou uma batalha intelectual e política” (Ferreira Filho, 1998, p. 43).

O Estado é o sujeito passivo de direitos sociais, pois a Constituição Federal Brasileira de 1988 destaca tais direitos de forma clara e objetiva: proteção à saúde, elencada no art. 196; à educação no art. 205; à cultura no art. 215; à previdência social e ao desempregado no art. 201, inciso IV. Estes artigos são amparados através do Estado como forma de garantir à pessoa uma prestação de serviços. Esta preocupação fez surgir a relação de trabalho, como consequência, o direito tributário.

A segunda geração, aliada a primeira, lado a lado inscreveram a síntese dos direitos fundamentais elencados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que foi promulgada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948 (Ferreira Filho, 1998, p. 53).

2.3 Terceira geração dos direitos - direito ao meio ambiente - (direitos difusos, coletivos, individuais e homogêneos)

O grande marco desta geração está elencado na Declaração de Estocolmo, de 1972, a qual enuncia como primeiro princípio, dentre outros direitos, o direito ao gozo de condições de vida adequadas em um meio ambiente de tal qualidade, que lhe permita levar uma vida digna e gozar do bem estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. Na Declaração do Rio de Janeiro, de 1992, a formulação é mais sutil, pois no princípio I fala “Os seres humanos estão no centro das

preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”(Ferreira Filho, 1998, p. 62)

O que se percebe nesta etapa é a preocupação que se tem com o meio ambiente atrelada ao ser humano, para que se possa levar uma vida regrada de forma natural e sustentável, assim como a proteção do meio ambiente que é dever do Estado.

Por estes motivos são considerados como principais direitos desta geração: direito à paz, direito ao desenvolvimento, direito ao meio ambiente e o direito ao patrimônio comum da humanidade. Sendo que estes podem ser analisados como coletivos e individuais, uma vez que podem ser representados, como caso tem-se o mesmo direito para um grupo de pessoas, como exemplo, de dano ao meio ambiente causado por uma empresa de químicos, as vítimas podem se unir e ser representadas através de uma ação coletiva.

Desta maneira, o fundamento mais forte deste direito é o da solidariedade como sociedade dos povos.

A tutela dos direitos da solidariedade é uma das dimensões mais importantes da cidadania contemporânea, na medida em que promove a melhoria da qualidade de vida da população, assegurando-lhe meio ambiente equilibrado, serviços públicos eficientes, respeito à diversidade e proteção aos hipossuficientes. Daí a importância crescente da intervenção do Ministério Público para impor ao poder público e à sociedade civil medidas concretas que assegurem sua efetividade (Sarmiento, 2012, p.21).

A formulação de novos direitos nunca acabará, na medida em que se alinha uma parte, acaba surgindo novas áreas a serem exploradas. Neste viés, formou-se a necessidade de fazer nascer a quarta geração dos direitos humanos, pois alguns conceitos tratados nela continuam obscuros necessitando de compreensão e legislação para equipará-los.

2.4 Quarta geração dos direitos (direito da bioética e direito da informática)

Destaca-se a interferência do homem na alteração de processos vivos, no entanto, isto não é novidade, pois desde tempos imemoráveis os criadores de animais e agricultores buscavam melhorias para a qualidade animal e das plantas, através de cruzamentos realizados de forma rudimentar no âmbito familiar, as quais selecionavam os maiores e mais produtivos.

Conforme entendimento de Sartori *et al.* (1998, p. 67), que assim se expressaram:

Até um passado não muito distante, a semente era feita pelos próprios agricultores, a partir da seleção dos melhores espécimes, melhores culturas, em cada safra. Principalmente a partir dos anos 60, a comercialização de sementes com altíssima produtividade expande-se rapidamente em escala global [...]. A agricultura em sua forma mais avançada praticada pelos países industrializados, deixou de lado antiquíssimas práticas, como a rotação de culturas, a integração com a pecuária e a adubação com o esterco animal. E colocou no lugar os fertilizantes químicos e a especialização produtiva, que separou a pecuária da agricultura. Deixou de empregar também a tração animal, que cedeu lugar de forma crescente, à mecanização. Passou a plantar variedades vegetais de alto potencial produtivo, com sementes produzidas não mais na própria propriedade agrícola, como era costume, mas por empresas especializadas. Nos anos 70 este padrão se consolida com a Revolução Verde, que chegaria aos países pobres na forma dos “pacotes tecnológicos” e com a missão de acabar com a fome.

Logo entende-se que operadores do direito, juristas, tem papel fundamental e de suma importância para os agricultores nesta questão. Pois ao se analisar a evolução transcrita na geração dos direitos humanos, destaca-se a liberdade de agir das pessoas diante da intervenção do Estado, dos direitos fundamentais ao ser humano, como saúde, educação e previdência social, os quais o Estado tem o dever de garantir às pessoas. Também se tem a preocupação com o

meio ambiente e logo o desafio de amparar a técnica de melhoramento genético em organismos vivos, na medida em que novas tecnologias são regulamentadas através da Biossegurança. Para tudo isso, há a necessidade de termos conhecimento acerca dessas novas tecnologias, para dessa forma transmitir confiabilidade, segurança e seriedade à sociedade, que busca amparo jurídico e tranquilidade para operar os negócios econômicos.

Deve-se ainda salientar que é de suma importância uma visão integral dos direitos humanos, de forma indivisível, como indivisível é o próprio ser humano, titular destes direitos. Infelizmente ainda não se universalizou o devido respeito aos direitos humanos por todas as culturas e civilizações. Uma boa parcela da humanidade continua excluída dos direitos básicos fundamentais e continuará sendo, pelo menos enquanto permanecer a mesma estrutura da atual sociedade. Assim, como bem destaca (Mello, 2014. p. 27), o movimento de luta pelos direitos humanos que é histórico e atual não poderá deixar de acontecer.

Por essa ideologia de busca por igualdade e fazer o uso dos direitos fundamentais, a importância de entender o quão importante é, essa modalidade da quarta geração de direitos fundamentais, que é a da tecnologia de alimentos.

3 Cultivares de soja no Brasil e os aspectos legais que regulam novos eventos biotecnológicos

Abordando especificamente a soja, a mesma é cultivada em mais de 80 países, gerando um volume superior a 162 milhões de toneladas métricas de grãos, a soja representa a principal fonte de óleo e proteína para rações destinadas à alimentação animal.

A soja RR, obtida via transformação gênica (evento GTS 40-3-2), foi desenvolvida para ser tolerante ao herbicida glifosato (Roundup), visando permitir seu uso no controle das plantas daninhas. Tais variedades de soja possuem uma forma modificada da enzima 5-enolpiruvilchiquimato-3-fosfato sintase (EPSPS), que

possibilita a sobrevivência da leguminosa sob a aplicação do herbicida Roundup. O gene inserido nessas espécies foi extraído da bactéria natural do solo *Agrobacterium tumefaciens*, da estirpe CP4 (Costa, p. 179).

O alimento é raro e insuficiente na mesa de significativa parte da população do planeta, o que reforça ainda mais o propósito de suprir essa insuficiência, surgindo então a biotecnologia com uma ferramenta importante para suprir essa carência, embora a sua utilização ainda cause certo receio por parte da comunidade desenvolvida em alguns países.

E preciso ter em mente que toda a evolução tecnológica, de início, provoca certo desconforto em uma parcela da sociedade até que a tecnologia seja francamente dominada, segundo Valois (apud MONICA, 2015, p. 2).

As pesquisas biotecnológicas demoram muito tempo para ser colocadas no mercado, bem cita Costa (2003, p. 173):

[...] o campo de aplicação das tradicionais é significativamente reduzido em comparação com as modernas, que tem pretensão de atuar em áreas que vão desde o controle da população ambiental, passando pela reprogramação de plantas e animais com fins comerciais [...]

Ressalta-se também que a finalidade comercial da biotecnologia depende de um processo de registro da cultivar na qual está inserido algum evento biotecnológico, para que a mesma fique legalmente liberada para comercialização e esta envolve um grande número de agentes, dentre os quais se destacam os seguintes: a) Sojicultores de grande e pequeno porte e suas famílias que dependem desta renda para sobreviver e manter os demais membros da família; b) Cooperativas agropecuárias que empregam centenas de pessoas, desenvolvendo o serviço de armazenamento e comercialização de grãos; c) Empresas privadas de recebimento de grãos, na prestação de serviço fim semelhante às Cooperativas d) “Traidings” que desempenham um papel de intermediários entre as

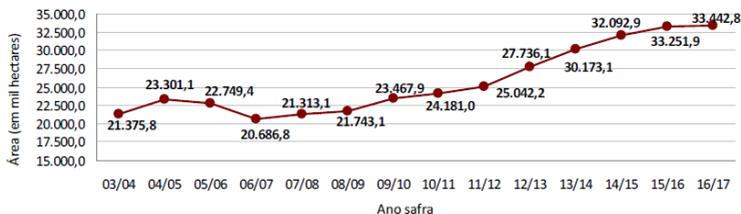
empresas fabricantes e as compradoras, que atuam para exportar e importar grãos; e) Os portos responsáveis pelo escoamento da soja, principalmente para a China, maior importadora de soja no mundo. Importante destacar que todos estes investem elevado capital para garantir que o produto chegue ao seu destinatário final, ou seja, os consumidores.

Neste contexto, do elevado número de agentes envolvidos, destacam-se os produtores rurais que ao adquirirem e cultivarem uma variedade de soja que contenha algum evento biotecnológico ou geneticamente modificado, estão sujeitos a uma relação de consumo, ou seja, necessidade de entender os direitos e deveres de quem fornece o produto.

Na utilização dos organismos vivos ou parte deles, consideradas tecnologias genéricas, elas geram efeitos que repercutem pelos mais diversos setores da economia, como bem destaca Zucoloto, (2013, p 189):

[...] seu desenvolvimento é oneroso e apresenta riscos financeiros (longo período de investimentos), técnicos (obtenção de uma solução técnica final e regulatórios (protocolos ou exigências a observar), estes últimos pertinentes à garantia da respectiva propriedade intelectual e/ou à aprovação da comercialização do respectivo produto, sua transferência tecnológica não é trivial, e está submetida a normas específicas das áreas da saúde, agropecuária e/ou meio ambiente.

A agricultura, especificamente a produção de soja, é uma das atividades mais rentáveis no Brasil atualmente. Para se ter uma breve ideia de área plantada e volume, seguem alguns dados, conforme levantamento da safra 2016/2017:



Fonte: Conab.

Gráfico 1: Dados de levantamento da safra 2016/2017

Fonte: Conab (Companhia Nacional de Abastecimento)

O gráfico apresentado representa o crescimento de área plantada no Brasil no decorrer dos anos, a soma de área total de soja no mundo é de 119 milhões de hectares. Conforme dados da Embrapa o Brasil está em segundo lugar na média da produção de soja do mundo, pois a produção é de 95,631 milhões de toneladas de soja enquanto que em primeiro lugar está os Estados Unidos com 33.109 milhões de hectares, inferior a área plantada mas superior a produtividade a qual é de 106.934 milhões de toneladas. O Brasil apresenta um somatório de 70.8 milhões de toneladas de soja exportado no exercício de 2016, ou seja, equivalente a U\$ 28,0 bilhões, o que transformado em moeda corrente nacional, totaliza R\$ 219 bilhões, que sem dúvida é um valor expressivo quando inserido no processo e na movimentação econômica do país².

A relevância na demonstração dessa informação de área plantada e valor de exportação é de que atualmente a maioria da soja comercializada é transgênica, ou seja, possui necessidade de pagamento de taxas ou já passaram pelo processo de registro e lapso temporal de patente.

Para estruturar a legalidade da biotecnologia no Brasil foram avaliadas as legislações de propriedade intelectual de outros países com foco em aspectos de patenteamento. Em termos de comparação com o caso brasileiro, analisaram-se exemplos como os Estados

² EMBRAPA SOJA, Soja em números, Safra 2015/2016, <https://www.embrapa.br/soja/cultivos/soja/dados-economicos> Acesso em 25/10/2016

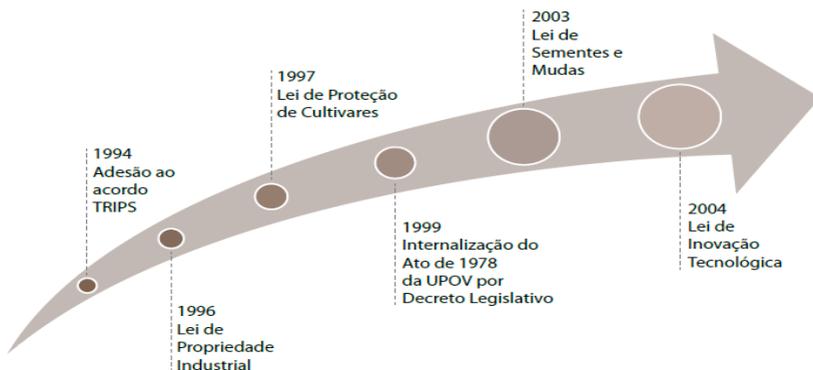
Unidos, Europa, Japão, Índia e China. Discutiram-se as principais legislações nacionais relacionadas ao patenteamento em biotecnologia, observando-se igualmente a existência de protocolos internacionais relativos ao uso e propriedade da biotecnologia, não raro com objetivos, escopos e mecanismos de implementação distintos (Zucoloto, 2013, p 189).

Para proteger a inovação tecnológica da criação de uma nova cultivar, que traz tanto benefício à sociedade, mas requer tanto esforço, os países criaram, em 1961, a UPOV (União Internacional para Proteção das Obtenções Vegetais), como explica cita Viana *et al.* (2011, p. 17):

O instrumento original, que estabeleceu a Convenção Internacional para Proteção das Novas Obtenções Vegetais e criou a UPOV, foi assinado em 2 de dezembro de 1961 e entrou em vigor em 1968. Posteriormente, foram realizadas revisões por meio de três atos adicionais: em 1972, 1978 e 1991. Ao se tornarem membros da UPOV, os países ou organizações intergovernamentais (como a União Europeia) se comprometem a adotar em sua legislação nacional o Ato em vigor. A partir do momento em que um novo Ato passa a vigorar, estabelece-se uma data limite para que as novas adesões à UPOV ainda possam ser efetuadas ao Ato anterior. Os membros existentes não têm obrigatoriedade de aderir ao novo Ato e permanecem signatários da versão anterior até que manifestem interesse espontâneo pela adesão ao Ato adicional e, neste caso, assumem o compromisso de compatibilizar sua legislação nacional com a nova versão.

Esta proteção aliada aos custos para criação e desenvolvimento de uma nova cultivar, possibilitou que a iniciativa privada entrasse fortemente no melhoramento genético, ou seja, na criação de novas cultivares.

Principais marcos legais relacionados a Proteção de Cultivares no Brasil:



Fonte: **Proteção de Cultivares no Brasil**, 1ª ed. Brasília: MAPA/ACS, 2011

Quando um país adere à UPOV obtém a garantia de que os direitos dos obtentores de novas cultivares serão respeitados pelos demais países que tenham aderido ao Acordo e, reciprocamente, também se comprometem a respeitar os direitos dos obtentores dos demais países. A possibilidade de adesão à Ata de 1978 se encerrou no primeiro semestre de 1999. Os últimos países a terem aderido a essa Ata foram China, Quênia, Bolívia, Panamá e Brasil.

A Lei de Proteção de Cultivares (LPC) do Brasil também é baseada na convenção de 1978, embora possua elementos da convenção de 1991, incluindo, por exemplo, a questão da variedade essencialmente derivada. Um dos pontos do debate atual é tomar como referência a convenção de 1991. Entre outras coisas, essa nova versão seria mais clara em relação aos direitos dos obtentores, fato que alguns consideram ser importante para se combater o mercado paralelo de sementes e para incentivar os investimentos para o desenvolvimento de novos cultivares FUNCK *et al* (2008, p.44).

Diferença relevante na importância da data de ingresso do Brasil na convenção de UPOV está citada por VIANA *et al*. (2011, P. 20):

Os países da América do Sul possuem suas leis como base na convenção da UPOV 1978 a qual protege as novas cultivares por 15 anos até a semente, ou seja, o agricultor pode utilizar seu próprio grão como semente. Entretanto toda semente de uma cultivar protegida, para ser comercializada, deve ter licença do seu respectivo obtentor. Por outro lado, a proteção pela convenção da UPOV de 1991, protege novas cultivares por 20 anos até o grão, ou seja, caso o agricultor queira utilizar seu próprio grão como semente, deve pagar algo para aquele obtentor que criou ou desenvolveu variedade, assim como o uso de patentes se tornou bastante comum para proteção das inovações.

Aspecto importante das convenções da UPOV que deve ficar clara é quanto ao período de vigência da patente:

Dispositivo	Ato 1978	Ato 1991
Cultivar Essencialmente Derivada	Não prevista	A comercialização de cultivar essencialmente derivada de cultivar protegida requer autorização do detentor dos direitos de proteção sobre a cultivar inicial
Privilégio do Agricultor	Não previsto (implícito na definição de <i>minimum exclusive rights</i>)	Permitido, desde que dentro de limites estabelecidos e preservado o legítimo interesse do detentor do direito de proteção
Período mínimo de proteção	18 anos, para espécies arbóreas e videiras; 15 anos, para as demais espécies	25 anos, para espécies arbóreas e videiras; 20 anos, para as demais espécies

Fonte: **Proteção de Cultivares no Brasil**, 1ª ed. Brasília: MAPA/ACS, 2011

A patente é uma das formas mais robustas de se proteger uma inovação tecnológica, pois a proteção vai até o produto industrial. Pode-se considerar que aquele que utiliza material patentado contribui compulsoriamente com o dono da patente. Contudo, a disposição estende o mesmo direito aos cessionários ou aquele a quem a lei, contrato de trabalho ou prestações de serviços determinar que pertença a titularidade, não basta alguém considerar-se inventor ou autor de algum modelo de utilidade. É

necessário que sejam preenchidos três fatores: a) novidade, b) atividade inventiva c) aplicação industrial, Strenger (1996, p. 10).

A concessão e vigência da patente conforme a Lei 9.456/97, conhecida como LPC, baseada na convenção da UPOV de 1978, elenca o art. 11:

Art. 11. A proteção da cultivar vigorará, a partir da data da concessão do Certificado Provisório de Proteção, pelo prazo de quinze anos, excetuadas as videiras, as árvores frutíferas, as árvores florestais e as árvores ornamentais, inclusive, em cada caso, o seu porta-enxerto, para as quais a duração será de dezoito anos.

O tempo começa a contar desde o momento em que o processo é recebido no órgão pertinente do governo, passando por etapas de biossegurança, registro de cultivares e a produção de semente com todas as suas categorias, o que requer, em média, os 10 anos. Neste tempo a empresa detentora da patente busca ressarcir-se de todos os custos envolvidos e ter um percentual para continuar pesquisando. Na Lei da Proteção das Cultivares, Lei nº 9.456/97 este processo do pedido de proteção, trâmites, estão bem elencados:

Art. 13. O pedido de proteção será formalizado mediante requerimento assinado pela pessoa física ou jurídica que obtiver cultivar, ou por seu procurador, e protocolado no órgão competente. [...] Art. 14. Além do requerimento, o pedido de proteção, que só poderá se referir a uma única cultivar, conterá: I - a espécie, botânica; II - o nome da cultivar; III - a origem genética; IV - relatório descritivo mediante preenchimento de todos os descritores exigidos; V - declaração garantindo a existência de amostra viva à disposição do órgão competente e sua localização para eventual exame; VI - o nome e o endereço do requerente e dos melhoristas; VII - comprovação das características de DHE, para as cultivares nacionais e estrangeiras; VIII - relatório de outros descritores indicativos de sua distinguibilidade, homogeneidade e estabilidade, ou a comprovação da efetivação,

pelo requerente, de ensaios com a cultivar junto com controles específicos ou designados pelo órgão competente; IX - prova do pagamento da taxa de pedido de proteção; X - declaração quanto à existência de comercialização da cultivar no País ou no exterior; XI - declaração quanto à existência, em outro país, de proteção, ou de pedido de proteção, ou de qualquer requerimento de direito de prioridade, referente à cultivar cuja proteção esteja sendo requerida; XII - extrato capaz de identificar o objeto do pedido.[...] Art. 16. O pedido de proteção, em extrato capaz de identificar o objeto do pedido, será publicado, no prazo de até sessenta dias corridos, contados da sua apresentação. Parágrafo único. Publicado o pedido de proteção, correrá o prazo de noventa dias para apresentação de eventuais impugnações, dando-se ciência ao requerente.[...] Art. 19. Publicado o pedido de proteção, será concedido, a título precário, Certificado Provisório de Proteção, assegurando, ao titular, o direito de exploração comercial da cultivar, nos termos desta Lei.

Quanto aos principais direitos que a patente confere ao titular da mesma é o poder que o mesmo têm em atribuir para outrem a concessão de uso do objeto patenteado, a concessão da patente é imutável, bem destaca Strenger (1996, p. 14):

O principal direito que a patente confere ao titular é de impedir terceiro, sem seu consentimento, de produzir, usar, colocar a venda, vender ou importar com estes propósitos o produto objeto de patente ou o processo ou o produto obtido diretamente por processo patenteado. Ressalta-se, porém, que no caso de alegação por parte de terceiro de que o processo patenteado não corresponde aquele com o qual obteve o seu produto, não haverá a possibilidade de dirimir essa questão por meio administrativo. A explicação somente se convalidará se provier de sentença judicial específica à determinação. Vale dizer que para o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI a concessão da patente ao seu pretendente é imutável administrativamente para satisfazer interesses de terceiros que queiram sustentar eventuais direitos em relação à invenção de processos já patenteados.

Outro aspecto da proteção da patente é que não tem exceção do melhorista, ou seja, só se pode começar a utilizar livremente um material patenteado para criação de cultivares após o vencimento da patente.

Para um melhor entendimento do processo dos direitos das detentoras, empresa que desenvolveu o gênese, a mesma licença para as empresas de melhoramento genético, e estas incorporam este gene em um germoplasma adaptado, logo recebem *royalties* dos produtores pela variedade da cultivar que desenvolveram.

Como bem salienta (Zucoloto, 2013, p. 193):

No caso brasileiro, como em muitos outros países, compreender como as possibilidades de inovações biotecnológicas se articulam e como podem ser mobilizadas para promover soluções a problemas reais exige um entrosamento inédito de parte dos diferentes atores envolvidos nas questões regulatórias correlatas; algo não trivial, e ainda não atingido. Incentivos ao desenvolvimento tecnológico, patenteamento e licenciamento de tecnologias de instituições de pesquisa, responsáveis por parte significativa do desenvolvimento em biotecnologia, assim como fomento a parcerias e às empresas privadas, parecem necessárias para promover o desenvolvimento das biotecnologias no país.

O *royalty* é uma prática comumente utilizada entre as empresas e que serve como fonte de recursos para retroalimentar a pesquisa genética vegetal no país, serve como uma compensação financeira pelo uso autorizado de determinada tecnologia.

O produtor sempre poderá escolher quando for adquirir uma semente, em adquirir uma transgênica ou não.

No Brasil, com a lei de proteção de cultivares baseado na convenção da UPOV de 1978, o *royalty* é pago pelo produtor de sementes que licencia junto a um obtentor a comercialização das sementes de uma cultivar melhorada. O *royalty* pode ser cobrado inclusive sobre o grão utilizado como semente.

No Brasil, há materiais protegidos por patentes, cujo o uso implica em um pagamento conhecido como Taxa Tecnológica (TT).

A coleta da TT referente a soja RR, como falado anteriormente, cuja patente desta tecnologia já se encontra vencida, foi na moega e, assim também está sendo comercializada a realização da soja RR2Bt, cuja a patente encontra-se vigente. No país, as negociações envolveram a indústria (moega), os agricultores e os produtores de sementes (Multiplicadores).

Para melhor entender como funciona na prática esta cobrança, segue a explicação do Pesquisador, José Ruedell³: Em 1º momento o que se tem é o evento biotecnológico, exemplo RR2Bt, como exposto na página 08 deste artigo, por Sartori *et al.* (1998, p. 57). Este “evento biotecnológico” no caso é de propriedade Monsanto, a qual detém “Direitos sobre o evento”; 2º A Monsanto autoriza contratualmente empresas que trabalham com Melhoramento Genético para que possam introduzir este evento numa nova cultivar de soja, exemplo empresa CCGL que desenvolveu as cultivares: TEC 6029, TEC 7849, entre outras; 3º A CCGL, por sua vez, também via contrato, autoriza um Produtor de Sementes para multiplicar essa nova cultivar, exemplo: Cotrijuc, Cotrisal, que no final da cadeia venderão as sementes multiplicadas para os produtores rurais.

Exemplo do que exatamente o produtor rural irá pagar ao adquirir a cultivar:

TEC 6029 SACO DE 40Kg			
EXEMPLOS	DETÉM:	DESCRIÇÃO	VALOR
1º MONSANTO	EVENTO BIOTECNOLÓGICO	TAXA TECNOLÓGICA	R\$ 130,00
2º CCGL COOPERATIVA CENTRAL GAÚCHA LTDA	VARIEDADE	ROYALTIES	R\$ 10,00

³ Entrevista pessoal: Ruedell, José 2016, Pesquisador da CCGL TEC – Cooperativa Central Gaúcha Ltda.

3º COTRIJUC COOPERATIVA TRITICOLA DE JÚLIO DE CASTILHOS	PRODUTO FINAL Matéria prima - grão mais custo de produção	GANHO FINAL COMERCIALIZAÇÃO	R\$140,00
4º PRODUTOR - SOJICULTOR TOTAL:			R\$ 300,00

Fonte: Entrevista pessoal: Ruedell, José 2016, Pesquisador da CCGL - Cooperativa Central Gaúcha Ltda.

Há um consenso de que a lei de proteção de cultivares, que foi aprovada pelo governo, com a finalidade de amparar legalmente o aumento de disponibilidade de materiais superiores aos agricultores, foi uma das melhores ferramentas utilizadas para incrementar a produtividade dos cultivos. Assim, para dar continuidade ao processo, prevê-se pagamento de *Royalty* e Taxas Tecnológicas para os Obtentores de novas cultivares e para os criadores de eventos biotecnológicos, respectivamente. Considera-se *Royalty* o pagamento que um Produtor de Semente paga ao Obtentor para ter a licença de multiplicação de uma determinada variedade, enquanto Taxa Tecnológica é paga por uso de um evento patenteado. A proteção de cultivares, de acordo com a convenção da UPOV de 1978, vai até a semente, enquanto a proteção da patente vai até o grão. Como o royalty é sobre proteção de cultivares, no Brasil, quem paga é o Produtor de Sementes, enquanto a Taxa Tecnológica, que é sobre material patenteado, pode ser paga pelo agricultor⁴.

A importância da indústria, dos cerealistas e das cooperativas que recebem o grão produzido pelo agricultor, no contexto, cobram a TT daquele agricultor, sob forma de multa, que não recolheu a referida Taxa Tecnológica quando comprou a semente ou por que a havia multiplicado ele próprio. Essa cobrança as empresas

⁴ PESKE, 2005, artigo, questionário: <http://www.seednews.inf.br/portugues/seed94/consultas94.shtml> Acessado em 25/10/2016

receptoras de grãos a fazem à serviço da empresa detentora da patente biotecnológica.

Num processo normal, o Produtor de Sementes emite um boleto para que o agricultor faça o recolhimento da TT, quando não está embutido no próprio valor da semente. Neste último caso é o Produtor de Semente que repassa o valor ao dono da patente.

Para ficar claro, após o exemplo citado acima nota-se que há duas leis primordiais que amparam estes direitos no Brasil:

O exemplo da Monsanto, possuidora da patente do evento biotecnológico é amparado pela Lei 9279/96, que trata da Propriedade Industrial, ou seja, protege os direitos relativos desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade. Conforme o art. 1º da referida Lei, a **finalidade da lei é garantir a exclusividade da exploração da propriedade industrial**, possibilitando ao inventor produzir a invenção sozinho, garantindo alta produtividade, ou licenciar o uso, permitindo que outras empresas o produzam. Através da licença de uso o inventor garante o recebimento de uma remuneração, chamada de royalties.

Conforme reza a referida lei dá direitos ao possuidor da patente:

Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: I - produto objeto de patente; II - processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado. § 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo. § 2º Ocorrerá violação de direito da patente de processo, a que se refere o inciso II, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente.

Os bens protegidos pela Lei de Propriedade Industrial, classificados como bens móveis, são os seguintes: **invenção, modelo de utilidade, desenho industrial e marca.**

Já os direitos da CCGL, empresa que desenvolveu a cultivar através do evento tecnológico da Monsanto, estão amparados pela Lei da Proteção de cultivares, Lei 9.456/97, a qual conforme Art. 4º: É passível de proteção a nova cultivar ou a cultivar essencialmente derivada, de qualquer gênero ou espécie vegetal. Os artigos dispostos a seguir da referida Lei expressam os direitos das detentoras desta cultivar:

Art. 8º A proteção da cultivar recairá sobre o material de reprodução ou de multiplicação vegetativa da planta inteira. Art. 9º A proteção assegura a seu titular o direito à reprodução comercial no território brasileiro, ficando vedados a terceiros, durante o prazo de proteção, a produção com fins comerciais, o oferecimento à venda ou a comercialização, do material de propagação da cultivar, sem sua autorização.

Após este entendimento da relação de comercialização passe-se para as situações jurídicas atuais destas relações, as primeiras ações foram propostas pela APROSOJA⁵ reclamando o vencimento do período de vigência da patente da cultivar Roundup Ready (RR1) a qual havia vencido em no ano de 2010 e em meados de 2012 as ações foram propostas, estas já estão pacificadas, as cobranças foram suspensas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Após estas, surgiram outras demandas com relação a RR2 PRO, a patente desta está vigente até 2026, as alegações nos processos são com relação a cobrança de royalties ocorrer em duplicidade, neste entendimento foi deferido liminar concedendo a suspensão da devida cobrança e posteriormente esta liminar foi cancelada após a Monsanto recorrer, pois o que ocorre é que no contrato de licenciamento assinado pelas partes está uma quantia x

⁵ APROSOJA: Associação de Produtores de Soja do Rio Grande do Sul.

de sementes, dispostas para plantio daquele ano, exemplo, 2016, o sojicultor não pode reservar sementes de 2016 e replantar em 2017, ele deverá pagar novamente pelo evento biotecnológico inserido naquela cultivar a qual está com a patente vigente, logo é legal o sojicultor adquirir anualmente, pagar os royalties do que pagar uma multa bem mais elevada na moeda por ter reservado da safra anterior.

4 Considerações finais

Através do presente estudo pode-se resgatar parte do processo de evolução dos direitos humanos, notando-se que ela foi gradativa em conformidade com as necessidades das pessoas. Entende-se também que as novas demandas jurídicas surgem após sanar parte das atuais e consecutivamente, conforme bem salienta o conceito de desenvolvimento dos direitos humanos. Desta maneira, como se está vivenciando a quarta geração desses princípios, nada mais justo do que abordar neste contexto os embates jurídicos que estão em pauta, referentes a um dos negócios mais rentáveis para o Brasil, os direitos autorais sobre cultivares e eventos biotecnológicos de espécies cultivadas, particularmente da cultura da soja.

Escolher este tema dos aspectos de cobrança de Royalties e pagamento de Taxas Tecnológicas sobre cultivares de soja, em especial da RR1 num passado recente e da atual INTACTA RR2 PRO, foi justamente por ter sido esta a grande discussão de sojicultores, representados por sindicatos e associações de produtores e consecutivamente por seus(as) advogados(as), que prestaram amparo jurídico para fundamentar a possível ilegalidade da cobrança que estava sendo realizada após a cessão do direito autoral do evento RR1 e num segundo momento após a sentença judicial. Pode-se constatar o quanto é importante a fiscalização, ou seja, o acompanhamento do registro e andamento temporal da validade

destas patentes, num segmento tão importante economicamente para o país e os consequentes valores ali envolvidos.

Mas após a realização deste estudo nota-se que o direito é uma cultura que se cria em função do que existe, ou seja, conforme as demandas que se apresentam, concluindo-se de que há necessidade de se ter amparo e que se deve considerar sempre o princípio da isonomia para o equilíbrio das relações comerciais.

Atualmente a discussão que se tem é quanto a cobrança da semente que o produtor salva após a colheita, ou seja, ele pagou pela tecnologia no momento em que comprou a semente, e questiona o pagamento à detentora quando entregar na moega nas produções das futuras safras? Por outro lado, a empresa detentora do evento alega que o direito não cessa após a primeira safra, estendendo-se por tantos anos quantos previstos pela lei das patentes.

De fato, pagar na moega sobre uma taxa recolhida na compra da semente configuraria duplicidade, mas replicar *ad eternum* e quantidades cada vez maiores de cultivares de eventos biotecnológicos cujos processos estão patenteados, parece configurar pirataria. De qualquer forma, esse cenário merece um aprofundamento maior para esclarecer melhor os futuros embates jurídicos que se seguirão.

5 referências

BARROS, Wellington Pacheco, **Curso de Direito Agrário**. 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015

BASTOS, Aurélio Wander, **Propriedade Industrial**. 1ed. Rio de Janeiro, Liber Juris, 1991

BRASIL. **Lei nº 9279, de 14 de maio de 1996**, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm Acesso em 20/05/2017

BRASIL. **Lei nº 9456, de 25 de abril de 1997**, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9456.htm Acesso em 22/05/2016

CONAB. Companhia Nacional de Abastecimento, 2016: **Acompanhamento da safra brasileira de grãos**. Disponível em: http://www.conab.gov.br/OlalaCMS/uploads/arquivos/16_10_21_15_32_09_safra_outubro.pdf Acesso em: 25 de outubro 2016.

COSTA, Neuza; CARVALHO, Vinicius. **Biotecnologia e Nutrição**. São Paulo, Prol, 2003

EMBRAPA. Empresa brasileira de Pesquisa Agropecuária, **Soja em números**, 2016. Disponível em: <https://www.embrapa.br/soja/cultivos/soja1/dados-economicos> Acesso em: 25 de outubro de 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, **Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa**, 3ed. Curitiba: Positivo 2004.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. et. all. **Liberdades Públicas** São Paulo, Ed. Saraiva, 1978. <http://principios-constitucionais.info/principio-da-isonomia.html>

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FUCK, Marcos Paulo; BONACELLI, Maria Beatriz; CARVALHO, Sérgio Paulino de. **Propriedade intelectual e melhoramento vegetal: Brasil e Argentina frente as possibilidades de mudanças institucionais**, artigo publicado no Instituto de economia agrícola em 12/06/2008. <http://www.iewa.sp.gov.br/ftpiewa/publicacoes/tec5-0908.pdf> Acesso em 25/10/2016

MARINHO, Maria Edelvacy P. **Propriedade Intelectual e Meio Ambiente**. 1ed. Brasília: Dreams, 2012

MELLO, Eliane S.O. **Direito ao Desenvolvimento e a Produção Local: O Plantio Direto da Soja Como Uma Alternativa de Geração de Renda e De Melhor Qualidade de Vida**. Dissertação para obtenção de grau de Mestre,

Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul –
UNIJUI, 2014

MONICA, **Bioética e plantas transgênicas (en portugués)**, 2015, artigo publicado no Programa cooperativo de Investigación, Desarrollo e Inovación Agrícolas para Los Trópicos Suramericanos em 09/10/2015. <https://proctropicos.org.br/articulo/estrategia-do-uso-de-plantas-transgenicas-en-portugues/> Acesso em 25/10/2016

PESKE, Marilanda Becker, **SEED NEWS A revista internacional de sementes**, 3 ed. Peske, 2016

PESKE, Marilanda Becker, **SEED NEWS A revista internacional de sementes**, 4 ed. Peske, 2015

RUEDELL, José, **Entrevista pessoal**, 2016, realizada em 05/09/2016.

SARMENTO, George. **Geração dos Direitos Humanos e os Desafios de sua Efetividade.** Artigo, Jusbrasil, 2012 <https://georgesarmento.jusbrasil.com.br/artigos/121941965/geracoes-dos-direitos-humanos-e-os-desafios-de-sua-efetividade>

SARTORI, Armando; RODRIGUES, Lia; **Agricultura & Modernidade**, 1 ed. São Paulo: 1998

SCOTTINI, Alfredo. **Dicionário escolar da língua portuguesa**, Blumenau: 1998

STRENGER, Irineu. **Marcas e Patentes**, 1.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996

VALOIS, A. C. C. **Possibilidade de uso de genótipos modificados e seus benefícios.** Brasília: Embrapa Informação Tecnológica, 2003.

VIANA, Álvaro, NOGUEIRA, Ana, **Proteção de Cultivares no Brasil**, 1º ed. Brasília: MAPA/ACS, 2011

ZUCOLOTO, Graziela Ferrero. **Propriedade Intelectual e Aspectos regulatórios em Biotecnologia**, 1 ed. Rio de Janeiro: Ipea, 2013.

O direito à moradia como expressão da dignidade da pessoa humana e o entendimento do Supremo Tribunal Federal a partir do recurso extraordinário 407.688-8

*Carina Lopes Souza*¹

*Tássia A. Gervasoni*²

Introdução

A partir da edição da Emenda Constitucional n° 26, no ano de 2000, a moradia passou a integrar o rol dos direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição Federal, conquistando assim reconhecimento pleno na ordem jurídica brasileira. Com a previsão constitucional de um direito à moradia vislumbrou-se a necessidade de uma tutela jurisdicional. Diante deste contexto, o presente trabalho se dedica a construção de uma análise crítica acerca da jurisdição constitucional no que se refere à tutela deste direito fundamental.

Nesse sentido, dividiu-se o texto em três blocos. Inicialmente, atenta-se para o reconhecimento internacional da moradia como direito humano a partir dos instrumentos jurídicos de proteção

¹ Acadêmica do 6º semestre do curso de Direito da IMED.

² Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com período de doutorado sanduíche na Universidad de Sevilla. Mestre em Direito pela UNISC. Coordenadora da Pós-Graduação lato sensu em Direito na IMED - Passo Fundo. Advogada.

elaborados no transcorrer do século XX, com ênfase às disposições contidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Entende-se que a partir desta previsão internacional, o direito brasileiro passa a recepcionar a moradia na condição de direito fundamental social.

Em um segundo momento, constrói-se uma delimitação conceitual à moradia, com vistas aos aspectos terminológicos. Traçada a linha conceitual, parte-se a definição do conteúdo deste direito atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana e à teoria do mínimo existencial. Explora-se ainda a sua condição de direito fundamental, em especial, no que tange à aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, assim como os contornos de sua eficácia.

Por derradeiro, na terceira parte, examinam-se as dimensões positiva e negativa do direito à moradia, direcionando especial atenção à dimensão negativa que enuncia um caráter defensivo deste direito. Nessa perspectiva, analisa-se o entendimento jurisprudencial, sobretudo no que diz respeito à atuação do Supremo Tribunal Federal em decisão do recurso extraordinário nº 407.688-8, que versa sobre a penhora do imóvel residencial do fiador de contrato de locação. Atenta-se para a adequação da decisão prolatada pela Suprema Corte, especialmente, à luz dos princípios constitucionais da isonomia e proporcionalidade.

O presente artigo utilizou-se do método de abordagem dedutivo, partindo de uma análise geral dos contornos de um direito fundamental à moradia para, posteriormente, examinar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal na decisão do recurso extraordinário 407.688-8. Empregou-se ainda, os métodos de procedimento histórico e monográfico, realizando-se inicialmente um apanhado histórico do processo de reconhecimento e consolidação da moradia como direito humano, para em seguida dirigir-se à análise e compreensão deste direito na ordem jurídica brasileira. Por fim, utilizou-se como técnica de pesquisa a

documentação indireta por meio da pesquisa bibliográfica em livros, periódicos, artigos e estudo jurisprudencial.

1 Instrumentos jurídicos de reconhecimento e proteção ao direito à moradia

Os direitos econômicos, sociais e culturais emergiram da denominada segunda dimensão de direitos, no final do século XIX, alcançando reconhecimento no cenário internacional a partir dos movimentos constitucionalistas do século XX, que buscaram consagrá-los em um número significativo de constituições (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014). Tratam-se de direitos indispensáveis à manutenção de condições dignas de existência, a exemplo disso destaca-se a moradia, objeto de análise do presente estudo.

Os instrumentos internacionais de proteção elaborados no século XX inseriram os direitos econômicos, sociais e culturais na ordem jurídica mundial. Notadamente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) conferiu-lhes maior proteção e segurança jurídica, em seu artigo XXV resguardou elementos essenciais a um padrão de vida digno, referindo-se inclusive à habitação. Embora o conteúdo jurídico da moradia transcenda o conceito de habitabilidade³, a previsão normativa contida na declaração constituiu marco inicial do processo reconhecimento deste direito.

Desde então, observou-se a consolidação da moradia como direito humano universal indispensável à garantia da dignidade da pessoa humana. Os tratados internacionais elaborados após 1948 reafirmaram o compromisso dos Estados em promover e proteger este direito. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado por cerca de 160 nações incluindo o Brasil, enuncia um extenso catálogo de direitos, dentre os quais está

³ Esta distinção será explorada no tópico seguinte, tendo em vista integrar a análise da delimitação conceitual do direito à moradia.

à necessidade da manutenção de condições à moradia digna (PIOVESAN, 2012). O artigo 11 prevê cooperação ativa dos Estados signatários na consecução desse direito:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento (PIEDESC, 1966, p. 4).

Oportuno destacar a participação ativa da Organização das Nações Unidas - ONU na elaboração de documentos legais que conferiram maior respaldo jurídico ao processo de reconhecimento e consolidação do direito à moradia. Neste contexto, a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos - Habitat I, realizada em 1976, promoveu políticas e estratégias de desenvolvimento de moradias alinhadas à temática da sustentabilidade. Destaca-se ainda, a expressiva contribuição da Agenda Habitat II, em 1996, à delimitação do conteúdo e extensão deste direito. Em que pese o direito à moradia interligar-se a uma série de garantias jurídicas, a Conferência Habitat II sistematizou diretrizes conceituais indispensáveis a sua efetivação, assim como, estabeleceu procedimentos hábeis aos Estados signatários na intenção oferecer soluções a problemática dos assentamentos humanos precários (FACCHINI, 2015a).

Os documentos de caráter regional apresentaram maior timidez quanto à proteção legal de um direito à moradia. Verifica-se ter sido na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia em 2000 a primeira previsão expressa à moradia em âmbito regional. Em seu artigo 34 a carta resguarda o direito a uma assistência social

que assegure existência condigna aos hipossuficientes, sobretudo no que se refere às necessidades habitacionais.

Nessa perspectiva, observa-se ser inequívoco o reconhecimento e previsão do direito à moradia na ordem jurídica mundial. A partir do desenvolvimento de instrumentos normativos de caráter internacional e regional a moradia passou a ser objeto de maior proteção jurídica e, progressivamente, foi recepcionada pelo direito constitucional interno.

No que se refere ao direito pátrio, percebe-se que mesmo diante do reconhecimento, em âmbito internacional, da moradia como direito humano universal, sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro é recente. O texto constitucional teceu referências implícitas à moradia ao disciplinar direitos correlatos. Observa-se que ao definir como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a implementação de políticas públicas que visem a melhoria das condições habitacionais e de saneamento, o texto constitucional salvaguarda o direito à moradia digna. Além disso, cabe lembrar que o artigo 5º, inciso XI da CF resguarda o domicílio de eventual violação, pois o caracteriza como asilo inviolável, salvo as hipóteses legalmente previstas na Carta Magna. Ainda acerca das referências à moradia incutidas no texto constitucional, Sarlet (2003) ressalta que a função social da propriedade, assim como a usucapião especial urbano e rural, vinculando, dentre outros quesitos, a declaração de domínio à utilização do imóvel para moradia, indicam à previsão constitucional deste direito.

Muito embora as previsões legais mencionadas, somente a partir da edição da Emenda Constitucional nº 26, em 2000, a moradia consagrou-se como direito fundamental social. A emenda conferiu uma nova redação ao caput do artigo 6º da Constituição Federal, que passou a vigorar com o seguinte texto “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma

desta Constituição” (BRASIL, 1988, p.6). Desse modo, inseriu-se no ordenamento jurídico interno um direito anteriormente ratificado em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

O texto constitucional, a partir da referida emenda, passa a tutelar um direito fundamental à moradia, no entanto trata-se de um direito abstrato, que carece de uma delimitação conceitual, bem como, de parâmetros identificadores do seu conteúdo. Nessa perspectiva, faz-se necessário buscar construções doutrinárias, jurídicas e normativas capazes de fornecer estes elementos terminológicos indispensáveis à compreensão da moradia como direito.

2 Algumas anotações acerca da delimitação conceitual e do núcleo conteudístico do direito à moradia

Antes de se propor uma delimitação conceitual à moradia, mostra-se fundamental compreender que este direito é objeto de estudo de diversas áreas do conhecimento para além das ciências jurídicas, assumindo assim uma pluralidade conceitual. Além disso, a Língua Portuguesa conta com uma infinidade de termos empregados com sinônimos da palavra moradia, tais como: domicílio, residência e habitação.

Importa registrar que a moradia de modo algum se confunde com estas terminações. No que diz respeito ao domicílio, o Código Civil Brasileiro o define como o local onde o indivíduo estabelece sua residência com ânimo definitivo, onde alternativamente viva ou desenvolva atividades profissionais, ou ainda ausente qualquer destas estruturas o local aonde se encontrar. Dessa forma, percebe-se que o domicílio consiste em um conceito legal imaterial, enquanto que a moradia se traduz em um direito concreto, demandando condições materiais ao seu exercício. A residência, por sua vez, trata-se do local onde o indivíduo se estabelece habitualmente, com a intenção de permanecer, ainda quando se afaste definitivamente (GOMES, 2007). Nesse sentido, a moradia diferencia-se da

residência, tendo em vista que não se resume a uma estrutura física cuja permanência é habitual. Por fim, o vocábulo habitação corresponde à edificação destinada à morada (STEFANIAK, 2010). O direito civil admite que a habitação possa vir a ser considerada domicílio da pessoa natural, contudo, essa terminologia não conduz a melhor conceituação da moradia enquanto direito humano e fundamental. Resta evidente que essas terminações não contemplam a complexidade jurídica da moradia, e sequer podem ser utilizadas como expressões equivalentes a ela.

Não se mostra possível identificar no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal uma definição clara a respeito do conteúdo da moradia, o referido artigo traz em seu bojo uma proteção genérica, sem qualquer delimitação (FACCHINI, 2015a). Diante deste lapso constitucional, recorre-se às construções normativas internacionais a fim de definir a amplitude conteudística da moradia. Verifica-se que a Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos - Habitat II, de 1996, consiste no documento mais completo no que se refere ao conteúdo do direito à moradia. A Agenda Habitat II definiu procedimentos hábeis para assegurar assentamentos humanos mais “seguros, saudáveis, habitáveis, equitativos, sustentáveis e produtivos” (HABITAT II, 1996, p.1).

Ainda na seara do direito internacional vale destacar os apontamentos feitos pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU no Comentário Geral nº 4. O documento estabelece que o direito à moradia digna não deve ser objeto de uma interpretação restritiva, que o reduz a um local de abrigo provido meramente de um teto e quatro paredes, diferente disso, a moradia deve ser compreendida como um direito a viver (ONU, 1991). A partir deste registro, pode-se extrair uma definição concreta de moradia adequada, que para além de uma estrutura habitacional, contempla um ambiente que proporcione segurança, paz e dignidade ao indivíduo.

Além da contribuição conceitual, o Comentário nº 4 elencou elementos jurídicos indispensáveis a consecução do direito à moradia, dentre os quais pode-se identificar:

- a) Segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza e origem.
- b) Disponibilidade de infra-estrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico, etc).
- c) As despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas.
- d) A moradia deve oferecer condições efetivas de habitabilidade, notadamente assegurando a segurança física aos seus ocupantes.
- e) Acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência.
- f) Localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outras serviços sociais essenciais.
- g) A moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população (ONU, 1991, p.34).

Os elementos jurídicos elencados pelo Comitê no §8º do Comentário nº 4, não constituem um rol taxativo, mas assumem um papel extremamente relevante no que diz respeito à materialização do direito à moradia. Essas diretrizes estabelecem parâmetros qualitativos à consecução da moradia digna, dentre os quais estão condições mínimas de habitação, higiene, segurança, dentre outros requisitos já apontados.

O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU editou também o Comentário Geral nº 7 que versa sobre os despejos forçados. O documento esclarece que os despejos não podem resultar em pessoas desabrigadas ou vulneráveis a violações de direitos humanos, dessa forma, o Poder Público está incumbido de assegurar moradia aos desalojados ilegalmente (ONU, 1997).

Logo, entende-se que o conteúdo do direito à moradia compreende a satisfação de condições mínimas que assegurem uma

existência digna ao indivíduo. Nesse sentido, ao traçar parâmetros à consecução de um direito fundamental à moradia não se pode dissociá-lo do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como, do conceito jurídico de mínimo existencial.

A incorporação do direito à moradia ao texto constitucional conferiu-lhe força normativa e segurança jurídica. Contudo, mostra-se inequívoco que mesmo antes da positivação lhe era assegurado gozo a partir do princípio da dignidade da pessoa humana resguardado pelo artigo 1º, inciso III da CF. Nessa seara cabe sinalar que:

[...] sempre haveria como reconhecer um direito fundamental à moradia como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, já que este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados [...]. (SARLET, 2008, p. 5).

Entende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana estrutura o exercício dos direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira, assim como resguarda a consecução daqueles ainda não positivados na Carta Magna. Na sua essência, busca atender necessidades indispensáveis à existência digna, proporcionando ao indivíduo condições para o desenvolvimento pleno. O direito de dispor de uma moradia decorre diretamente desse princípio, isso porque a carência de uma habitação adequada, que proteja física e psiquicamente o indivíduo, é incompatível com o conceito de dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, o direito à moradia não se restringe a um espaço físico destinado a habitação, para além disso, compreende uma estrutura mínima que assegure qualidade de vida, condições adequadas de higiene e conforto, e que preserve a intimidade e privacidade do indivíduo (RANGEL; SILVA, 2009).

Nessa ótica, observa-se que o estudo deste direito fundamental social, implica na compressão de sua relação intrínseca com a teoria de mínimo existencial. Inexiste no ordenamento jurídico brasileiro definição expressa do que seria o mínimo existencial, no que diz respeito à doutrina restam posicionamentos divergentes acerca do tema. A complexidade e abrangência jurídica dessa teoria dificultam uma delimitação do seu conteúdo. Nesse sentido Torres esclarece que:

Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estimá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (maximum welfare, Nutzenmaximierung), que é princípio ligado à ideia de justiça e de redistribuição da riqueza social. Certamente esse mínimo existencial, se o quisermos determinar precisamente, é uma incógnita muito variável. (TORRES, 1989, p. 29)

Em que pese à pluralidade de definições, a doutrina uniformiza-se ao interligar a teoria do mínimo existencial a prestações materiais que garantam condições mínimas de sobrevivência. Dentre essas condições, inegavelmente, encontra-se o direito de dispor de uma habitação que contemple as noções jurídicas de dignidade e liberdade.

Evidente que a moradia trata-se de uma necessidade tão básica que sequer deveria despertar discussão quanto ao seu exercício. Não garanti-la implica em deixar a população desprovida de meios essenciais à subsistência. A necessidade de estabelecer uma moradia decorre diretamente do direito à vida, de tal sorte que a ausência de condições materiais mínimas que viabilizem a sua fruição gera um dano irreparável na existência dos afetados (ALFONSIN, 2003). Justamente por ser a moradia um direito fundamental, indispensável à existência digna, tem-se assegurada a

sua aplicabilidade imediata e eficácia plena, condições jurídicas que merecem exame.

Por força do artigo 5º, §1º da Constituição Federal as normas definidoras de direitos fundamentais são dotadas de aplicabilidade imediata. Embora uma pequena parcela da doutrina entenda ser possível uma interpretação restritiva da referida norma, limitando a aplicabilidade imediata aos direitos individuais e coletivos previsto no artigo 5º da Carta Magna, prepondera uma interpretação sistemática do texto constitucional. Dessa forma, a aplicabilidade imediata alcança todas as normas definidoras de direitos fundamentais, abrangendo o direito fundamental social à moradia positivado no artigo 6º da CF. Oportuno registrar que “a constituição brasileira não estabeleceu distinção desta natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico” (SARLET, 2015, p. 268).

Nesse sentido, a previsão legal contida no artigo 5º, §1º da CF assegura aos direitos fundamentais a autoaplicabilidade, sendo assim, a inexistência de uma construção normativa por parte do poder legislativo não impede que tais direitos sejam acionáveis judicialmente. Cabe lembrar que a aplicabilidade direta não simboliza a irrelevância absoluta da legislação infraconstitucional, mas assegura que a ausência de possível regulamentação não obstaculize o exercício de um direito fundamental (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014).

A aplicabilidade imediata, em regra, atribui às normas de direitos fundamentais a presunção de uma eficácia plena, logo a produção de efeitos jurídicos independente de regulamentação prévia por parte do poder legislativo. Desse modo, a ausência de lei não pode frustrar a aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais.

No que diz respeito aos direitos de liberdade, de natureza predominantemente negativa, a aplicabilidade imediata e eficácia plena não despertam maiores questionamentos. No entanto,

tratando-se dos direitos sociais, em razão da sua dimensão positiva, verificam-se divergências doutrinárias quanto ao reconhecimento da aplicabilidade direta e eficácia plena. Muito embora prevaleça o entendimento que as normas definidoras de direitos fundamentais gozem de aplicabilidade imediata e eficácia plena, ainda vigora a tese que os direitos sociais são dotados de um caráter programático, portanto, não dispõem de aplicabilidade direta e, conseqüentemente, não produzem efeitos imediatos.

Os direitos sociais, em especial moradia, são também direitos fundamentais, o que importa dizer que estão sujeitos ao regime jurídico previsto no artigo 5º, §1º da CF, dessa forma, não se mostra possível classificá-los como normas programáticas. Cabe aqui registrar que a norma programática é dotada de aplicabilidade mediata, ou seja, somente após uma interposição legislativa torna-se capaz de produzir efeitos jurídicos, despidendo-se da chamada autoaplicabilidade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014). A ausência de lei, portanto, impede que esta norma alcance eficácia plena, retardando assim a produção de efeitos jurídicos.

Por derradeiro, constata-se que a moradia, mesmo que na sua condição de direito prestacional - natureza que será explorada a seguir - não pode ser considerada norma de conteúdo programático, uma vez que esta classificação vai de encontro com a previsão constitucional da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais.

3 O direito à moradia suas dimensões positiva e negativa e a atuação do Supremo Tribunal Federal quanto aos contornos desse direito

Os direitos sociais, econômicos e culturais oriundos dos movimentos reivindicatórios do final do século XIX, consagraram-se como alicerces do chamado Estado Social. As construções doutrinárias insistem em reconhecê-los como direitos de natureza essencialmente positiva, o que importa dizer que o Estado assume um

comportamento ativo quanto a sua consecução. Nessa perspectiva, asseguram ao indivíduo prestações sociais, tais como, saúde, educação, trabalho, assistência social e moradia. Evidente que este entendimento se mostra coerente, contudo, para além de uma dimensão positiva que os caracteriza como direitos prestacionais, deve-se considerar também a existência de uma dimensão negativa, que situa os direitos sociais, econômicos e culturais como direitos de defesa.

Partindo desta análise, entende-se que a moradia, na condição de direito fundamental social, abrange um complexo de posições jurídicas, exercendo, simultaneamente, a função de direito de defesa e de direito prestacional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014). Nessa dupla dimensão cuida-se primeiramente, enquanto direito de defesa, de garantir a não interferência estatal e privada no exercício de um direito fundamental à moradia, em segundo momento, na condição de direito prestacional, busca-se assegurar que as prestações materiais indispensáveis à consecução deste mesmo direito sejam oferecidas pelo Estado.

No tocante à dimensão prestacional do direito à moradia, observa-se que o Estado desempenha papel fundamental, cabe a ele articular mecanismos capazes de garantir moradia digna àqueles que não dispõem dos recursos necessários para tanto. Cabe aqui destacar que os direitos a prestações sociais, em sentido estrito, instrumentalizam uma prerrogativa do particular a obter algo através do Estado (CANOTILHO, 2003), dessa forma, o exercício do direito à moradia depende intimamente da manutenção de condições materiais por parte dos órgãos estatais.

Direcionando o olhar à produção normativa brasileira, verifica-se que a legislação infraconstitucional cuidou de conferir materialidade à natureza prestacional do direito à moradia, na medida em que instituiu políticas públicas, programas e procedimentos voltados à manutenção de habitações. Nessa perspectiva, o Governo Federal sancionou, em 2005, a Lei nº 11.124, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social

– SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Essa legislação tem por objetivo viabilizar à população de menor renda o acesso à moradia digna e sustentável, nesse sentido busca implementar programas habitacionais, bem como realizar o acompanhamento da atuação das instituições e órgãos governamentais (BRASIL, 2005).

Verifica-se, portanto, que a responsabilidade prestacional do Estado no que diz respeito ao direito à moradia demanda a alocação de recursos, bem se sabe que os recursos disponíveis são escassos, constatação esta que remete a presente análise à teoria da reserva do possível⁴, que no momento não será objeto de estudo aprofundado.

Desvelada a natureza prestacional do direito à moradia, mostra-se oportuno examinar a sua dimensão negativa, tendo em vista que o presente artigo traz uma abordagem crítica acerca do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que se refere à natureza defensiva da moradia e a penhora do imóvel residencial do fiador.

No tocante à dimensão negativa dos direitos fundamentais, verifica-se que a moradia encontra-se resguardada contra eventuais ingerências estatais. Trata-se de um direito de defesa, cujo desfrute imediato independe de qualquer prestação alheia, exigindo apenas, a não intervenção por parte do destinatário da norma. Nesse sentido, atribui-se ao Estado o dever jurídico de abster-se, desse modo todo ato que enseja violação ao direito à moradia está sujeito à impugnação (SARLET, 2008). Cabe aqui lembrar que as diretrizes elencadas pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU cuidam justamente desta dimensão negativa, vinculando aos Estados o reconhecimento, respeito e proteção à moradia. Salienta-se ainda que, não só as instituições estatais estão impedidas de interferir

⁴ No Brasil, a teoria da reserva do possível vem constituindo-se em uma limitação à aplicabilidade dos direitos fundamentais, tendo em vista que os recursos estatais disponíveis para provê-los são escassos e, sobretudo, considerando o tratamento doutrinário que este aporte recebeu. Nesse sentido, Novais (2010, p.88) assevera que “a obrigação jurídica que recai sobre os poderes públicos por força do reconhecimento de um direito social é um dever jurídico faticamente dependente do respectivo custo”.

ilegitimamente no exercício do direito fundamental à moradia, como também o particular se vê obrigado a tanto.

Não se pode deixar de registrar que estas duas dimensões complementam-se ao passo que não haveria sentido promover prestações materiais necessárias ao exercício de um direito à moradia digna, se este não estiver protegido contra as ingerências provenientes do Estado e dos particulares (SARLET, 2008). Compreendida essa relação complementar que a moradia assume enquanto direito prestacional e de defesa, passa-se a analisar os contornos da jurisdição constitucional deste direito, com especial destaque para o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que concerne à adequação da decisão que chancela a penhora do bem residencial do fiador de contrato de locação.

A tutela jurisdicional da moradia como direito fundamental alcançou maior evidência a partir da sua positivação no rol dos direitos sociais do artigo 6º da CF. No que pertine à proteção do bem imóvel utilizado para fins de moradia, o Supremo Tribunal Federal, em decisão do recurso extraordinário nº 407.688-8, entendeu ser legítima a penhora do imóvel residencial do fiador, tendo por fundamento a Lei Federal 8.009/90⁵.

Diante do que fora abordado acerca da proteção de um direito fundamental à moradia, impossível não suscitar a inadequação da decisão prolatada pelo STF, uma vez que, a penhora do bem residencial do fiador caracteriza-se como uma violação ao direito à moradia tutelado pela Carta Magna (SARLET, 2008). Neste sentido, mostra-se oportuno examinar os fundamentos jurídicos que conduziram a esta decisão a partir da exposição das teses argumentativa invocadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal em votação.

⁵ A Lei 8.009/90 foi sancionada com vistas a resguardar a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, de tal sorte que este não responde por qualquer tipo de dívida contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam. No entanto, o artigo 3º da referida lei traz algumas exceções à regra da impenhorabilidade, com destaque para o inciso VII, que legitima a penhora do bem imóvel oferecido como fiança em contrato de locação.

Inicia-se a análise da referida decisão a partir do voto emitido pelo Ministro-relator Cesar Peluso, que em sua sustentação mostrou-se favorável à penhora do bem residencial do fiador, considerando inconsistente o recurso extraordinário interposto pelo recorrente. Em votação, reconheceu que a moradia trata-se de um direito social, referiu-se em especial a sua dimensão objetiva, “que supõe provisão legal de prestações aos cidadãos [...]” (BRASIL, 2006, p.883). Dessa forma, entende que a moradia integra a classe dos chamados direitos a prestações, sujeitos à atividade mediadora do Estado.

O ministro refere-se, exclusivamente, à natureza prestacional da moradia, restringindo-a a uma dimensão positiva, que por sua vez, exige do Estado um comportamento ativo na promoção de políticas habitacionais. Nesse sentido, faz alusão à previsão normativa existente na Constituição Portuguesa, que estabelece como dever estatal o estímulo a construção e acesso à habitação.

Resta consignado que a moradia é um direito de caráter prestacional, até porque trata-se de um direito social, que na sua essência busca assegurar condições materiais de igualdade e dignidade ao indivíduo. Muito embora essa compreensão inicial, verificou-se ao longo deste estudo que o direito fundamental à moradia é dotado de uma dimensão negativa, ou seja, constitui um direito de defesa cuja fruição independe de uma interposição estatal. Essa função defensiva assegura proteção contra eventuais ingerências provenientes do Estado ou de terceiros (SARLET, 2003), de tal sorte que deflagrada violação a esse direito fundamental mostra-se possível acionar o Poder Judiciário, como aqui o faz o fiador de contrato de locação, por meio da interposição de recurso extraordinário.

Superada a discussão entorno da natureza prestacional da moradia, o relator ainda suscita os eventuais impactos produzidos pelo possível provimento do recurso extraordinário ao mercado imobiliário. Em se tratando de um direito fundamental, entende-se que o argumento postulado pelo ministro se mostra insuficiente para legitimar a supressão de direito tutelado pela Constituição. Evidente que a fruição dos direitos fundamentais pode vir a impactar os mais

diversos setores da economia nacional, contudo cabe ao Poder Público articular políticas que visem assegurar equilíbrio às relações econômicas.

O Ministro Eros Grau adotou um posicionamento divergente do Ministro-relator, manifestou-se no sentido de dar provimento ao recurso extraordinário. Em votação, destacou que a penhora incidiu sobre o único bem imóvel do fiador, o qual servia-lhe de moradia e, tratando-se desta situação fática, o Supremo já haveria chancelado, em decisão dos recursos extraordinários 352.940 e 449.657, a impossibilidade da penhora. Considera que “a impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidades materiais de tal sorte a prover a sua subsistência” (BRASIL, 2006, p. 888) invocando assim o princípio da dignidade da pessoa humana, orientador da ordem constitucional brasileira.

O Ministro respalda sua tese argumentativa a partir da dignidade da pessoa humana, verificou-se nos segmentos anteriores que essa noção jurídica constitui elemento estruturante de um direito fundamental à moradia, tendo em vista que este direito está diretamente vinculado à proteção da vida e existência digna do indivíduo (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014). Nesse sentido, observa-se que penhorabilidade do imóvel residencial, ora em discussão, vai de encontro com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana previsto na Carta Magna.

Para além da violação à dignidade, o Ministro Eros Grau destaca que a exceção legal à regra da impenhorabilidade fere o princípio constitucional da isonomia, isso porque ao locatário estaria assegurado o benefício da impenhorabilidade, enquanto ao fiador não. Inclusive, como bem refere-se o Ministro, o locatário gozaria da impenhorabilidade “mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado” (BRASIL, 2006, p. 889). Tendo em vista tais considerações, não se pode negar a existência de violação ao princípio isonômico consagrado no *caput* artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

No que tange à aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais, o Ministro refuta o caráter programático instituído aos direitos consagrados no artigo 6º da CF, considera que estes direitos são dotados de uma “eficácia normativa vinculante”, de tal sorte que o legislador está compelido à produção normativa. Nesse sentido, não se mostra possível conceber os direitos sociais, em especial a moradia, como normas constitucionais não autoaplicáveis, cuja eficácia é diferida (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014), a própria Constituição Brasileira assegura a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, nos termos de seu artigo 5º, §1.

Encaminhando-se ao fechamento de sua análise, o Ministro conclui que a exceção à regra da impenhorabilidade não foi recepcionada pela Emenda Constitucional nº 26/2000, responsável por incluir a moradia no rol dos direitos sociais, de forma que esta previsão infraconstitucional se mostra incompatível com o disposto na Carta Magna.

O Ministro Joaquim Barbosa manifestou-se pelo desprovimento do recurso extraordinário, destaca que no caso em tela está presente o conflito de dois direitos fundamentais, “de um lado, o direito à moradia, que é um direito social constitucionalmente assegurado [...] de outro, o direito à liberdade, em sua mais pura expressão, ou seja, a da autonomia da vontade” (BRASIL, 2006, p. 897). Ambos os direitos são objeto de tutela constitucional, de tal forma que estabelecer qualquer distinção valorativa só se mostra possível em análise ao caso concreto.

Tendo em vista tratar-se de uma relação contratual entre particulares, o Ministro entende não serem oponíveis as limitações impostas ao Estado por força da natureza defensiva do direito à moradia. Deste modo, sustenta que os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, vinculam tão somente as entidades estatais, não atingindo o particular. É preciso aqui lembrar que a natureza defensiva dos direitos fundamentais confere a eles proteção contra as ingerências estatais, bem como, contra violações de

terceiros (SARLET, 2008). Para além disso, a aplicabilidade imediata e eficácia plena das normas definidoras de direitos fundamentais vinculam o particular, independentemente de uma interposição legislativa (FACCHINI, 2015b). Sendo assim, a tese argumentativa suscitada pelo Ministro não encontra respaldo jurídico na doutrina, sequer nas elaborações normativas contemporâneas.

No que diz respeito à autonomia contratual, o Ministro assevera que no caso em tela, o fiador valeu-se do direito à liberdade ao dar em fiança seu único bem imóvel, “por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição” (BRASIL, 2006, p. 900). Dessa forma, considera constitucional a exceção legal do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90, tendo em vista que o imóvel residencial foi ofertado livremente pelo fiador como garantia em contrato de locação de terceiro.

Nesta mesma seara, o Ministro Gilmar Mendes, favorável à penhora, assevera que a Constituição Federal tutela um direito fundamental à moradia, contudo desta previsão constitucional não se pode extrair um impedimento legal quanto à aplicabilidade das disposições contidas no artigo 3º da Lei 8.009/90. Para além disso, destaca que no caso em análise deve-se considerar a autonomia privada dos indivíduos na relação contratual.

Em contrapartida, o Ministro Carlos Britto esclarece que o texto constitucional enuncia a moradia como necessidade vital básica, assumindo assim caráter de direito indisponível. Nesse mesmo sentido, Facchini (2015b) assevera que deveria prevalecer ao menos uma presunção em favor da indisponibilidade do direito à moradia. Tendo em vista estas constatações, não se mostra possível conceber a penhora do imóvel residencial do fiador, mesmo que essa garantia tenha sido ofertada livremente.

O Ministro Marco Aurélio sustenta que a fruição de um direito à moradia é possível a partir das mais variadas formas, seja por meio da propriedade de imóvel com fim residencial, ora pela a locação, ou ainda mediante comodato. Dessa forma, entende que inciso VII do

artigo 3º da Lei 8.009/90 é constitucional, na medida em que não se mostra cabível a aplicação da regra da impenhorabilidade ao bem imóvel oferecido voluntariamente pelo proprietário como fiança em contrato de locação. Do mesmo modo posicionaram-se os Ministros Supúlveda Pertence e Ellen Gracie, ao reconhecer que a exceção à regra da impenhorabilidade não consiste em violação ao texto constitucional.

Inequívoco que o acesso à moradia digna pode ser viabilizado pelas mais diversas formas, não se confundindo com o direito à propriedade, como apontam os Ministros Marco Aurélio, Supúlveda Pertence e Ellen Gracie. No entanto, a questão latente diz respeito à dimensão negativa de um direito fundamental à moradia, cuida-se aqui da proteção contra as eventuais ingerências proveniente do Estado ou de particulares, em síntese existe um dever de “não intervenção” em análise.

O Ministro Celso de Mello considera que está posta em análise a eficácia do direito fundamental à moradia, destacando que “a essencialidade desse direito é também proclamada por declarações internacionais que o Brasil subscreveu [...], valendo referir, dentre elas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” (BRASIL, 2006, p. 911). Nessa perspectiva, como bem coloca o ministro Celso de Mello, a incorporação da moradia ao rol dos direitos fundamentais nada mais é do que o reflexo de uma preocupação já externada pelo governo brasileiro em âmbito internacional, tendo em vista os compromissos firmados em diversos documentos legais. Dentre estes documentos destaca a Agenda Habitat II e sua contribuição ímpar ao reconhecimento e proteção da moradia, a Conferência estabeleceu-se responsabilidades gerais e específicas aos Estados no que se refere à realização progressiva de um direito à moradia (FACCHINI, 2015a). Nesse sentido, invoca o princípio da dignidade da pessoa humana, atentando que este princípio conduz a interpretações que se aproximam ao máximo de um parâmetro de justiça social, garantindo o necessário respeito ao indivíduo. Nessa perspectiva, torna-se

evidente a relação íntima e indissociável entre o direito à moradia e a noção de dignidade da pessoa humana, de tal sorte que mesmo antes da positivação mostrava-se possível a tutela deste direito fundamental a partir do referido princípio (SARLET, 2008).

Sustenta ainda o Ministro Celso de Mello que, o Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição Federal de 1988, busca em sua essência a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de tal sorte que sua incidência não se restringe ao direito constitucional, abrangendo todas as ramificações do Direito. Daí provem a constatação de que toda norma jurídica deve ser interpretada à luz dos princípios constitucionais, objetivando uma construção harmônica.

Por fim, o Ministro Nelson Jobim, acompanhando o Ministro Relator, votou pelo desprovimento do recurso. Considerou a existência de limitações à aplicação da impenhorabilidade, atentando inclusive aos possíveis impactos para mercado imobiliário de locações. Dessa forma, entende que um posicionamento desfavorável à penhora emitido Supremo Tribunal Federal provocaria um desequilíbrio nas relações econômicas do setor imobiliário.

Analisados os argumentos postulados pelos Ministros integrantes da Suprema Corte, cabe aqui tecer algumas considerações acerca da jurisdição constitucional. Para além do princípio isonômico apontado pelo Ministro Eros Grau como norteador da atividade jurisdicional, não se observa dentre as demais teses jurídicas ventiladas na referida decisão, menção ao princípio da proporcionalidade. Dessa forma, mostra-se oportuno registrar que a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais está atrelada a análise minuciosa das circunstâncias do caso concreto, de modo a frustrar decisões que enunciem restrições desproporcionais. O Supremo Tribunal Federal ao chancelar a penhora do imóvel residencial do fiador, não atentou à proporcionalidade em sentido estrito, ferindo o núcleo essencial de um direito fundamental à moradia (FACCHINI, 2015b). Elevou-se a um patamar superior o direito de crédito do

locador em detrimento do direito à moradia do fiador de contrato de locação.

Por fim, como bem destaca Streck (1999) o Estado Democrático de Direito estrutura-se de tal forma a instrumentalizar o Direito como meio de concretização dos direitos sociais - dentre os quais situa-se a moradia - mediante um processo decisório centrado no Poder Judiciário. Nessa perspectiva, a prestação jurisdicional, principalmente naquilo que se refere à jurisdição constitucional, deve estar voltada à construção de um estado de justiça social, com amplo gozo dos direitos fundamentais positivados na Carta Magna.

Considerações finais

O reconhecimento internacional de um direito humano à moradia desenvolveu-se, sobretudo, a partir dos instrumentos jurídicos de proteção elaborados no transcorrer do século XX. Verificou-se então, a positivação da moradia em um número considerável de constituições, dentre as quais encontra-se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A edição da Emenda Constitucional nº 26, no ano de 2000, inseriu definitivamente a moradia no rol dos direitos sociais consagrados no artigo 6º da Carta Magna, conseqüentemente, a produção doutrinária e jurisprudencial cuidou de definir os contornos legais deste direito fundamental.

No que diz respeito à construção de uma delimitação conceitual, importa registrar que o termo moradia não se confunde com expressões similares comumente empregadas como sinônimas. Entende-se que este direito transcende os conceitos jurídicos de domicílio, habitação e residência, corresponde, portanto, a estrutura capaz de promover o pleno desenvolvimento humano. No que tange ao seu núcleo contedúístico, verifica-se que, enquanto direito fundamental, a moradia encontra-se atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que constitui-se como elemento estruturante de uma existência digna. Para além disso, o

seu exercício pressupõe a articulação de condições mínimas de subsistência, essa constatação evidencia a relação íntima e indissociável existente entre este direito e a chamada teoria do mínimo existencial.

No tocante ao regime jurídico das normas definidoras de direitos fundamentais, observou-se que o direito à moradia goza de aplicabilidade direta, desta forma não se faz necessária uma interposição legislativa à produção de efeitos jurídicos. Muito embora pequena parcela da doutrina outorgue à moradia a condição de norma programática, verificou-se que essa classificação não encontra respaldo constitucional, tendo em vista a previsão expressa da aplicabilidade imediata pelo artigo 5º, §1º da CF.

Examinando-se as dimensões positiva e negativa características dos direitos sociais, observou-se que o direito à moradia positivamente assume uma natureza prestacional, exigindo do Estado um comportamento ativo na promoção de prestações materiais que visem a sua consecução. Por outro lado, sua dimensão negativa enuncia um caráter defensivo, que assegura proteção contra as eventuais transgressões provenientes das entidades estatais, bem como do particular. Neste sentido, concebendo-se a moradia como direito de defesa, analisou-se os contornos da jurisdição constitucional deste direito, com especial destaque para posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal ao chancelar a penhora do imóvel residencial do fiador de contrato de locação em decisão do recurso extraordinário 407 688-8. Nessa perspectiva-se, atentou-se as questões referentes à adequação desta decisão, tendo em vista a previsão constitucional expressa de um direito fundamental à moradia.

Além disso, constatou-se que a prestação jurisdicional deve estar atrelada aos princípios constitucionais da isonomia e proporcionalidade insculpidos na Carta Magna. Sendo assim, o processo decisório deve desenvolver-se com vistas a concretizar um estado de justiça social.

Referências

- ALFONSIN, Jacques Távola. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e moradia**. Porto Alegre: Fabris, 2003.
- BRASIL. **Constituição da República de Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26/06/2017.
- BRASIL. **Código Civil (2002)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29/06/2017.
- BRASIL. Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11124.htm>. Acesso em: 10/07/2017.
- BRASIL. **Direito à moradia adequada**. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/promocao-e-defesa/publicacoes-2013/pdfs/direito-a-moradia-adequada>>. Acesso em: 12/07/2017.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE 407.688-8. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em: 21/06/2017.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. (1941)
- FACCHINI, Nicole Mazzoleni. **Direito fundamental à moradia**: sua eficácia à luz do direito internacional, do direito constitucional e das políticas públicas. Passo Fundo: Projeto Passo Fundo, 2015a.

FACCHINI, Nicole Mazzoleni. **Direitos fundamentais e proteção da moradia:** harmonização de conflitos à luz do princípio da proporcionalidade. Passo Fundo: Projeto Passo Fundo, 2015b.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil.** 19. ed., V.I. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise:** uma exploração da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais:** teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010.

ONU. **Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Comentário Geral nº 4 (1991). Disponível em: < <http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/promocao-e-defesa/publicacoes-2013/pdfs/direito-a-moradia-adequada> >. Acesso em: 30/06/2017

ONU. **Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Comentário Geral nº 7 (1997). Disponível em: < http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/reforma-agraria/ComentarioGeral7_DESC >. Acesso em: 30/06/2017

ONU. **Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos (1996).** Disponível em: < <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/moradia-adequada/declaracoes/declaracao-de-istambul-sobre-assentamentos-humanos> >. Acesso em: 07/01/2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).** Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> >. Acesso em: 09/07/2017.

ONU. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (1966).** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/do591.htm >. Acesso em: 29/06/2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito internacional.** 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANGEL, Helano Márcio Vieira; SILVA, Jacilene Vieira. O direito a moradia como mínimo existencial, e sua efetivação à luz do Estatuto da Cidade. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte. V.2, n.12, p.57 – 78. Julho-dezembro, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia aos Vinte Anos da Constituição Federal de 1988: Notas a Respeito da Evolução em Matéria Jurisprudencial, com Destaque para a Atuação do Supremo Tribunal Federal. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Ano 2, n. 8, outubro/dezembro de 2008, p. 55-92. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32734-40344-1-PB.pdf>>. Acesso: 20/06/2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Moradia como Direito Fundamental da pessoa humana: algumas notas a respeito da evolução do reconhecimento de um direito (fundamental) à moradia no plano internacional e constitucional. **Revista de Ciências Jurídicas – ULBRA: Direito e Democracia**, V. 4, n. 2, 2003, p. 341. Disponível em: <<http://www.ulbra.br/upload/05fd2896b0972a40d56326a74095d265.pdf>>. Acesso: 24/06/2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. ed. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STEFANIAK, João Luiz. A efetividade do direito humano e fundamental à moradia. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. V. 8, n. 8, (jul./dez. 2010), p. 237-256. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/24>> Acesso em: 10/07/2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46113/44271>>. Acesso em: 08/07/2017.

O incidente de resolução de demandas repetitivas no código de processo civil de 2015 como reafirmação do princípio da isonomia e da segurança jurídica

Carolina Pires Branco

1 Introdução

O processo civil brasileiro passou por uma reestruturação em seu procedimento. Com a entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, Código de Processo Civil de 2015, dá-se vazão a novas formas de se proceder frente às demandas pleiteadas pela sociedade atual, uma vez que, necessário se fez a proposta e criação de técnicas novas visando melhorar a prestação jurisdicional.

Com o nascimento do Estado Democrático de Direito, formalizado pela promulgação da Constituição da República de 1988, direitos e garantias fundamentais passam ser a base para todo o sistema jurisdicional.

Sendo assim, o Código de Processo Civil de 1973, tornou-se obsoleto na medida em que já não atendia as transformações de uma sociedade dinâmica, pois, tendo sido criado anteriormente à Constituição Cidadã (1988), não detinha de mecanismos capazes de efetivar os princípios e garantias lá assegurados.

Destarte, com a constitucionalização do processo civil brasileiro, surgem novas formas de se pensar o direito, de modo que

não é possível desvincular o direito material do processual, compreendendo-os de forma isolada. Deve-se haver então, elementos concretizadores na aplicação dos direitos e garantias assegurados pela Carta Magna de 1988, buscando a intersecção e correlação de todo o ordenamento jurídico para que o conteúdo da Carta Maior se faça valer no mundo processual, trazendo assim, resultados sólidos e consolidados.

Em meio a este cenário, onde a sociedade busca ver efetivados seus direitos constitucionais, entre eles, a efetiva prestação jurisdicional garantindo-lhe isonomia e segurança jurídica para que possa demandar junto ao Poder Judiciário, criou-se o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Nesse sentido, revela-se o objetivo do incidente de resolução de demandas repetitivas, demonstrando a tendência do diploma legal em valorar os precedentes judiciais, interligando os institutos da Civil Law e Common Law, a fim de que se possa deixar o positivismo exacerbado e dar vez a um sistema mais coeso e isonômico.

Essa nova forma de interpretar o direito, oportuniza que se forme um padrão decisório como referencial e paradigma para novas formulações de decisões, sendo as questões alvo do incidente, dirimidas em larga escala. Assim, se espera garantir um processo mais célere para atender a sociedade atual, que visa não só agilidade, mas principalmente, igualdade de tratamento na prestação jurisdicional, fugindo da discricionariedade do julgador.

Destarte o presente artigo pretende responder a seguinte problemática: a Lei nº 13.105/2015, através da inserção do incidente de resolução de demandas repetitivas, reafirmará no ordenamento jurídico os princípios da isonomia e da segurança jurídica? Para tanto o método utilizado é o dedutivo, no qual a partir de uma verdade geral, busca-se compreender os casos específicos de modo individualizado. Sendo assim, a técnica utilizada é a indireta, onde as informações necessárias são obtidas através de fontes primárias, como a análise de documentos, tais como legislação, projetos de leis

e relatórios, assim como fontes secundárias, como livros, dissertações e artigos científicos.

2 A constitucionalização do processo civil e a resolução de demandas repetitivas no código de processo civil de 1973

2.1 A Constitucionalização do Processo Civil Brasileiro

Após a Segunda Guerra, iniciou-se no cenário mundial um movimento de reconstitucionalização, sendo que “uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas no século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica” (BARROSO, 2005, s.p.). Surgindo assim, o que se chamou de neoconstitucionalismo, base para a criação do Estado Democrático de Direito.

Conforme Greco, num Estado Democrático de Direito “a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo” (GRECO, 2012, p. 274). Nota-se assim, que o direito processual possui função de oferecer mecanismos capazes de efetivar a prestação dos direitos consagrados na Carta Magna.

Destarte, “com a Constituição do Brasil de 1988 houve uma mudança fundamental no Estado brasileiro, que foi a ‘constitucionalização’ de inúmeros direitos sociais e coletivos”. (HOMMERDING, 2007, p. 40), refletindo diretamente nas normas processuais brasileiras, concretizando a ideia de que “*todo o direito hoje ou é constitucional (conforme à Constituição) ou não é direito*”. (ZANETI, 2012, p. 217).

Consequentemente, a Constituição Federal de 1988, passou a ser base de interpretação para o Código de Processo Civil de 1973, pelo que pode-se afirmar que “direito processual procura disciplinar

o exercício da jurisdição através de princípios e regras que confirmam ao processo a mais ampla efetividade” (GRECO, 2012, p. 275).

Entretanto o cenário no qual nasceu o Código *Buzaid*, foi marcado pelo regime militar, em meio à violência, censura e rigidez. Fazendo um comparativo entre o conteúdo do Código de 1973 e a natureza principiológica da Constituição Federal de 1988, constata-se a existência de uma grande disparidade entre os dois diplomas, haja vista que o antigo Código, não assegurava a observância das garantias e princípios dispostos na Carta Maior.

Diante disso, ocorreram várias reformas no Código de Processo Civil de 1973, as quais foram realizadas em 1994 e 1995, em 2001 e 2002, e, em 2005 e 2006, sendo que “o resultado foi uma completa alteração das características do *códex*, a ponto da doutrina atualmente falar na distinção entre o Código Buzaid e o Código Reformador” (BOTELHO, 2015, p. 62-63).

Referidas reformas como já mencionado, pretendiam garantir ao cidadão, uma prestação da tutela jurisdicional efetivamente adequada à Constituição da República de 1988, já que o devido processo legal se mostra um dever inafastável pelo qual o Estado deve zelar por meio de mecanismos de aplicabilidade que possam garantir a efetividade desses princípios dispostos na Carta Magna.

Entretanto, conforme observa Zanetti Jr. (2014, p. 234), deve-se desenvolver uma nova cultura processual, proposta pela Constituição de 1988, e com a observância do modelo de Estado Democrático, uma vez que se tratava da necessidade de uma nova conscientização em todo meio jurídico para que houvesse mudança no cenário processual.

Ora, se o antigo processo civil brasileiro não atendia de forma satisfatória aos princípios garantidos ao cidadão na Carta Magna, já que fora criado em meio a um Estado Ditatorial, era gritante a necessidade de se sanar essa incongruência.

Nesse contexto constitucionalizador, o Código de Processo Civil de 2015, na busca de proporcionar decisões céleres, mas, sobretudo justas e isonômicas, “nasceu imbuído da elevada missão

de reconhecer (o que é óbvio) e concretizar, de modo pormenorizado, os direitos fundamentais processuais consagrados na Constituição Cidadã de 1988” (KOPLIN, 2015, p. 18).

Diante do exposto, e para melhor compreensão dessa busca por inserir efetivos mecanismos que pudessem consagrar, dentro do processo civil, a carga principiológica trazida pela Carta Magna, faz-se necessário uma breve exposição de como se dava a resolução de demandas repetitivas sob a vigência do Código de 1973, assunto que será abordado no tópico seguinte.

2.2 A Resolução de Demandas Repetitivas na Vigência do Código de Processo Civil de 1973

Como já abordado no tópico anterior, o Código de 1973 foi concebido num ambiente jurídico em que não existiam multiplicações de processos decorrentes do consumo de produtos ou serviços em massa, lá, as ações eram individualizadas.

Notadamente, “ao longo do século XX, os padrões de consumo sofreram alterações frente a uma enorme acessibilidade a diversos tipos de bens e serviços combinados a uma pressão social forte no sentido de sua aquisição” (VIAFORE, 2014, p. 27) gerando demandas em massa. Cabe aqui, uma definição para essas demandas em massa, que são, conforme refere Câmara (2016, p. 479) “aquelas demanda idênticas, seriais, que, em grandes quantidades, são propostas perante o Judiciário. Diz-se que elas são idênticas por terem objeto e causa de pedir idênticas, ainda que mudem as partes”.

Nesta senda, cabe observar que muitas decisões sob a égide do Código de 1973, traziam consigo o “fator surpresa” embasado no juízo de valor que se conferia à norma. Tal situação de desnorteio por parte do Poder Judiciário no emitir suas decisões, causava muita instabilidade, pois produzia decisões fora do juridicamente possível ou esperado.

Plenamente relevante aqui, o escólio de Câmara (2016, p.480):

Muito frequentemente, porém, essas demandas repetitivas receberam, do Judiciário brasileiro, tratamentos diferentes, o que levou a incompreensíveis quebras de isonomia. É que muitos juízes e tribunais, em nome de uma suposta “liberdade decisória”, davam a casos rigorosamente iguais soluções completamente diferentes. Inaugurou-se então no Brasil o que se chegou a chamar de *jurisprudência lotérica*, já que o resultado do processo muitas vezes dependia da distribuição por sorteio e, dependendo do juízo para qual o processo fosse distribuído, o resultado final poderia variar completamente.

Frente a essa evidente necessidade de reforma processual que atendesse aos conflitos massificados, uma vez que o disposto no artigo 6º do Código de 1973¹, no que concerne à interesses difusos ou coletivos e/ou individuais homogêneos, tem caráter excepcional, a solução encontrada, de início, foi a elaboração do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/1990.

Embora se tenha criado um procedimento diferenciado como alternativa a essa questão, “pois há uma intensa ligação entre os interesses individuais homogêneos e o fenômenos da *repetição de demandas*” (CÂMARA, 2016, p. 478), verificou-se haver, conforme refere Câmara (2016, p. 478-479), uma margem de heterogeneidade que afastava os processos coletivos entre si.

Diante dessa problemática, além das ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos, criou-se sob a vigência do Código de 1973, algumas regras para resolução dessas demandas em massa, dentre as quais, conforme Viafore, (2014, p. 71), destacam-se:

[...] o instituto da repercussão geral da matéria constitucional em sede de recurso extraordinário (art. 543-A e 543-B, CPC), o julgamento de recurso especial por amostragem (art. 543-C, CPC), a previsão de súmula vinculante no âmbito do Supremo Tribunal

¹ Artigo 6º - Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

Federal (art. 103-A, CF), o julgamento de improcedência sem citação do réu (art. 285-A) [...].

Cabe aqui pontuar, a técnica dos recursos especiais repetitivos (artigo 453-C), a qual foi inserido no Código de 1973, pela Lei nº 11.672/2008, e pretendia alinhar as decisões dos tribunais locais com os tribunais superiores “antevendo-se o provável desfecho aplicável ao julgamento de uma causa análoga a outra antes decidida” (REICHELDT, 2015, p. 154).

Inegável que todas as técnicas anteriormente utilizadas, melhoraram a prestação jurisdicional, diante desse aprimoramento processual, “todos esses esforços, porém, não retiraram do sistema brasileiro o risco de decisões contraditórias” (MENDES; SILVA, 2015, p.572).

Ao criar o incidente de resolução de demandas repetitivas, “mecanismo de tratamento coletivo de demandas nos tribunais estaduais e federais” (MENDES; SILVA, 2015, p. 573), o Código de Processo Civil de 2015 transporta uma discussão equivalente a que existe em um recurso repetitivo para os tribunais de segundo grau, os quais serão competentes para julgar tal incidente e sua tese a ser reproduzida em casos concretos.

Com o nascimento do incidente de resolução de demandas repetitivas, “a novel legislação, indica que a jurisprudência dos tribunais deve se manter íntegra, coerente e estável, com a ideia de que os tribunais devem respeitar seus precedentes” (MENDES; SILVA, 2014, p. 573), trazendo maior celeridade, isonomia, e consequente segurança jurídica, uma vez que busca gerar proporcionalidade e razoabilidade, dirimindo as questões alvo do incidente em larga escala. É o que será visto mais detalhadamente no capítulo seguinte.

3 O incidente de resolução de demandas repetitivas no código de processo civil de 2015

3.1 A Criação e o Objetivo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Código de Processo Civil de 2015

Considerando essa disparidade entre a realidade social e as normas jurídicas que já não atendiam às demandas de modo justo, foi que no final do ano de 2009, iniciaram os estudos do novo Código de Processo Civil. Para tanto, instituiu-se uma “Comissão de Juristas, à qual se confiou a missão de elaborar um Anteprojeto de Código de Processo Civil” (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 335), cujos principais objetivos foram, conforme os autores Cambi e Fogaça (2015, p. 336), “a simplificação e a celeridade do processo judicial, para assegurar maior efetividade na tutela dos direitos”.

Nas palavras da Comissão de Juristas, “a coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental [...] e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República” (COMISSÃO DE JURISTAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2016, p. 03). Nesse sentido,

[...] todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta (COMISSÃO DE JURISTAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2016, p. 07).

Visando atingir essa coerência, surge o incidente de resolução de demandas repetitivas, um dos principais institutos trazidos pelo Código de 2015, cujo contexto de criação e objetivo, explicam-se nas palavras de Viafore (2014, p. 102):

É neste cenário que se insere o surgimento de um incidente de resolução de demandas repetitivas, como instrumento que seja

capaz de dar tratamento célere aos inúmeros litígios de massa, com a mesma questão de direito, de forma a conferir uniformidade nestes julgamentos. Pode-se, então, destacar a “redução de processos”, a “celeridade” e a “uniformidade” como principais metas a serem alcançadas por este instrumento.

Assim, pode-se dizer que o incidente “objetiva evitar que demandas repetitivas (ou seja, que envolvam a mesma discussão de questão exclusivamente de direito) possam gerar risco à isonomia e segurança jurídica” (MARINONI; ARANHART; MITIDIERO, 2016, p. 1035). Além de afastar a morosidade da prestação jurisdicional causada pelo excesso de ações que tenha por objeto a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

Com esse novo “remédio processual de incontestes caráter coletivo” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 913), o Código de 2015 deflagra a esperança pela concretização das necessidades da sociedade atual, uma vez que tem o escopo de fazer cumprir o assegurado pela Carta Maior, de forma justa.

Atendendo aos ditames constitucionais, como já abordado em outro tópico, é imperioso que o resultado do processo seja “fruto de um intenso debate e da efetiva participação dos interessados, não podendo ser produzido de forma solitária pelo juiz” (CÂMARA, 2016, p. 11). Neste cenário, mostrou-se o incidente de resolução de demandas repetitivas com o objetivo claro de quebrar paradigmas e trazer para o poder judiciário uma nova dinâmica, com o condão de dirimir milhares de controvérsias em uma só decisão.

3.2 Os Requisitos de Admissibilidade para a Instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Conforme o artigo 976 do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), tem-se que será cabível quando houver simultaneamente, “I – a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica”

(BRASIL, 2015).

Observando o dispositivo supracitado, cabe referenciar que o inciso primeiro, ao afirmar a necessidade de efetiva repetição de processos, aponta o caráter repressivo do referido instituto. Sendo assim “o incidente, em outros termos, não foi concebido para exercer uma função *preventiva*, mas *repressiva* de controvérsias jurisprudenciais preexistentes” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 915).

O segundo requisito trazido no inciso II do artigo 976, é o “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (CÂMARA, 2016, p. 480) pelo que se entende por parte da doutrina que o incidente “só deve ser instaurado quando se verifica a existência de decisões divergentes” (CÂMARA, 2016, p. 480-481).

O terceiro requisito, embora não esteja expresso no diploma legal, “resulta necessariamente do sistema é que já haja pelo menos um processo pendente perante o tribunal” (CÂMARA, 2016, p. 481).

Outrossim, existe ainda um requisito negativo elencado no parágrafo 4º do artigo 976 do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), havendo o descabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas quando “um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva”.

Cabe asseverar acerca dos legitimados para a propositura de sua instauração, os quais encontram-se qualificados no artigo 977 do diploma legal cabendo à “qualquer juiz ou relator que tenha, sob sua direção, processo instaurado por ajuizamento de demanda repetitiva (art. 977, I); qualquer das partes daqueles processos (art. 977, II); o Ministério Público e a Defensoria Pública (art. 977, III)” (CÂMARA, 2016, p. 481).

Atendidos os requisitos supracitados para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, “dentro do tribunal, caberá ao órgão indicado pelo regimento interno a fixação da competência, devendo sempre recair sobre o órgão responsável pela uniformização de jurisprudência na esfera do tribunal” (MARINONI,

ARENHART, MITIDIERO, 2016, p. 1037). Sendo admitido, haverá sua instauração cujos detalhes serão abordados no tópico seguinte.

3.3 O Procedimento e o Trâmite do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Com a instauração, será determinado pelo relator, a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no estado, se instaurado perante o Tribunal de Justiça, ou Região, se perante o Tribunal Regional Federal, conforme versa o artigo 982, I. (CÂMARA, 2016, p. 483). A suspensão terá prazo de um ano, podendo ser prorrogado por decisão fundamentada do relator (artigo 980, parágrafo único, CPC) e deverá ser comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes, conforme versa o parágrafo 1º do artigo 982.

Essa “medida de suspensão pode ser estendida a todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional, que versem sobre a mesma questão tratada no incidente já instaurado no tribunal local” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 923), conforme dispõe o artigo 976, § 3º.

Consoante disposto no artigo 987, “o julgamento do mérito do IRDR admite a interposição imediata de recurso especial e extraordinário (desde que preenchidos os requisitos específicos, dos arts. 102 e 105, da CF), independentemente da aplicação da tese nos processos concretos” (MITIDIERO, ARENHART, MARINONI, 2016, p. 1043).

Entretanto, “expandida a suspensão para todo o território nacional, a decisão que a tenha decretado deixará de produzir efeitos se, contra o acórdão que venha a julgar o IRDR, não se interpuser recurso extraordinário ou especial (art. 982, §5º) (CÂMARA, 2016, p. 484).

Sendo, então, julgado o mérito do recurso – especial ou extraordinário –, tem-se o “padrão decisório dotado de eficácia vinculante *em todo o território nacional*, devendo ser aplicada em

todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre a mesma questão de direito (art. 987, § 2º)” (CÂMARA, 2016, p. 485).

Assim, a tese adotada “estabelece um padrão decisório a ser empregado, posteriormente, como precedente judicial vinculante” (CÂMARA, 2016, p. 485), a ser aplicado aos processos que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal (inciso I, artigo 985) e também aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito (inciso II, artigo 985).

O efeito vinculante da tese ganha suporte, sendo que, “caso alguns magistrados submetidos à área de competência do tribunal recuse aplicação à tese firmada no IRDR, caberá reclamação ao tribunal (arts. 985, § 1º e 988, IV, CPC)” (MITIDIERO, ARENHART, MARINONI, 2016, p. 1042).

Há também a possibilidade de revisão. Assim, sendo “acolhida a revisão, a tese poderá ser revogada, por total incompatibilidade com a evolução do direito positivo, ou poderá ser parcialmente modificada” (THEODORO JÚNIOR. 2016, p. 929).

Note-se que essa possibilidade de revisão, deve atentar “para as necessidades de respeitar as garantias de segurança jurídica e confiança legítima dos jurisdicionados” (THEODORO JÚNIOR. 2016, p. 929), trazendo maior confiabilidade ao incidente de resolução de demandas repetitivas, para solucionar essas demandas de forma a garantir a efetivação de isonomia e segurança jurídica. Tema que será abordado no capítulo seguinte.

4 O incidente de resolução de demandas repetitivas como meio de reafirmação do princípio da isonomia e da segurança jurídica

4.1 Considerações sobre o Princípio da Isonomia e da Segurança Jurídica no Processo Civil

Desde tempos remotos a igualdade é um valor requerido das sociedades. Sendo assim, é de se observar que “nossa constituição assegura um direito de igualdade geral, de isonomia de todos

perante a ordem jurídica (CF/1988, art. 5º, *caput*)” (REICHELDT, 2016, p. 217), consagrando referido princípio como preceito fundamental para o Estado Democrático de Direito.

Note-se que a isonomia não se restringe apenas ao direito material, mas também ao direito processual, pelo que, pode-se dizer que “a igualdade corresponde a um ideal da harmonia entre as partes de um todo, porquanto se considera que apenas um todo ordenado tem a possibilidade de durar” (COUTINHO, 2007, s.p.).

Nesse sentido é o que pontuam Cantoarino e Barbosa (2011, p. 449) ao afirmar que “pessoas iguais, envolvidas em um mesmo cenário fático-jurídico litigioso, devem receber tratamento igual. O judiciário não pode ser sede de iniquidades”. Sobre a busca dessa igualdade processual as palavras de Reichelt (2016, p. 218):

Para cumprir com este desiderato, dota-se o processo de ferramentas de caráter vinculante, a conferir maior previsibilidade e estabilidade à jurisdição. Intenta-se evitar decisões díspares para situações que requerem idêntica solução jurídica. A preocupação aqui – tal como no aspecto da *segurança jurídica* – é com a unidade da prestação jurisdicional. Espera-se que o Estado, através do Poder Judiciário, distribua justiça de maneira coerente com as diretrizes fixadas anteriormente, permitindo à população construir relações jurídicas sem temer surpresas e contradições, sob pena de grave descrédito do sistema judicial de resolução de conflitos.

De sua vez e não menos importante, o princípio da segurança jurídica mostra-se como correlato ao princípio da isonomia no sentido de que “a garantia de *segurança* projeta-se sobre o plano do processo, por tratar-se, justamente, de instrumento Estatal voltado à preservação e garantia dos direitos” (REICHELDT, 2016, p. 214).

Sendo assim, “o postulado da segurança jurídica deve ser concebido junto da proteção da confiança, como princípio constitutivo do Estado Democrático de Direito” (CAMBI; FOGAÇA, 2015, p. 340), com o fim de afastar decisões díspares assegurando isonomia processual e gerando assim, maior confiabilidade do

ordenamento jurídico.

Nessa constante busca pelo devido processo legal, pende observar a importância de se ter um processo seguro e isonômico, pois “sem justiça alguma o Direito – é verdade – encontrará dificuldades para manter seu projeto de pacificação social. Sem segurança, porém, o Direito simplesmente não existe”. (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 14).

Assim, tendo em conta que o processo deve concretizar os princípios assegurados na Carta Cidadã, “não se trata mais de só tornar constitucionais os instrumentos processuais, mas de dar efetividade, por via do processo, às conquistas populares consagradas na constituição” (PORTANOVA, 2003, p. 52).

Destarte se faz necessário a utilização e criação de mecanismos capazes de efetivar no âmbito processual esses princípios constitucionais e com isso “evitar a consumação da morte do Direito, restaurando e conservando sua essência: a segurança jurídica” (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 4).

Diante disso é que se criou o incidente de resolução de demandas repetitivas no Código de Processo Civil de 2015, o qual “se constituirá, inegavelmente, em favor de efetividade do valor igualitário no processo” (CANTOARIO; BARBOSA, 2011, p. 447). Este incidente ingressou no direito brasileiro, com o escopo de trazer eficiência aos conflitos de massa, sem ofender os princípios constitucionais da isonomia e segurança jurídica, nos julgamentos de questões de mesmo teor de direito, e cujos efeitos de aplicabilidade serão abordados no tópico seguinte.

4.2 Os Efeitos da Aplicação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas na Tutela Jurisdicional e a Garantia do Princípio da Isonomia e da Segurança Jurídica

Consoante já abordado, a fim de se chegar a um sistema estável com previsibilidade nas decisões proferidas, buscou-se a conexão direta entre os sistemas jurisdicionais e a Constituição

Federal. Essa coesão do sistema teve como norte o Estado Democrático de Direito, consagrando, dentre outros, os princípios constitucionais da segurança jurídica e isonomia. Nas palavras de Reichelt (2016, p. 216):

Ao encontro do ideal *segurança jurídica* – neste ponto intimamente relacionado à *isonomia processual* – coube ao legislador processual dotar o Código de Processo de mecanismos capazes de conferir maior *previsibilidade* à jurisdição, reconhecendo. Cumprindo tal desiderato, ainda no CPC/1973, foi instituída a sistemática do *recurso extraordinário e do recurso especial repetitivos*, mantidos pelo CPC/2015, que tratou de unificar seus procedimentos (arts. 1.036 a 1.041). Nesta mesma toada, o CPC/2015 instituiu significativa novidade processual, o chamado *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas* (arts. 976 a 987).² Tais mecanismos, complementares, assumiram o anunciado propósito de eliminar – ou ao menos diminuir – o risco de ofensa à *isonomia* e à *segurança jurídica* em processos repetidos com idêntica controvérsia de direito. O artigo 976 menciona expressamente os princípios da *segurança jurídica* e da *isonomia*.

Dessa forma, o Código de Processo Civil de 2015 revela o escopo trazido pelo incidente, o qual busca, sobretudo, garantir isonomia efetivando a segurança jurídica no âmbito de ações com direitos individuais homogêneos.

Haverá então por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas, uma real previsibilidade por parte do judiciário, no emitir suas decisões “o incidente, pois, permitirá concretizar o tratamento igualitário imposto abstratamente pela constituição” (CANTOARIO; BARBOSA, 2011, p. 447).

² Referido *incidente* parte da premissa de que, em sede de *demandas repetitivas*, uniformizar é preciso. O IRDR busca, pelo procedimento já analisado, implementar exigências constitucionais de igualdade e segurança jurídica, relacionadas à previsibilidade da atuação do Estado em face do particular, exigindo interpretações mais estáveis e melhor fundamentadas (art. 489, §1º), na contramão do arbítrio estatal. Busca atender o anseio social – e do mercado – de conferir o mínimo de previsibilidade à tutela jurisdicional.

Corroborando esse entendimento, são as palavras Mendes e Silva (2015, p. 583) acerca da tese jurídica a ser estabelecida pelo incidente:

A tese jurídica fixada no IRDR tem como objetivo assegurar a isonomia e a segurança jurídica, fornecendo uma mesma resposta jurisdicional a todos os processos, individuais ou coletivos, que versem sobre idêntica questão de direito na área de jurisdição do tribunal.

Sendo assim, conforme explanado alhures, em meio à inconstância e insegurança porque passava o processo civil brasileiro, viu-se no incidente de resolução de demandas repetitivas, um meio de efetivar a prestação da tutela jurisdicional de forma mais segura, isonômica e consolidada. Destarte, como observa Nunes (2015, s.p.):

[...] o IRDR, instaurado em conjunto com outros institutos do novo ***microsistema de litigiosidade repetitiva***, precisa ser recebido, entendido e aplicado em conformidade com os pressupostos normativos participativos expressamente presentes no CPC/2015, de modo a promover a melhoria do trato da litigiosidade serial em nosso país.

Em que pese o incidente ter sido muito bem recebido pela maioria da doutrina, reafirmando seu caráter assegurado da isonomia e segurança jurídica, merecem ser analisados alguns pontos contrários à sua aplicação no ordenamento jurídico, da maneira como se apresenta (CAVALCANTI, 2015, p. 587-588).

Pontualmente, as maiores violações a que o incidente de resolução de demandas repetitivas dá causa são referentes à independência funcional dos magistrados e à separação funcional dos Poderes, ao princípio do contraditório, ao direito de ação e à competência dos juizados especiais (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015).

Inicialmente, acerca da primeira violação, tem-se que “o efeito vinculante previsto para o IRDR é inconstitucional porque tal

mecanismo não pode ser instituído mediante legislação ordinária” (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 3). Assim, nas palavras dos autores:

A vinculação de uma decisão aos juízes de hierarquia inferior ao órgão prolator da decisão deve estar sempre prevista expressamente na Constituição da República, sob pena de violação à garantia constitucional da *independência funcional* dos magistrados e à *separação funcional de poderes*. (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 3).

Na sequência, observa-se a segunda problemática, consistente na quebra do princípio do contraditório, já que sendo a vinculação da tese aplicada obrigatoriamente, destina-se a indivíduos que não participaram e não puderam influenciar a fundamentação da tese.

Ademais, inexistente um critério mais objetivo e cauteloso para a instauração do IRDR, onde fica difícil definir até que ponto as causas são homogêneas e, portanto, repetitivas (GRECO, 2012, p. 26).

Por outro lado pendente observar que (CANTOARIO; BARBOSA, 2011, p. 480):

[...] não faria muito sentido que a decisão do incidente valesse apenas para os processos já instaurados. Do contrário, seria possível se instar o tribunal, todo o tempo, a se manifestar sobre uma questão que já se manifestou. Haveria grande desperdício de tempo e energia por parte dos litigantes e dos órgãos jurisdicionais. A cada vez que uma nova ação contendo aquela discussão fosse ajuizada, um novo incidente poderia ser instaurado.

Quanto à ausência de um controle judicial de adequação da representatividade apropriado, ao permitir a vinculação das decisões desfavoráveis sobre todos os processos repetitivos, “melhor seria se o legislador introduzisse no texto projetado uma regulamentação que assegurasse o controle judicial da representação, seguindo critérios a serem atendidos pelos

legitimados e seus advogados” (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 05).

A violação ao direito de ação, por sua vez, é o terceiro conflito existente na aplicação do incidente ora debatido. Após a instauração do IRDR ocorre a suspensão de quaisquer ações individuais que estiverem em debate acerca da mesma matéria, obstaculizando o direito de ação, razão pela qual alguns doutrinadores declaram que esta vinculação é “absoluta, cega ao fato e cronofóbica” (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 05).

A eficácia vinculante da tese, em outros sistemas não se considera absoluta, havendo uma opção para participação e “pode ser *presumida* (sistema de *opt-out*: como acontece com a *class action for damages* e *Musterverfahren*) ou expressa (sistema de *opt-in*: como ocorre com as GLO do direito inglês)” (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 06). Diante disso, como pontuam Abboud e Cavalcanti (2015, p. 07):

[...] para que não exista violação ao direito fundamental de ação, é preciso que seja assegurado aos litigantes dos processos repetitivos um dos sistemas acima mencionados: *opt-in* ou *opt-out*. Isto é, o NCPC, de uma forma ou de outra, deveria assegurar às partes o direito de optarem pela não participação no julgamento do IRDR.

A quarta e última problemática apontada é a de necessidade de vinculação das teses oriundas do incidente aos juizados especiais haja vista o “aniquilamento do papel das turmas de uniformização como órgãos formadores dos precedentes dos juizados especiais” (KOEHLER, 2015, p. 660).

Pelos que defendem a inconstitucionalidade desta aplicação, argumenta-se que conforme posicionamento do STF “os juízes que integram os juizados especiais não estão subordinados (para efeitos jurisdicionais) às decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados ou dos Tribunais Regionais Federais” (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 09).

Uma solução, conforme assevera Koehler (2015, p. 668) seria “uma regulamentação específica da aplicação do IRDR no sistema

dos juizados especiais, de forma que não desconsidere a existência das turmas de uniformização no sistema dos juizados”. Estabelecendo, assim, a aplicação do IRDR aos “juizados especiais, cabendo o julgamento do incidente às Turmas de Uniformização” (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p. 10).

Muito embora existam aspectos contrários ao incidente de resolução de demandas repetitivas, deve-se ponderar a respeito dos benefícios trazidos por ele à prestação jurisdicional para a sociedade como um todo. Afinal, se colocado em uma balança, “parece claro que o modelo em questão busca fazer com que a prestação jurisdicional possa ser ofertada de maneira a atender a exigências de segurança, celeridade e isonomia” (REICHELDT, 2015, p. 166-167). Destarte, conclui-se do acima exposto, que o incidente de resolução de demandas repetitivas mostra-se como mecanismo de soluções ao Poder Judiciário o qual há tempos esperava por respostas.

Sendo assim, a aplicação dessa sistemática a fim de garantir um processo justo e coeso, deve ser firmada no ordenamento jurídico, corroborando com os objetivos trazidos pelo Processo Civil brasileiro vigente.

5 Conclusão

O presente estudo buscou tratar das principais questões envolvendo o incidente de resolução de demandas repetitivas mecanismo trazido no Código de Processo Civil de 2015, como reafirmação dos princípios constitucionais da isonomia e segurança jurídica, por meio de sua aplicação na prestação jurisdicional.

Para tanto, analisou-se inicialmente a constitucionalização do processo civil brasileiro e a necessidade de sua readequação respeitando os valores consagrados na Carta Magna. Nessa linha, tratou-se especificamente das demandas repetitivas advindas de uma sociedade globalizada, cuja busca pelo Poder Judiciário aumentou significativamente.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, essas demandas seriais, não possuíam um respaldo jurídico adequado, uma vez que, por ter sido criado em um estado autoritário, o referido Código não detinha de mecanismos capazes de efetivar as garantias processuais trazidas pela Constituição Federal.

Assim, a pesquisa abordou algumas mudanças que ocorreram na vigência do Código *Buzaid* no intuito de sanar essas incongruências. Não obstante, havia ainda uma problemática quanto à interpretação dada por cada magistrado à norma imposta, gerando uma série de contradições e decisões díspares para demandas que versassem sobre o mesmo objeto e causa de pedir, mesmo com as mudanças positivadas na lei.

Objetivando atender esse impasse de forma justa é que se criou, no Código de Processo Civil de 2015, o incidente de resolução de demandas repetitivas, mecanismo cuja finalidade é a formação de precedentes judiciais, uniformizando a jurisprudência e garantindo maior segurança jurídica.

Verificou-se que tal mecanismo será cabível quando houver ameaça aos princípios constitucionais da isonomia e segurança jurídica em ações que versem sobre mesma matéria de direito, afastando a discricionariedade dos julgadores, possibilitando decisões idênticas para demandas idênticas, consagrando os princípios da isonomia e segurança jurídica.

Por conseguinte o estudo foi voltado primeiramente a tratar desses princípios no âmbito processual, já que a base do Estado Democrático de Direito deve ser justamente a efetivação por meio de mecanismos processuais do quanto contido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Observou-se, pois, que a prestação jurisdicional prestada por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas atende aos princípios da isonomia processual e segurança jurídica para solucionar questões massificadas regionais, em segunda instância.

É certo, entretanto, que como tudo, o incidente apresenta aspectos contrários apontados pela doutrina minoritária, os quais

não podiam deixar de ser analisados aqui. Sendo assim, tratou-se da possível inconstitucionalidade do incidente, no que tange à sua aplicação aos juizados especiais e separação dos três poderes, além de ser apontado como obstrução ao direito ao contraditório, ao direito de ação e à independência funcional dos magistrados.

Muito embora sejam relevantes as argumentações doutrinárias supramencionadas, com o presente artigo pode-se verificar que o incidente de resolução de demandas repetitivas mostra-se como mecanismo trazido para dentro do processo civil a fim de solucionar de forma justa, a grande litigiosidade concernente às demandas repetitivas.

Isto porque, além de desafogar o Poder Judiciário das questões de mesmo teor de direito que se multiplicam constantemente, proporciona que essas demandas sejam solucionadas de forma célere mas isonômica e segura, uma vez que afasta a discricionariedade e juízo de valor de cada julgador, promovendo justiça e equilíbrio na prestação jurisdicional.

Referências

ABBOUD, Georges. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório**. Revista dos Tribunais Online - Revista de Processo. vol. 240/2015, fev. 2015. Disponível em: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Inconstitucionalidades-do-IRDR-e-riscos-ao-sistema-decisorio-.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 01 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

BOTELHO, Guilherme. **Modelos processuais e cultura: as opções políticas de um código processual e as matrizes ideológicas do projeto de novo CPC**. In: RUBIN, Fernando, REICHELDT, Luiz Alberto (coord). **Grandes temas do novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, 1973. Disponível em: <planalto.gov.br>. Acesso em: 18 jun. 2016.

_____. **Código de Processo Civil**. Brasília, 2015. Disponível em: <planalto.gov.br>. Acesso em: 18 maio. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. **Sistema dos precedentes judiciais obrigatórios no Novo Código de Processo Civil**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; et al. (coords). **Precedentes**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza; BARBOSA, Andrea Carla. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Projeto de Código de Processo Civil: Apontamentos Iniciais**. In: FUX, Luiz (coord). **O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e as ações coletivas**. Salvador: Juspodivm, 2015.

COMISSÃO DE JURISTAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil**. In: DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comparado**. São Paulo: Atlas, 2016.

COUTINHO, João Hélio de Farias Moraes. **Uma abordagem da neutralidade axiológica do conceito de isonomia a partir do jusnaturalismo e do positivismo enquanto tipos ideais**. Revista Jurídica da Previdência. Brasília, vol 9, n. 85, jun/jul. 2007. Acesso em: 27 abr. 2017.

GRECO, Leonardo. **Novas perspectivas de efetividade e do garantismo processual**. In: SOUZA, Márcia Cristina Xavier de; RODRIGUES, Walter dos Santos. (coord). **O novo Código de Processo Civil: o projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- KOELHER, Frederico Augusto Leopoldino. **O NCPC, o incidente de resolução de demandas repetitivas, os precedentes e os juizados especiais: esqueceram das turmas de uniformização?**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; et al. (coords). **Precedentes**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.
- KOPLIN, Klaus Cohen. **O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório**. In: RUBIN, Fernando; REICHEL, Luiz Alberto (orgs). **Grandes temas do novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **Precedentes e IRDR: algumas considerações**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; et al. (coords). **Precedentes**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.
- NUNES, Dierle. **O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido. Justificando**. São Paulo 18 fev. 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-mercede-ser-compreendido/>>. Acesso em: 12 jan. 2016.
- PORTANOVA. Rui. **Os princípios do processo civil**. 5 ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003.
- REICHEL, Luis Alberto. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil e a concretização do direito fundamental ao processo justo**. In: RUBIAN, Fernando; REICHEL, Luis Alberto. (coords). **Grandes temas do novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- REICHEL, Luis Alberto. **Direito ao processo justo e direitos fundamentais processuais**. In: REICHEL, Luis Alberto; DALL’ALBA, Felipe Camilo (coords). **Primeiras linhas de direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica**. Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Disponível em:
<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15689-15690-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal.** vol. 3. 49. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VIAFORE, Daniele. **As ações repetitivas no direito brasileiro: com comentários sobre a proposta de “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” do projeto de novo Código de Processo Civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro Contemporâneo.** In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org). **Processo civil – estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.** São Paulo: Atlas, 2012.

O estado de exceção: técnica de governo para a suspensão dos direitos fundamentais

Ésio Francisco Salvetti¹

1 Gestão biológica da vida: transformação dos cidadãos em *homo sacer*

Com a tese que a política assumiu o encargo de gestão biológica da vida, Agamben quer reforçar a ideia, já postulada por Foucault, que vivemos sob a égide da biopolítica, ou seja, mais do que nunca a política assumiu o encargo da gestão biológica da vida. Nesse último século presenciamos um acelerado desenvolvimento de uma racionalidade administrativa, científica e técnica em relação à vida. Paira na política, no direito, na economia e na medicina, um discurso do cuidado da vida, mas ao mesmo tempo, esse discurso vem camuflado de práticas que tornam a vida matável. Paradoxalmente proliferam em nossas sociedades contemporâneas discursos biologicistas que autorizam a morte de alguns grupos, com a justificação de proteção e purificação da vida. Como destaca Candiotti: “A época contemporânea, na qual a vida parece ter sido objeto de maior cuidado pelo Estado e pela medicina, é paradoxalmente a que mais tem sido acometida por genocídios

¹ Acadêmico de Direito da Imed.

outrora inimagináveis, ao lançar mão de pretextos racistas e incitação à violência, em razão da xenofobia. O cuidado da vida tem sido correlato da sua manipulação” (CANDIOTO, 2010, p.171). Esse parece ser o maior perigo na atualidade e que precisa de uma análise mais aprofundada.

Por isso Agamben destaca que:

Se em todo o estado moderno, existe uma linha que assinala o ponto em que a decisão sobre a morte, e a biopolítica pode deste modo converter-se em tanatopolítica, tal linha não mais se apresenta hoje como um confim fixo a dividir duas zonas claramente distintas; ela é, ao contrário, uma linha em movimento que se desloca para zonas sempre mais amplas da vida social, nas quais o soberano entra em simbiose cada vez mais íntima não só com o jurista, mas também com o médico, com o cientista, com o perito, com o sacerdote (HS, p. 135).

Uma análise ingênua pode concluir que todos esses processos paradoxais da gestão biológica da vida tenham morrido junto com o regime nazista, mas não, ele está vivo e presente na atualidade.

Neste contexto, a vida da população passa a ser submetida a um conjunto de técnicas e procedimentos de potencialização da vida, ou da morte, de acordo com os cálculos de custo e benefício determinados pela racionalidade administrativa do Estado no exercício de seu poder soberano. Sob tais pressupostos, a vida humana passa a ser conformada pela dinâmica de um biopoder, que incide na disciplinarização e normalização dos corpos e da subjetividade dos indivíduos concebidos como recursos humanos, necessários à potencialização da dinâmica jurídica, econômica e política em curso na contemporaneidade.

Por isso Agamben pode afirmar que a política assumiu o encargo da gestão biológica da vida. Uma das consequências deste processo é a transformação dos cidadãos em potenciais *homo sacer*.

Quem é o *Homo sacer* e por que ele tem tanta importância para Giorgio Agamben?

Pompeu Festo, gramático romano do Século II d. C., em seu *De verborum significatu*, descreve nestes termos:

[...] homem sacro é, portanto aquele que o povo julgou por um delito; e não é lícito sacrificá-lo, mas quem o mata não será condenado por homicídio, na verdade, na primeira lei tribunicia se adverte que se alguém matar aquele que por plebiscito é sacro, não será condenado homicida. Disso advém que um homem malvado ou impuro costuma ser chamado sacro (HS, p. 79).

Agamben acredita encontrar na figura do *homo sacer* os elementos que podem explicar ou indicar como o homem contemporâneo permanece preso à esta estrutura política originária. No fundo toda sociedade, em cada novo período cria ou decide sobre seus inimigos, seus *homo sacer*, decide qual vida é digna de ser vivida e qual vida é lícita eliminá-la. Assim que a ideia do inimigo é criada está legitimada a sua exclusão da humanidade civil. Se considerado um criminoso, este é eliminado sem respeitar nenhuma regra jurídica. Nesta perspectiva, novos protótipos de *homo sacer* podem ser vistos para onde quer que olhemos. O típico exemplo de *homo sacer* foram os detentos dos campos de concentrações, no entanto, a exposição à morte não é uma barbaridade inerente somente ao homem dos campos de concentração nazistas, mas também dos refugiados, do sujeito da eutanásia programada. Nos anos da ditadura militar no Brasil, o *homo sacer* eram os supostos comunistas, enquanto hoje, nos EUA ele tem fisionomia Árabe e são denominados de terrorista e mais recentemente, com o atual presidente (Donald Trump), qualquer estrangeiro é potencialmente *homo sacer*. Enfim, todos estão expostos à morte incondicionalmente.

Por esses motivos que entendemos que a figura do *homo sacer*, possui todas as condições para explicar a situação do homem político contemporâneo. Entendendo que todos somos virtualmente *homo sacer*, nossa vida está exposta à morte e é esta vida que constitui o elemento político originário. Se Agamben está certo e de

fato todos somos virtualmente *homo sacer* é porque a relação de bando constitui desde a origem a estrutura própria do poder soberano, constringendo a vida a ingressar nos cálculos do poder, através de múltiplos modos de controle, inaugurando o que Foucault definiu de Biopolítica. Mas, infelizmente, como destaca Agamben, Foucault “não transferiu suas próprias escavações [...] ao que poderia apresentar-se como o local por excelência da biopolítica moderna: a política dos grandes Estados totalitários do Novecentos” (HS, p. 131). De certo modo, a mesma crítica é feita à Hannah Arendt, contudo, ela dedicou-se a uma análise das estruturas dos Estados totalitários, mas não a estendeu a uma perspectiva biopolítica. O problema em Arendt é que ela não entendeu que “a radical transformação da política em espaço da vida nua (ou seja, em um campo) legitimou e tornou necessário o domínio total” (HS, p. 132). Ou seja, é pelo fato da política ter se transformado em biopolítica que ela pode se constituir como política totalitária.

Como podemos perceber, Agamben se embrenha numa investigação filosófica que nem Foucault e Arendt alcançaram, o que demonstra uma certa complexidade teórica, isso porque a política moderna, uma vez que entrou em simbiose com a vida nua, perde a inteligibilidade que nos parece ainda caracterizar o edifício jurídico-político da política clássica.

2 Íntima solidariedade entre democracia e totalitarismo

Essa radical politização da vida, e transformação dos cidadãos em *homo sacer*, levou Agamben a postular uma das teses que mais gerou críticas ao seu projeto que é a “contiguidade entre democracia de massa e Estados totalitários” (HS, p. 133). Isso se deve, pelo fato da política ter se tornado integralmente biopolítica, por isso a política pôde constituir-se em política totalitária. À primeira vista, essa tese parece absurda e muitos teóricos lançaram críticas à Agamben tachando-o de antidemocrático: quem de boa-fé não admite que a democracia é uma forma de governo melhor que

governos absolutistas, totalitários? Obviamente que Agamben não nega todos os avanços que a humanidade alcançou através da democracia, mas por outro lado, nos abre os olhos diante de tamanhas contradições.

Para Agamben a defesa da democracia é uma estratégia aceitável, mas todo o otimismo que muitos intelectuais guardam em relação às conquistas e avanços da democracia pouco contribuem para um verdadeiro diagnóstico das patologias das sociedades contemporâneas. Sem um olhar sério para a íntima solidariedade entre democracia e totalitarismo, estaremos distantes de um verdadeiro diagnóstico das sociedades contemporâneas.

Em uma entrevista concedida para Juliette Cerf, Agamben destaca uma clara contradição das democracias atuais. Para ele, os atuais acontecimentos na política, demonstram que o poder público está perdendo legitimidade e as democracias estão muito preocupadas: “de que outra forma se poderia explicar que elas têm uma política de segurança duas vezes pior do que o fascismo italiano teve? Aos olhos do poder, cada cidadão é um terrorista em potencial. Nunca se esqueça de que o dispositivo biométrico, que em breve será inserido na carteira de identidade de cada cidadão, em primeiro lugar, foi criado para controlar os criminosos reincidentes” (CERF, 2014).

Mas, mesmo havendo contradições na democracia ela foi tida como uma resposta eficaz a todo sistema de opressão. Um de seus pilares fundamentais é a liberdade e através dela há a possibilidade da participação, ao contrário do totalitarismo que é um sistema político no qual o Estado, não reconhece limites à sua autoridade e se esforça para regulamentar todos os aspectos da vida pública e privada. Definido dessa maneira, parece clara as diferenças, ocorre que se observamos a fundo as características e instrumentos utilizados pelo totalitarismo para operar, teremos dificuldade de dizer quais deles não fazem parte das atuais democracias. Daniel Nascimento, extrai de uma das principais pesquisadoras do fenômeno totalitário, Hannah Arendt, especificamente da obra

Origens do totalitarismo, uma série de características deste fenômeno, que são:

Se baseia no apoio das massas e no processo de massificação; no convencimento de que há um destino para a história e que este destino se cumpre na noção de progresso; no culto da personalidade do líder e na centralização do poder em suas mãos; na formação de uma elite fiel e de sociedades secretas; na multiplicação dos aparelhos burocráticos; possui pretensão de universalidade; se estrutura sobre um sistema coerente de argumentação; sobre o império das estatísticas e do argumento científico; se utiliza do elogio da organização como ideologia; da superioridade dos fins sobre os meios; confia firmemente na onipotência do homem; gera o sentimento do fanatismo para os integrados em suas fileiras e torna os funcionários do governo cúmplices dos abusos cometidos; abusa do uso da propaganda e da doutrinação, que prosperam no clima de fuga da realidade para a ficção e na criação de mitos; do constante uso de mentiras; de elementos de ameaça e de terror; se funda na supremacia do poder de polícia; na confusão entre poder real e poder aparente; não respeita sequer suas próprias leis; alimenta o desprezo pela individualidade e pela nacionalidade; a divisão dos tipos humanos em categorias; a privação de direitos e a exclusão da proteção da lei; provoca a solidão humana; reduz as suas vítimas à completa passividade; elimina a possibilidade de ação humana; não apenas a liberdade humana, mas a espontaneidade; destrói os vestígios da dignidade humana; realiza a manipulação do corpo humano; a animalização do homem; a fabricação em massa de cadáveres (NASCIMENTO, 2010, p. 154-155).

Percebe-se que estas características são perfeitamente encontradas também nos regimes democráticos. Por isso, para Agamben, a passagem do regime de governo totalitário para a democracia não suscitou uma reviravolta real na vida dos sujeitos, o que ocorre é uma verdadeira ilusão e mascaramento do verdadeiro cenário, isso porque: “o rio da biopolítica, que arrasta consigo a vida do *homo sacer*, corre de modo subterrâneo, mas contínuo” (HS, p. 133). Dessa forma, os eventos políticos têm sempre uma dupla face;

a ideia de liberdade e de direitos que os indivíduos adquirem são na verdade uma tácita, porém crescentes inscrições de suas vidas na ordem estatal, oferecendo uma nova e mais temível instância ao poder soberano do qual desejavam libertar-se. Agamben destaca que

[...] uma mesma reivindicação da vida nua conduz, nas democracias burguesas, a uma primazia do privado sobre o público e das liberdades individuais sobre os deveres coletivos, e torna-se, ao contrário, nos estados totalitários, o critério político decisivo e o local por excelência das decisões soberanas (HS, p. 134).

Objetivando explicar os motivos da decisão de cancelar os compromissos e não entrar mais nos Estados Unidos da América Agamben nos mostra que por mais que se entenda que o totalitarismo nazista e fascista tenha inovado profundamente suas técnicas de controle e formas de opressão políticas, há muitos desses elementos, por mais que maquiados, atuantes no atual cenário político. E o principal é a necessidade que, ambos os regimes, têm de tornar a vida biológica dos sujeitos como fato politicamente decisivo. Isso é o bastante para Agamben declarar que há uma solidariedade entre ambos os regimes políticos. Só desta forma é possível compreender porque no século XX as democracias parlamentares puderam virar Estados totalitários, e os Estados Totalitários em democracias parlamentares. É importante compreender que essas transformações só foram possíveis porque ocorreram em um contexto em que a política já havia se transformado, fazia tempo, em biopolítica, por isso a aposta que está em jogo entre democracia e totalitarismo consistia apenas em determinar qual desses dois regimes era o mais eficaz para assegurar o cuidado e o controle da vida nua. Rancière em seu livro “Ódio à Democracia”, aponta uma mutação ideológica, a democracia não mais opõe-se, ao horror totalitário, ela é, atualmente, exportada pelos governos pela força das armas, ao passo que reina silencioso um “individualismo democrático”, que sob as injúrias do

“igualitarismo”, esvazia os valores coletivos e forja um novo totalitarismo.

O desenvolvimento dos regimes totalitários não seria possível de se desenvolver se não encontrasse um espaço propício para se enraizar. O grande perigo existente é que as mesmas condições que serviram como base para o advento do nazismo, ainda são percebidas atualmente, e com ainda mais força. Auschwitz mudou as noções de barbárie e mostrou, objetivamente, do que o ser humano é capaz.

Tanto os governos democráticos quanto os totalitários, sempre empunharam o discurso da necessidade para combater algum mal iminente para justificar a adoção de atos normativos claramente contrários à ordem constitucional. É através do discurso da crise, da necessidade, da ordem, que os governos, implantam suas pautas, na qual a primeira é o corte das garantias e direitos fundamentais, conquistados com muito “suor”. Os Estados autoritários, em determinadas situações emergenciais, com o discurso da provisoriedade, não extinguem os direitos fundamentais, mas os suspendem em nome da sobrevivência do Estado. Se olharmos para a história veremos que a justificativa da emergência não é recente. Segundo Zaffaroni (2011, p. 14), tanto na Europa como na América Latina essas leis vêm sendo sancionadas, tornando-se ordinárias e convertendo-se na exceção perpétua. Mas o fundamental é nos darmos conta que essa construção discursiva sobre a *necessidade* sempre se dá por meio da construção de uma figura que logo se torna o inimigo número um da nação. A construção do inimigo é tão bem-feita que logo a nação clama pela figura de um Estado autoritário, pelo medo que o dito inimigo ocasiona na sociedade.

No século XX e início do século XXI, foram vários os inimigos que conhecemos. Até a Segunda Guerra Mundial o inimigo era étnico, por isso estava justificada a suspensão de direitos de um grupo de determinada etnia. Hoje, os Estados Unidos construíram a ideia do inimigo com feição muçulmana. Portanto, a ideia de inimigo

passa por uma religião. Serrano acrescenta:

Na ditadura militar brasileira, o inimigo era comunista. Neste caso, o inimigo está disperso pela sociedade, o que dificulta o combate individual e leva a suspensão dos direitos de todos os indivíduos. (...) No Brasil contemporâneo, o inimigo é a figura mítica do bandido, o agente da violência que pretende destruir a sociedade. O bandido inimigo da sociedade não é o cidadão que erra, mas o sujeito que deve ter seus direitos suspensos, inclusive o direito à vida. Esses inimigos vivem sob a égide permanente de um estado de polícia (SERRANO, 2016, p. 99-100).

Restam poucos espaços e motivos para demonstrações de otimismo diante dos desafios, novidades e rumos que se apresentam como soluções nas democracias atuais. A tese de Giorgio Agamben, lançada no final da obra *Homo Sacer I*: “o campo é o paradigma biopolítico do moderno” (HS, p. 185), reforça a ideia de que vivemos um momento delicado da história da humanidade.

3 O estado de exceção: técnica de governo para suspensão dos direitos fundamentais

Os campos de concentração foram objetos de estudo para Agamben. Ali as pessoas estavam desprovidas de qualquer segurança jurídica, não tinham sequer nome, sendo identificadas por um número e estavam sujeitas à imprevisibilidade constante quanto à própria existência. Um exemplo atual do campo é a situação vivida pelos estrangeiros nos Estados Unidos. Diante das posições políticas assumidas por Donald Trump, a vida dos estrangeiros é de total insegurança e imprevisibilidade quanto ao futuro. Quando Agamben diz que o Campo é o paradigma da atualidade não significa que ele entenda que as pessoas estejam vivendo em um campo de concentração formal, se bem que se considerarmos as cadeias e as favelas brasileiras a diferença não é tão brutal assim. Em entrevista Agamben destaca:

O que procuro fazer em meu livro sobre Auschwitz, sobre o campo de concentração e a contemporaneidade, não é um juízo histórico. Procuro, sim, delinear um paradigma, com o objetivo de compreender a política em nossos dias. Não quero dizer, portanto, que vivemos num campo de extermínio – muitos dizem: “Agamben diz que vivemos num campo de concentração”. Não. Mas se tomarmos o campo de concentração como paradigma para compreender o poder hoje, isso pode ser útil (AGAMBEN, 2013).

Acontecimentos como os da prisão de Guantánamo, onde supostos terroristas árabes foram martirizados, o extermínio da população palestina na Faixa de Gaza, além das atuais políticas de segurança, que alguns estados vêm adotando frente a onda de imigração em massa, endossam a tese de que “o campo, e não a cidade, é hoje o paradigma biopolítico do ocidente” (HS, p. 202).

Antes de fazer uma análise apurada dos campos (quer de concentração, ou de extermínio) como o local onde se realizou a condição inumana mais absoluta que teve lugar na face da terra, Agamben se pergunta: o que é um campo? Qual sua estrutura jurídica-política? Por que semelhantes eventos puderam ocorrer ali? São essas questões que o leva a olhar o campo não como um fato histórico ou uma anomalia atinente ao passado, mas sim “como a matriz oculta, o *nómos* do espaço político em que ainda vivemos” (HS, p. 185).

Na verdade, não ficamos surpresos que os nazistas, ao chegarem ao poder tenham suspenso por tempo indeterminado os artigos da constituição que concerniam à liberdade pessoal, a liberdade de expressão e de reunião etc. Mas o que poucos querem ver é que os nazistas, seguiram uma práxis consolidada nos governos precedentes.² O problema é que no caso nazista a exceção

² Fazendo uma análise histórica, Agamben nos lembra que “os primeiros campos de concentração na Alemanha não foram obra do regime nazista, e sim dos governos social-democráticos que, em 1923, após a proclamação do estado de exceção, não apenas internaram com base na *Schutzhaft* milhares de militantes comunistas, mas criaram também em *Cottbus-Sielow* um *Konzentrationslager für*

durou 12 anos. Por isso, se faz importante a pergunta: qual o nexo entre estado de exceção e campo de concentração? Como o Estado de Exceção se apresenta neste início do século XXI, em especial nos países de modernidade tardia, como os da América latina?

Agamben é enfático ao afirmar que os campos nascem, não do direito ordinário, mas do estado de exceção. Por exceção ele entende o momento em que se sai do Estado Democrático de Direito para se instaurar ações excepcionais, ações de exceção. O campo é o espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se a regra. Nele, o estado de exceção, que era essencialmente uma suspensão temporal do ordenamento com base numa situação factícia de perigo, ora adquire uma disposição espacial permanente. (HS. p. 188).

Na compreensão de Castro:

A primeira observação a respeito é que a existência dos campos deve ser situada, de um ponto de vista jurídico, no contexto do estado de exceção, e não das leis marciais. A novidade do nazismo consiste em que a decisão sobre a excepcionalidade, sobre a suspensão das garantias constitucionais, deixa de estar vinculada a uma situação concreta de ameaça externa e tende a converter-se na regra (CASTRO, 2012b, p. 73).

O fato é que depois de março de 1933 quando o campo de concentração de Dachau foi criado e outros foram se juntando a este eles permaneceram sempre em função, tornando-se na Alemanha uma realidade permanente. Enquanto, muitos se questionavam sobre o fato de existir pessoas com capacidade de cometer tamanha atrocidade com outros seres humanos, seria mais prudente primeiro questionarmos sobre quais procedimentos jurídicos e quais dispositivos políticos permitiram que seres humanos fossem privados de seus direitos? Como pode ser possível cometer qualquer

Auslander que hospedava sobretudo refugiados hebreus orientais e que pode, portanto, ser considerado o primeiro campo para os hebreus do nosso século (século XX)” (HS, p. 186).

ato, contra vidas humanas, sem que se apresentasse como delito?

Essa questão revela o estatuto paradoxal do campo enquanto espaço por excelência da exceção. Pois ele é, como descreve Agamben: “um pedaço de território que é colocado fora do ordenamento jurídico normal, mas não é por causa disso, simplesmente um espaço externo. Aquilo que nele é excluído é, segundo o significado etimológico do termo exceção, capturado fora, incluído através da sua própria exclusão” (HS, p. 189-190).

Portanto, o campo é a materialização do estado de exceção e conseqüentemente a criação de um espaço em que a vida nua e a norma entram em um limiar de indistinção. Por isso, Agamben destaca que “nos encontramos virtualmente na presença de um campo toda vez que é criada uma tal estrutura, independente da natureza dos crimes que aí são cometidos e qualquer que seja a sua denominação ou topografia específica” (HS, p. 195). Toda vez que os direitos fundamentais são suspensos cria-se a estrutura do campo. Seguindo esse argumento, Agamben destaca que o campo é tanto o estádio de Bari, onde a polícia italiana aglomerou provisoriamente os imigrantes clandestinos albaneses, quanto o velódromo de inverno no qual as autoridades de Vichy recolheram os hebreus antes de entregá-los aos alemães, assim como as áreas de espera dos aeroportos internacionais, nos quais são retidos os estrangeiros que pedem o reconhecimento do estatuto de refugiados. Analisando a realidade da América Latina, acrescentaríamos nossas periferias, em que as políticas públicas são inexistentes. Estes são espaços que o ordenamento normal é suspenso, por isso, tudo pode acontecer, depende da civilidade e do senso ético da polícia que age provisoriamente como soberana.

Todo o esforço de Agamben consiste em mostrar que a suspensão democrática da lei não é um fenômeno localizado, mas uma tendência hegemônica da modernidade; um fenômeno planetário, que cada vez mais vem sendo utilizado como uma técnica de governo. A principal referência deste fenômeno é sem dúvida o Estado nazista. Hitler, por meio do decreto para a proteção do povo

e do Estado, promulgado em fevereiro de 1933, suspendeu os artigos da constituição de Weimar³, acionou, após a situação emergencial o artigo 48 da Constituição, que previa, em caso de perturbação da ordem pública, o uso de medidas necessárias para restabelecer a segurança. Como tal ato nunca foi revogado, sua aplicação durou cerca de 12 anos, até o fim da guerra, permitindo a eliminação da vida não apenas dos adversários políticos, mas de categorias inteiras de cidadãos.

Importante destacar que a Exceção não se classifica nem como apenas fato, nem como apenas direito, mas, sobretudo, como uma decisão própria do soberano diante da medida de emergência. As situações emergenciais são sempre os principais motivos pelo qual o governo usa das medidas de exceções para garantir a ordem e a legalidade. O fato que a necessidade é sempre subjetiva. O que existe objetivamente é um dizer subjetivo sobre a necessidade. Nos Estados absolutos é o rei quem diz o que é a necessidade, numa ditadura são os militares, no Estado de direito é o congresso e o poder executivo. Independente de quem diz, o fato é que a decisão soberana para invocar o mecanismo da exceção é puramente subjetiva. O que nos impressiona é que nas democracias contemporâneas esse mecanismo permanece inalterado, violando princípios básicos da democracia, fazendo com que o autoritarismo permaneça vivo como técnica de governo. O Estado Democrático de Direito, reconhece que todos os indivíduos têm a garantia de uma série de direitos mínimos, entretanto, sob a justificativa de que há uma grave ameaça (necessidade) esses direitos são frequentemente suspensos.

Segundo Zaffaroni (2011, p.14):

³ O artigo 48 da constituição de Weimar destacava: “Quando um Estado não cumpre os deveres que lhe são impostos pela constituição ou pelas leis do Reich, o Presidente do Reich pode obrigá-lo com a ajuda da força armada. Quando, no Reich alemão, a ordem e a segurança públicas estão consideravelmente alteradas ou ameaçadas, o presidente do Reich pode adotar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e ordem públicas, inclusive com ajuda da força armada, caso necessário. Para tanto, pode suspender temporariamente, em todo ou em parte, os direitos fundamentais consignados nos arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124, 153. De todas as medidas que adote com fundamento nos parágrafos 1 e 2 deste artigo, o presidente do Reich deverá dar conhecimento ao Parlamento.

O certo, porém, é que a invocação de emergências justificadoras de Estado de exceção não é de modo algum recente. Se nos limitarmos à etapa posterior à Segunda Guerra Mundial, constataremos que há mais de três décadas essas leis vêm sendo sancionadas na Europa - tornando-se ordinárias e tornando-se na exceção perpétua -, tendo sido amplamente superadas pela legislação de segurança latino-americana.

A identificação da emergência está estritamente ligada à noção do inimigo. Nesse sentido, o Estado de exceção é instaurado quando o inimigo é identificado. Com isso, suspendem-se os direitos diante da necessidade de confrontar o inimigo e de defender a sobrevivência do Estado. O problema desse argumento é que a identificação do inimigo é uma construção subjetiva. Se olharmos para o Século XX, veremos que o inimigo assumiu várias feições. Segundo Serrano: “Conhecemos na primeira metade do século XX, até a Segunda Guerra mundial, a figura do inimigo étnico que justificou a suspensão de direitos de um grupo de determinada etnia. O inimigo é identificado fisicamente. Hoje por exemplo, nos Estados Unidos, o inimigo tem feições muçulmanas, diante da ameaça terrorista que se instaurou naquele país. [...] Portanto, neste contexto atual norte-americano, o inimigo tem também feições religiosas” (SERRANO, 2016, p. 97-98). Na ditadura militar brasileira, o inimigo era comunista, portanto, disperso pela sociedade.

Com isso, queremos afirmar que não podemos cometer o erro de pensar que o Estado de exceção, como prática política-jurídico, foi uma peculiaridade da segunda guerra mundial. Agamben é claro ao afirmar que o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma do governo dominante na política contemporânea. Prova disso foram as reações desencadeadas pelo governo norte-americano diante dos atentados de 11 de setembro. Numa investida global, contra os chamados inimigos da civilização ocidental o governo norte americano sistematizou e tornou lei, em

26 de outubro de 2001, um documento que autoriza invasão de lares, espionagem de cidadãos, interrogações e torturas de possíveis suspeitos de espionagem ou terrorismo, sem direito a defesa ou julgamento.

O Jurista Pedro Estavam Alves Serrano vai além e destaca que atualmente outro possibilitador do Estado de exceção é o chamado “ativismo judicial”. Contemporaneamente estamos presenciando cada vez mais, o poder judiciário ingressando radicalmente na esfera de competência do legislativo, implicando naquilo que chamamos de jurisdicionalização da política. Sobre isso, nos alerta Lenio Luiz Streck: “O problema do ativismo surge exatamente no momento em que a Corte extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária, seja para o “bem”, seja para o “mal” (2013, p. 22).

Serrano procura deixar claro que exceção na jurisdição é quando as decisões de um juiz se apresentam como mecanismos de desconstrução do direito com finalidade eminentemente política, seja pela suspensão da própria democracia, seja pela suspensão de direitos da sociedade ou parcela dela. A jurisdição como fonte de decisões de exceção pode ocorrer quando o juiz decide pela interrupção inconstitucional da normalidade democrática ou como decisão suspensiva de direitos fundamentais do ser humano. Todos sabemos que cabe ao poder judiciário a interpretação da ordem jurídica, portanto cabe ao poder judiciário o alcance dos direitos fundamentais.

Nos países de modernidade tardia e capitalismo periférico a negação dos direitos fundamentais são perceptíveis. A causa disso parece ser a presença de um Estado de exceção permanente, convivendo disfarçadamente com uma democracia formal que se realiza apenas na constituição. Outra razão, para a negação dos direitos fundamentais de uma grande parcela dos cidadãos é que o poder legislativo é parcialmente dominado pela expressão do conservadorismo.

Vejamos o que isso significa: na América Latina, o Estado de

exceção é uma presença constante convivendo com o Estado Democrático de Direito, e o judiciário legitima medidas de exceção que atingem grande parte da população. Esse é o verdadeiro "*modus operandis*" da justiça. Aquele Estado Democrático, como o formulado na constituição, se realiza concretamente, apenas a uma pequena parcela da população, a economicamente incluída. Quando uma pessoa comete um crime (bandido) e lhe é imputada uma conduta de forma pública, consensos sociais são criados em torno dele, logo se vê, objetivamente, uma espécie de exclusão de sua proteção mínima. Os consensos que a mídia cria em torno de supostos bandidos (inimigos), faz com que, em muitos processos, o resultado seja conhecido antecipadamente, independente do que o processo venha a produzir. Nesse caso o poder judiciário é o soberano, na definição de Carl Schmitt, é ele o titular da definição última, é ele quem declara o inimigo. Casos assim demonstram que a jurisdição funciona como fonte legitimadora e realizadora da exceção.

Para Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, a segunda forma de exceção exercida pela jurisdição na América Latina é a suspensão de governos eleitos democraticamente. Isso começou a ocorrer com ascensão ao poder de governos de esquerda democrática. Para combater esses governos, o legislativo e o judiciário (espaços de expressão do conservadorismos e defesa do capital) começaram a produzir atos formais com o intuito de derrubar projetos políticos, que de algum modo afrontavam as elites conservadoras. Com isso, começou a se tornar normal, na América latina, a interrupção inconstitucional da democracia representativa, legitimada pela Corte Constitucional, como foi o caso de Honduras, Paraguai e Brasil.⁴

⁴ Em Honduras, o presidente Manoel Zelaya foi deposto por uma decisão do Parlamento, onde não lhe foi oferecido qualquer direito de defesa, e por uma ordem liminar da Corte Suprema daquele país que determinou sua prisão sem prévia oitiva. Tal ordem judicial poderia até ser aceita como compatível com a Constituição não fosse o presidente preso pelas Forças Armadas e não pela força de segurança pública, como ordenado pela Carta Magna hondurenha, e não tivesse sido expulso do país, em flagrante desrespeito a dispositivo específico da referida Constituição que impede a expulsão de cidadão

O discurso que legitima a instauração de um Estado de exceção se efetiva com a construção da figura de um inimigo do Estado. Na ditadura nazista, por exemplo, o Estado de exceção foi declarado para combater o inimigo judeu e comunista, nas ditaduras militares da América latina os direitos fundamentais foram suspensos para combater o inimigo comunista. O fato é que os inimigos da sociedade são construções políticas. Ao se construir consensos sobre quem é o inimigo, logo a pauta passa a ser o combate e para destruí-lo uma massa passa a clamar por um Estado autoritário, que passa a ser o controlador dos avanços de direitos e conquistas sociais daquela maioria que sempre viveu marginalizada.⁵ Os defensores do Estado de exceção acreditam que o direito é uma boa forma de administrar as sociedades em tempos de paz, mas, quando a sociedade é ameaçada por inimigos, é lícito e legítimo aceitar Estados de exceção para restabelecer a ordem. É uma lógica que se aplica às guerras externas. Em muitos momentos, houve a tendência de trazer a lógica da guerra para a lógica interna. O argumento para esses casos é: identificado o inimigo, este não deve ter os mesmos direitos dos demais cidadãos.

hondurenho. A nulidade da ordem judicial só foi reconhecida pela Corte Suprema após o término do que deveria ter sido seu mandato. No Paraguai, o desrespeito cometido pela sala constitucional da Corte Suprema de Justiça à Carta Magna foi ainda mais grosseiro. A Corte negou vigência ao artigo 17 da Constituição, que garante defesa “no processo penal, ou em qualquer outro que possa derivar pena ou sanção”. Obviamente, a cassação de mandato eletivo é uma sanção grave, mesmo se realizada em processo político. É bizarro juridicamente imaginar como adequado ao Estado de Direito a realização de um processo político de impedimento sem direito a ampla defesa, como ocorreu no caso de Fernando Lugo.

⁵ O caso emblemático vivido no Brasil nos últimos meses é a investigação denominada de “Lava-Jato”. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região fez uma declaração formal da exceção, dizendo que a “Lava Jato” estava lidando com questões de caráter excepcional e que, portanto, não deveria se submeter às normas gerais, ou seja, à lei e à Constituição. Este é o caso emblemático em que a justiça declara que devido a magnitude do caso a ordem jurídica é suspensa para assim poder combater o inimigo. Em nome do combate ao inimigo usa-se do judiciário para perseguir adversários políticos. Não queremos entrar nas minúcias do caso, mas vários especialistas demonstraram que a operação cometeu várias transgressões à literalidade da lei, mas a Corte não toma as medidas para conter a exceção. Qualquer crítica que é feita à operação o argumento é de que o crítico não passa de um defensor dos corruptos.

Considerações finais

Portanto, diferente de como imaginava Carl Schmitt, na contemporaneidade, a exceção não se localiza apenas no âmbito da crise política ou na situação excepcional e temporária. A exceção está se transformando em regra no interior da rotina de nossas sociedades democráticas, como espaço de soberania absolutista, suspensivo do direito. No século XXI assistimos a exceção se apresentar como instrumento político para conter os processos democráticos e os consequentes avanços sociais. Se no início do Século XX, o Estado de exceção, quando invocado, interrompia o Estado Democrático, o que presenciamos nesse início do século XX é uma mudança de natureza. Os mecanismos de exceções são inseridos no Estado de Direito Democrático transformando-se em uma técnica de governo. Um exemplo de Estado de exceção sem a interrupção da democracia representativa é o *Patriot Act*⁶, mas nesse caso o inimigo é identificado como o estrangeiro, ou seja, não é o cidadão americano. No caso da América Latina a identificação da exceção como técnica de governo é mais complexa de ser identificada, mas o fato é que nessa parte do mundo, como é o caso do Brasil, o Estado Democrático de direito é apenas formal, acessível para uma pequena parcela dos cidadãos, os chamados consumidores ativos. A outra maioria absoluta da sociedade vive sob a égide de um estado autoritário, de exceção permanente, com os direitos fundamentais negados diariamente. É um estado de exceção sem que haja a suspensão da ordem jurídica vigente, legitimado pelo discurso do combate ao inimigo.

Somado a isso, é importante lembrarmos das teses de Todorov que afirmavam que ao contrário do ocorrido em grande

⁶ *Patriot Act* foi um decreto assinado pelo presidente George W. Bush logo depois dos atentados de 11 de setembro de 2001. O decreto permitia, entre outras medidas, que órgãos de segurança e de inteligência dos EUA interceptassem ligações telefônicas e e-mails de organizações e pessoas supostamente envolvidas com o terrorismo, sem necessidade de qualquer autorização da Justiça, sejam elas estrangeiras ou americanas.

parte do século XX, quando o totalitarismo era seu principal inimigo, as ameaças que hoje pesam sobre a democracia não vêm de fora, mas são cultivadas em seu interior. A democracia triunfou no século XX como forma de organização política dos governos. Havia uma expectativa, além da sua expansão, de que ela pudesse despertar o entusiasmo dos diversos povos, mas o que podemos observar é uma verdadeira ilusão e em quase todos os lugares, verifica-se uma verdadeira apatia.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Agamben: a democracia é um conceito ambíguo* [17 nov. 2013]. Entrevistadores: Anastasia Giamali; Dimosthenis Papadatos-Anagnostopoulos. Atenas. Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/2014/07/04/agamben-a-democracia-e-um-conceito-ambiguo/>>. Acesso em: 01 ago. 2014.

AGAMBEN, G. *Homo sacer: il potere sovrano e la nuda vita*. Torino: Einaudi, 1995.

AGAMBEN, Giorgio. *Stato di Eccezione*. Homo sacer II/1. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.

BAZZICALUPO, Laura. *Biopolítica: una mappa concettuale*. Roma: Carocci, 2012.

CANDIOTTO, Cesar. Ética e política em Michel Foucault. *Trans/Form/Ação*, Marília, v. 33, n. 2, p. 157-176, 2010.

CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Trad. Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

CERF, Juliette. *Agamben: o pensamento como coragem*. 2014. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2014/08/28/agamben-o-pensamento-e-a-coragem-do-desespero/>>. Acesso em: 10/12/2015

ESPOSITO, Roberto. *Bios: biopolítica e filosofia*. Trad. M. Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010.

RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção*. São Paulo: Alameda, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

NASCIMENTO, Daniel A. *Do fim da experiência ao fim do jurídico: percurso de Giorgio Agamben*. 2010. 2010. Tese (Doutorado em Filosofia) - Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, UNICAMP, São Paulo. 2010.

TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.

TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

A crise do estado face à questão dos refugiados e a proteção dos direitos humanos a partir do cosmopolitismo

*Fernando Hoffmam*¹

*Raquel Frescura Ceolin*²

*Fernanda Siqueira Lemes*³

1 Introdução

O presente artigo busca tratar da problemática que envolve a busca pela proteção e concretização dos direitos humanos nos limites e para além do Estado-nação, a partir de uma concepção cosmopolita, e, conseqüentemente, de um direito cosmopolita que consiga conquistar a efetivação dos direitos humanos na prática, seja local ou globalmente.

¹ Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Bolsista PROEX/CAPES; Membro do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição e da Rede Interinstitucional de Pesquisa Estado e Constituição, vinculado à UNISINOS e ao CNPQ; Professor Titular do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/Câmpus Santiago); Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Justiça e Cidadania, vinculado à URI e ao CNPQ; Especialista em Direito: Temas Emergentes em Novas Tecnologias da Informação e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA).

² Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/Câmpus Santiago).

³ Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/Câmpus Santiago).

Nesse sentido, parte-se de uma análise da situação dos direitos humanos, da aplicação nacional e internacional, bem como da busca pela concretização na prática, em face da necessidade de o Estado pensar em um direito que não abranja somente o local, mas sim, o global, e, dessa forma, todos os sujeitos de direitos onde quer que estejam.

Num segundo momento, trata-se da questão do cosmopolitismo e do direito cosmopolita, especialmente a partir da construção teórica de Immanuel Kant, estabelecendo um ambiente de abertura cosmopolita do Direito e do Estado no caminho pela proteção e efetivação dos direitos humanos. Nesse caminho, devido à globalização e o constante fluxo de refugiados que buscam asilo em outros países, fala-se da situação que os mesmos encontram, num contexto ora de fechamento, ora de aberturas do Estado, do Direito e dos direitos humanos, que devem ser garantidos a todos os indivíduos, sejam nacionais ou estrangeiros, independente da situação em que se apresentem.

Após, pensando na concretização dos direitos humanos na prática, fala-se na possibilidade de se construir uma cidadania cosmopolita que trate dos sujeitos para além dos limites do Estado-nação, tratando, especificamente, o presente artigo, da situação dos refugiados que tem seus direitos básicos violados diariamente, o que é inaceitável e deve ser combatido, buscando-se garantir, então, tais direitos, para todos os sujeitos, independente do local em que se encontrem.

2 Os limites do estado-nação confrontados pela necessidade de garantia e concretização dos direitos humanos

Vive-se em uma sociedade em que cada membro age e pensa de forma diferente, sendo assim, deve haver ordem e respeito, para que se tenha o mínimo de condições de vida. Em meio a essa diversidade, também há intolerância e violência, surge, então, a necessidade de uma proteção aos Direitos Humanos, que são

violados diariamente e são fundamentais para que se possa ter uma vida digna, o que deve ser garantido para todos.

Nessa linha, pode-se entender os Direitos Humanos como um conjunto de valores históricos, básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-econômico-física de todos os cidadãos, surgem sempre como condição essencial da vida, conferindo aos agentes político-jurídico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los tanto em benefício próprio como em benefício comum. (BOLZAN DE MORAIS, 2011).

A origem dos direitos humanos vem da incansável luta e da ação social pela abertura e concretização de espaços de liberdade e dignidade humanas. Inclusive, podem ser idealizados como um conjunto de práticas sociais, simbólicas, culturais e institucionais que visam impedir qualquer tipo de excesso de poder que impeça os seres humanos de constituir-se como sujeitos. (RUBIO, 2013).

Esses direitos encontram-se expressos em diversos artigos na Constituição Federal Brasileira, bem como em tratados e declarações, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a qual foi um marco na história da proteção dos direitos humanos e uma conquista para toda sociedade-mundo.

Passa a existir, então, a Declaração Universal dos Direitos Humanos buscando fazer com que os direitos ditos fundamentais passem a ser uma obrigação do Estado com a sociedade, e dos cidadãos entre si, tanto em esfera nacional quanto internacional.

Nesse sentido, considerando a existência da violação de direitos humanos, buscou-se elaborar um sistema normativo de proteção desses direitos composto tanto por instrumentos de abrangência geral, como os Pactos Internacionais que tratam de Direitos Cíveis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, quanto por instrumentos de abrangência específica, que tratam de questões internacionais, como as Convenções internacionais que buscam responder a determinadas violações de direitos humanos, como a tortura, a discriminação

racial, a violação dos direitos das crianças, dentre outras formas de violação. (PIOVESAN, 2001).

A Declaração acima mencionada introduz uma concepção contemporânea de direitos humanos, que se destaca pela universalidade e indivisibilidade destes direitos, sendo que a condição de pessoa é o requisito exclusivo para a titularidade de direitos, e, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao dos direitos econômicos, sociais e culturais. A partir dessa Declaração, o Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a se desenvolver, mediante a adoção de inúmeros mecanismos internacionais de proteção. (PIOVESAN, 2001).

Desse modo, com o intuito de se fazer concretizar na prática a proteção dos direitos constantes na Declaração, surgem instrumentos nacionais e internacionais, gerando obrigações para os Estados aderentes, para que façam sua parte no que se refere a esses direitos, fazendo com que toda sociedade-mundo tenha essas garantias, e assim melhores qualidades de vida, diminuindo a desigualdade social e as conseqüentes formas de preconceitos existentes.

Na busca pela internacionalização dos Direitos Humanos, têm-se alguns sistemas que agem com essa finalidade, dentre eles, sistemas que se dão em esfera global, e que tem agentes regionais como integrantes, e os sistemas regionais, que buscam incrementar no interior de cada Estado aquilo que se define em esfera internacional.

Os sistemas regional e global não são divididos, são complementares, guiados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compondo o universo de mecanismos de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Nesse sentido, os diversos preceitos que visam à proteção de direitos humanos interagem, em benefício dos cidadãos protegidos. Tais sistemas se complementam, ao adotar o princípio da primazia da pessoa humana, somam-se ao sistema nacional de proteção, buscando gerar maior efetividade na promoção de direitos fundamentais. (PIOVESAN, 2001).

Esse sistema global dá-se por meio de organizações estatais que trabalham em conjunto em relação à regulamentação dos direitos fundamentais, colocando em debate matérias que são essenciais para a ordem social, agindo também isoladamente em seus territórios, assim visando garantir a proteção dos direitos em cada território e, conquistando isso, além deles. Fala-se, portanto, em um conjunto de ações dos Estados, que quando somadas contribuem para uma melhoria em toda sociedade-mundo.

Nesse contexto, percebe-se que os Direitos Humanos são universais⁴ e cada vez mais se alargam, não sendo definitivos, pois com novas situações que surgem, exigem-se novos instrumentos de resguardo e efetivação, considerando que a sociedade está sempre em constante mudança e evolução. (BOLZAN DE MORAIS, 2011).

Constata-se que os tratados internacionais de direitos humanos inovam no universo dos direitos nacionalmente consagrados, tanto reforçando sua imperatividade jurídica, como adicionando novos direitos, ou suspendendo os que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos. Em todas as hipóteses, o direito internacional dos direitos humanos apenas vem a aperfeiçoar e fortalecer, nunca a reduzir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional. Neste sentido, os instrumentos internacionais de direitos humanos invocam a incorporação, ampliação e fortalecimento de direitos e garantias voltadas à proteção dos direitos humanos, a serem tutelados perante as instâncias nacionais e internacionais. (PIOVESAN, 2001)

Dessa forma, é essencial a interação entre o conjunto de direitos nacionalmente previstos e o de direitos internacionais. Ao ratificar os tratados de direitos humanos, contraindo as obrigações internacionais dele decorrentes, o Estado passa a consentir com o

⁴ Aqui, não se pretende adentrar a discussão universalismo/relativismo, por não ser escopo desse trabalho, bem como, pelo limite espacial. No entanto, cumpre deixar claro que quando se fala em direitos humanos universais, não se pretende um universal uno, mas sim, um constructo dialogado do que são direitos humanos.

controle à fiscalização da comunidade internacional, quando, em casos de violação de algum direito fundamental, a resposta da devida instituição nacional se mostra falha ou omissa. Cabe ressaltar que o Estado tem sempre a responsabilidade primária, constituindo a ação internacional uma ação suplementar, adicional e subsidiária, que pressupõe o esgotamento dos recursos internos para o seu acionamento. (PIOVESAN, 2001). Ou seja, os Estados que aderem esses mecanismos internacionais, tem o dever de controlar a aplicabilidade dos mesmos em relação às normas internas, bem como de agir de boa-fé, visando sempre se praticar o que for mais benéfico para a sociedade.

Ainda, os Estados devem observar alguns parâmetros mínimos protetivos, buscando impedir retrocessos, bem como a aplicação dos direitos humanos quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas, aparecendo então o sistema internacional como uma contribuição, propiciando progressos e avanços internos na proteção dos direitos humanos em um determinado Estado. (PIOVESAN, 2001).

Assim, como os direitos humanos se dirigem a todos, sem exceção, o compromisso com a luta pela sua concretização caracteriza tarefa de todos, que devem agir com solidariedade, entre si, bem como com um comprometimento comum com a dignidade humana (BOLZAN DE MORAIS, 2011).

Nesse contexto, os direitos humanos representam os principais instrumentos que dispomos contra o canibalismo dos poderes público e privado e o narcisismo dos direitos. Os direitos humanos representam de certa forma, um elemento utópico por trás dos outros direitos, constituindo uma reivindicação à justiça. Existe uma poética nos direitos humanos que desafia a racionalidade da lei: quando uma criança em chamas foge de uma cena atroz no Vietnã, quando um corpo esquelético e de olhos apáticos encara a câmera por trás da cerca de um campo de concentração, um sentimento trágico irrompe e me coloca, como espectador, cara a cara com a minha responsabilidade, uma responsabilidade que não

deriva de códigos, nem de convenções ou leis, mas de um sentimento de culpa pelo sofrimento no mundo, de uma obrigação de salvar a humanidade, de solidariedade aos olhos da vítima. (DOUZINAS, 2009). Com efeito:

Não se trata somente de incrementar uma consciência e uma cultura jurídica de proteção, mas também, além disso, potencializar uma cultura de direitos humanos em geral, que acentue a dimensão pré-violadora a partir de onde se constroem-destroem e se articulam-desarticulam, porque na realidade, somos nós, os seres humanos, do lugar que ocupamos no mundo e da maneira como nos movimentamos, que, utilizando a via jurídica, participamos dos processos de construção ou destruição dos direitos humanos, sejamos ou não sejamos juristas. (RUBIO, 2013).

Nesse sentido, em face do complexo universo de relações internacionais em que nos inserimos, torna-se fundamental que haja essa preocupação com os direitos humanos, sendo que se tornou muito fácil para um cidadão, se deslocar e estar em outro lugar que não o de sua nacionalidade, e deve-se ter um controle sobre isso, para que não haja violação de direitos que são fundamentais à nossa existência.

Feitas essas considerações acerca da proteção dos direitos humanos nos limites dos territórios e para além deles, passa-se à análise do Direito Cosmopolita e das ideias de Immanuel Kant, quanto à busca por um “organismo” que garanta esses direitos.

3 O estado a partir de uma mirada cosmopolita e a questão dos direitos humanos na contemporaneidade

Buscando-se concretizar a proteção dos direitos humanos, fala-se em um Direito Cosmopolita, baseado em uma ligação entre Estados-nação com o intuito de garantir a eficácia dos direitos humanos na prática, de modificar a realidade e até mesmo a forma como a sociedade trata seus semelhantes. O Direito Cosmopolita

encontra suas raízes nas ideias do filósofo Immanuel Kant, sobretudo em sua obra Rumo à Paz Perpétua.

O direito kantiano não busca dar normas sobre assuntos tradicionalmente tratados pelo direito natural, mas, sim, aos que dizem respeito às particularidades, individualidades de cada povo. Desse modo é que Kant, referindo-se à colonização, pode censurar a dominação que um povo exerce sobre outro sob o pretexto de promover sua civilização. (NOUR, 2013).

Dessa forma, tem-se o direito conceituado como um conjunto de condições sob as quais o arbítrio, a vontade de um cidadão, pode agregar-se com o arbítrio do outro, de acordo com uma lei universal da liberdade que vise garantir tanto os direitos de um, quanto do outro, mas sempre respeitando suas liberdades individuais. (NOUR, 2013).

A partir desse conceito de direito, Kant apresenta seu princípio universal, ou seja, o critério do que é justo, considerando ser justa toda ação que permite que a liberdade do arbítrio de cada um coexista com a liberdade de qualquer outro, segundo uma lei universal. (NOUR, 2013). Nesse sentido, para Zanella a teoria cosmopolita de Kant visa assegurar uma condição que esteja em comum acordo com o direito de liberdade de todos os homens, sendo que uma constituição civil de indivíduos, o Estado, tem como objetivo alcançar essa meta entre as pessoas unidas por um território compartilhado. (ZANELLA, 2012).

Como foi elucidado, verifica-se que há uma relação mútua entre os cidadãos na sociedade em que vivem, cada qual com suas liberdades individuais, que se agregam formando liberdades coletivas, respeitando limites fundamentais, baseando-se nos conceitos, nos princípios e na lei universal do direito, sendo que a liberdade de cada um encontra seus limites na liberdade do outro.

Dessa maneira, a comunidade que se foi estabelecendo entre os povos, chegou até o ponto de que uma violação do direito cometida em um determinado lugar repercutisse nos demais, o que nos leva a concluir que a ideia do direito, do cidadão mundial, não é

uma fantasia jurídica, mas um complemento fundamental do Código não escrito do direito político e do das gentes, que se eleva à categoria do direito público da humanidade, sendo condição necessária para que possa nutrir a esperança de uma aproximação do estado pacífico (KANT, 2010).

Uno dos principales cometidos del Derecho público o positivo consiste en servir a la razón como instrumento de coordinación de la libertad de los individuos dentro del Estado. (ALONSO, 2002, p. 72).

En esa sociedade jurídica universal estará comprendida toda la humanidad sin excepciones, y en ella es donde se realizarán sincronicamente la libertad y la paz. A este respecto, conviene tener en cuenta que, para nuestro autor, la constitución de una sociedade jurídica internacional encarna en realidad la culminación de un oculto plan de la Naturaleza (o de la Providencia): la perfecta integración civil de la especie humana en su totalidad en “un estado cosmopolita universal” (*ein allgemeiner weltbürgerlicher Zustand*), em cuyo seno ésta (la humanidad) podrá desarrollar todas sus disposiciones originarias. (ALONSO, 2002, p. 73).

Conforme explica Kant, com uma aproximação dos homens unidos por princípios em comum, e com o aumento da cultura, se chegaria a entendimentos pacifistas, conquistando um equilíbrio das forças ativas, lutando juntamente para uma sociedade melhor (KANT, 2010).

Sendo assim, não haveria uma desconsideração da soberania do Estado, mas, a mesma seria resguardada por meio da garantia da liberdade e da paz entre os Estados. Portanto o entendimento de Kant em relação a uma federação de Estados livres é constitutivo do cosmopolitismo. (ZANELLA, 2012).

Nour afirma que o direito das gentes trata da relação de um Estado com outro Estado e da relação dos indivíduos de um Estado com os do outro. O direito das gentes é, então, um direito interestatal, e os povos ou nações, a partir disso, só são sujeitos do direito internacional quando constituem Estados. Kant diz na

“Doutrina do direito” que o direito das gentes, hoje conhecido como direito internacional, deveria se chamar “direito dos Estados”. (NOUR, 2013).

As pessoas não podem negar ou diminuir direitos de quem quer que seja, e para que esses direitos sejam protegidos, é necessária, além da Constituição interna do Estado, a elaboração de um Estatuto que una as nações em uma união semelhante à do Estado, cujo objetivo principal seja a resolução de conflitos internacionais (KANT, 2010).

En un proyecto de sociedad cosmopolita como el kantiano, los fines e intereses de cada individuo pueden ser perfectamente compatibles con los valores universales de toda la humanidad. Así pues, el hombre, como ser dotado de racionalidad y de condiciones suficientes para asociarse con sus congéneres mediante pactos o contratos, deberá, como ya sabemos, colaborar activamente en la creación de una sociedad civil y un Estado. (ALONSO, 2002, p. 75).

Portanto, trata-se de uma verdadeira sociedade mundial, a qual busca conquistar uma hospitalidade universal. Assim, não se fala em excluir o direito interno de cada cidadão e substituí-lo por um direito internacional, mas sim de se obter um direito que se agregue ao direito interno, vinculando os diversos povos uns com os outros, o que seria possível, para Kant, através do direito cosmopolita.

Sendo assim, os Estados devem ser livres para decidirem se querem entrar em tal associação de Estados ou não, e essa escolha tem que ser feita voluntariamente, para que eles ajam com responsabilidade conforme os seus interesses e em conformidade com o que for de sua preferência: guerra ou paz. (ZANELLA, 2012).

Nesse sentido, para definir-se um cidadão como cidadão mundial, não é necessário que haja um Estado mundial que retenha sua cidadania em relação ao Estado individual de que faça parte, ou seja, há a ideia de uma cidadania mundial, na qual o cidadão faz parte de um determinado território, mas pode, respeitando algumas

regras, fazer parte de outro, porém sem a obrigação de um Estado mundial regulando tal relação.⁵

Outrossim, considerando a diversidade que há no mundo, que se encontra sempre em constante evolução e aprendizado, ser cidadão do mundo significa ser membro de uma sociedade em um modificar-se contínuo, em um desenvolvimento constante.

Ou seja, como se fala de um direito cosmopolita baseado na união dos Estados, e não na criação de um Estado mundial, fala-se também em cidadãos globais, que tem as características dos seus Estados individuais, mas ao visitar outros Estados podem adquirir características dos mesmos.

A constituição de uma sociedade jurídica universal é o ideal para a história futura, porque esse Estado final só pode ser assegurado pela paz universal, e a paz universal torna-se um ideal moral da humanidade, o agir em conformidade constitui um dever nosso, e para nós não deve importar se ele poderá ser realizado e quando o será. (BOBBIO, 2000).

Nesse contexto, Höffe trata de uma nova concepção quanto à cidadania, considerando cidadão mundial como:

Considere-se cidadão mundial ou cosmopolita aquele que não se atém à fronteiras, que se desloca por todo o mundo, porém que se sente – mais ou menos – em casa por todas as partes por onde anda. Na medida em que conserva sua língua, sua cultura e seus costumes, mas se deixa levar pela língua franca (antigamente era o grego, hoje em dia é o inglês), não passa de um cosmopolita de

⁵ Cabe ressaltar que Kant, trata do direito das gentes e defende um direito público que regule a vontade geral dos povos, alegando que tal instituto jurídico deve se originar de um pacto da associação livre dos Estados, falando-se, então, em uma federação de nações, que agem conjuntamente, sem a necessidade de ter um Estado mundial sob os outros, e que tenha como fim evitar a guerra e buscar a paz. Nesse mesmo sentido, Kant afirma que tais máximas, referentes ao direito das gentes, devem-se aplicar ao direito de uma cidadania mundial, sendo que tem íntima semelhança. (KANT, 2010). Considerando essa federação de estados livres, tem-se, então, “A ideia de uma cidadania para além do Estado-nação, que firma-se no direito das pessoas, independentemente de suas nacionalidades, de serem portadoras de garantias reciprocamente reconhecidas entre os Estados, um direito que se funda em uma perspectiva universal (mas não unificadora) de direitos humanos e na pragmática necessidade de se construir soluções globais democráticas.” (LUCAS, 2013, p. 118).

primeiro grau: viajante mundial, que, mesmo no estrangeiro, não abre mão de seus vínculos locais e nacionais. Só virá a ser um cidadão mundial mais sofisticado, um cosmopolita de segundo grau, se alcançar aquela abertura para o mundo que o faça perceber o estrangeiro, reconhecendo-o com igualdade de valor. Em um sentido mais intenso, cidadão mundial é aquele que leva sua própria cultura a um outro país, mas se deixa marcar pela nova cultura e não abdica das novas características após o retorno a sua terra natal. (HÖFFE, 2005, p. 394).

Por diversas razões é afastada a ideia de que os Estados se unam formando um Estado universal, com base institucional para o direito cosmopolita, entretanto, Kant exige que o direito cosmopolita tenha alguma base institucional, tratando-se de uma aliança de povos. (NOUR, 2011).

Para Bobbio, uma constituição jurídica que possa abranger não somente os indivíduos nos seus estados individuais, mas também todos os estados entre si, pode garantir o desenvolvimento pacífico de todos, definindo condições para que a humanidade possa avançar sem voltar ao estado de barbárie primitiva. (BOBBIO, 2000).

Nos artigos definitivos da paz perpétua, Kant pensou em uma organização dividida em três níveis, que segundo Zanella, tratam:

i) do direito interno de cada país e do estabelecimento dos direitos e dos deveres que devem existir entre os cidadãos e o seu governo, ou seja, trata-se de uma relação entre os cidadãos de um país, ou ainda, entre o governo e os cidadãos, ou seja, trata-se de uma relação do Estado para com os seus cidadãos; ii) do direito internacional e do estabelecimento necessário de uma condição jurídica que deveria existir entre os vários governos do mundo como entidades representativas, portanto, trata-se aqui de uma relação entre os Estados ou de Estado para Estado; e, iii) do direito cosmopolita e da condição jurídica que deveria existir entre todos os seres humanos e todos os governos do mundo, sem a consideração de raça, cor, religião, origem ou cidadania, portanto, trata-se de uma relação entre os cidadãos (sejam eles provenientes

de qualquer lugar, exceto sua terra materna, portanto, devem ser estrangeiros) e os Estados. (ZANELLA, 2012, p. 107).

O cosmopolitismo não significa desapego às raízes, muito menos subestimação ou depreciação das tradições, ao contrário, valoriza-as, pois quando um cidadão visita outro Estado, não perde o que já conquistou no anterior, mas só tem a acrescentar. (NASCIMENTO, 2011).

Sendo assim, o melhoramento dos costumes humanos não visa somente uma melhoria da própria pessoa humana individualmente, mas também tem a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento do conjunto de toda sociedade humana, bem como de suas instituições. (ZANELLA, 2012).

Sabe-se que o homem nem sempre agirá de forma racional, e sendo assim, necessita ser orientado por leis, por um sistema jurídico. Na comunidade ética, as leis buscam promover a moralidade das ações, segundo um princípio interior, enquanto que na sociedade jurídica, coordenada pelos homens na forma do Estado, as leis visam garantir que as ações sejam realizadas em conformidade com a lei. (ZANELLA, 2012).

Mesmo se pensando o cosmopolitismo como uma utopia, ele apresenta-se como uma possibilidade frente aos dias atuais, na medida em que seus princípios são necessários à própria natureza humana. O reconhecimento da alteridade, da dignidade e solidariedade, com certeza apresentam-se como elementos fundamentais ao futuro da humanidade. (NASCIMENTO, 2011, p. 136).

Ainda, mesmo divergindo em relação a algumas ideias fundamentais de Kant quanto ao cosmopolitismo, Höffe se posiciona no sentido de que deveria haver uma troca entre os diversos Estados, e também, entre os diversos planos normativos, internacional, regional e nacional. Ora, trata-se de que o direito, no sentido filosófico, não se vincula ao caráter estatal, em seu sentido

tradicional e restrito, mas sim, está aberto aos outros Estados, bem como aos demais planos normativos. (HÖFFE, 2005).

Sendo assim, todas as pessoas, na qualidade de cidadãs e membros da sociedade, devem ter seus direitos assegurados, não só no âmbito nacional, como no âmbito internacional, o que nos remete ao Direito Cosmopolita como forma de garantir desses direitos.

Trata-se, portanto, de um Direito Cosmopolita que diz respeito às liberdades e Direitos de cada povo, regulado segundo uma “lei universal”, ou seja, da proteção dos Direitos Humanos por meio de medidas de ordem internacional, através do trabalho em conjunto dos Estados, que visam proteger tanto sua sociedade interna, quanto a sociedade-mundo, o que inclui, também, as pessoas que se encontram na situação de refugiadas ao buscar asilo em outro país, conforme se expõe no capítulo seguinte.

4 Por uma cidadania cosmopolita e os direitos humanos como direitos de todos, em todos os lugares⁶

Todas as pessoas, na qualidade de cidadãs e membros da sociedade, devem ter seus direitos assegurados, não só no âmbito nacional, como no âmbito internacional. Quem necessitar de asilo em outro país, por exemplo, deve ter esse direito garantido, de forma que não sofra consequências negativas pela ineficácia da legislação, nem preconceito e repúdio de uma sociedade que não sabe ser solidária com o próximo.

Seguindo esse pensamento de que deve haver sempre a expectativa na busca pela paz e por dignas condições de vida para toda comunidade, Kant tratou do direito cosmopolita aludindo que o mesmo deve respeitar às condições de hospitalidade universal, ou seja, considerando que a hospitalidade consiste em não tratar qualquer estrangeiro que se encontre em outro país como se fosse um inimigo, um estranho perigoso. (KANT, 2010).

⁶ Inspirado livremente no presente artigo: (BOLZAN DE MORAIS, 2002).

Em um dos seus artigos definitivos, Kant ilustra que a paz não é o estado de natureza do homem, mas sim, a guerra o é. Para tanto, não basta que se evite que as hostilidades iniciem, mas, os Estados devem garantir segurança à sociedade, e, assim, a paz deve ser buscada. (KANT, 2010).

No terceiro artigo definitivo da Paz Perpétua, Kant fala do direito cosmopolita no tratamento ao estrangeiro, que deve ser tratado com hospitalidade, o que se aplica, também, aos refugiados:

Significa hospitalidade o direito de um estrangeiro de não ser tratado hostilmente pelo fato de ter chegado ao território alheio. Este pode repeli-lo se a repulsa não for causa da ruína do recém chegado; mas enquanto o estrangeiro se mantenha pacificamente no lugar, não é possível hostilizá-lo. (KANT, 2010, p. 59).

Nesse sentido, o refugiado não deve ser tratado com inimizade, rejeição, pois ao buscar asilo em outro país, ele não tem o intuito de estabelecer uma guerra, uma briga, mas, tão somente, de poder continuar sua vida de maneira pacífica, longe das guerras e do ambiente violento em que se encontrava.

Ainda, quem está buscando asilo não exige ser tratado como um hóspede, amigo ou convidado, com benefícios, mas sim, como um visitante, que, considerando o espaço terrestre, ninguém tem mais direito de estar em algum lugar do que o Outro. O Outro, que é também Eu Mesmo. (KANT, 2010).

O refugiado é o representante da alteridade e o símbolo do nosso próprio exílio, é o Outro absoluto, o sinal de que nós mesmos não conseguimos encontrar paz e segurança em uma existência isolada e protegida, essa é a razão pela qual o refugiado é visto como uma ameaça, sua chegada faz lembrar que nós também, em nossas moradias seguras, jamais estamos em casa. Ele coloca em xeque as reivindicações de universalização dos direitos humanos. (DOUZINAS, 2009).

Nesse contexto, todo cidadão do mundo tem o direito de buscar uma comunidade com todos os habitantes da terra, e para

realizar essa vontade, ele tem o direito de visitar todas as regiões da terra. Esse direito significa a possibilidade das pessoas transitar por todos os lugares da terra, e, também, a possibilidade dessas mesmas pessoas, como estrangeiras, não serem tratadas como se fossem inimigas. Isso é o que Kant chamava de hospitalidade universal: a possibilidade de a humanidade abrir o que pode ser chamado de “espaço do cosmopolitismo”. (ZANELLA, 2012).

Las transformaciones de la ciudadanía, a través de las cuales extienden derechos a individuos en virtud de residencia en vez de identidad cultural, son los indicadores más claros de tales normas cosmopolitas. Aun así y en la medida en que los entes políticos tratan como si fueran criminales a aquellos cuya condición de pertenencia no está definida – tales como migrantes, refugiados y asilados indocumentados, cuyas solicitudes están en trámite –, no se ha alcanzado el cosmopolitismo en la arena internacional. El derecho a la hospitalidad universal se ve sacrificado en el altar del interés del Estado. (BENHABIB, 2004, p. 129).

Deve-se buscar descriminalizar o movimento global de pessoas, seja pelo Estado, ou pela sociedade no geral, tratando cada pessoa com dignidade, independente do seu status ou cidadania política. Isso significa reconhecer que ultrapassar fronteiras e entrar em país diferente não é um ato criminoso, mas uma liberdade humana e a busca pelo aperfeiçoamento humano em um mundo que temos para compartilhar com nossos vizinhos. (BENHABIB, 2004).

Sendo assim, os refugiados, ao encontrar-se em situações de perigo, devem ser tratados como todos os outros cidadãos, de forma justa e que não sofram de preconceitos de quem nem os conhece, como se fossem criminosos. Vale lembrar que, ninguém está livre disso, aquela pessoa que hoje se encontra na situação de refúgio não é diferente de nós apenas por esse fato, somos todos seres humanos merecedores de respeito e de proteção.

Nessa linha, tem-se a hospitalidade como um direito que pertence a todos os seres humanos, na medida em que são

considerados como participantes de uma república mundial, e não como uma virtude de sociabilidade, um benefício que mostramos aos forasteiros que vem para a terra de outro em decorrência de circunstâncias naturais ou históricas. (BENHABIB, 2004). O direito de ter direitos, hoje, significa o reconhecimento que cada pessoa deve ter na condição de ser humano, independentemente da sua cidadania e nacionalidade. (BENHABIB, 2004). Com efeito:

Confrontar o refugiado levanta a possibilidade de que nós, igualmente, somos refugiados, o que implica meu dever não apenas de aceitar o Outro, mas também de aceitar que sou um Outro, e a necessidade de estender a noção do estrangeiro itinerante até a “estrangeiridade” que habita profundamente em mim e na comunidade política. O refugiado está dentro de nós. Ao lutar com o refugiado, lutamos com nosso inconsciente, esse lugar impróprio em meio de nós próprios. O refugiado é o lado obscuro da nossa identidade. Quando chega, nosso consciente individual e coletivo experimenta o insólito. Ao manda-lo embora, pensamos negar o trauma, pensamos que protegemos a nós mesmos do terrível reconhecimento de que o Outro, o refugiado está em nós, e que não podemos evitar viver como Outros. (DOUZINAS, 2009, p. 371).

Ou seja, a sociedade deve ver o refugiado não como um ser estranho, diferente, mas sim como alguém que, por fatos alheios a sua vontade, teve seus direitos totalmente violados, de forma que necessita buscar ajuda em outros lugares, e sendo assim, necessita não só da aceitação, mas também do acolhimento e compreensão das outras pessoas.

O direito de hospitalidade delimita e regula as relações entre os membros de um Estado e as pessoas de fora, ocupando um espaço entre os direitos humanos e os direitos civis, entre o direito da humanidade e do indivíduo, e nos pertencem na medida em que fazemos parte de repúblicas específicas. (BENHABIB, 2004).

Ainda, o direito de hospitalidade, que pertence a toda pessoa para receber ajuda e refugio quando sua vida e seu bem-estar estão em perigo, é um direito universal imperfeito, sendo que permite

exceções, e implica um direito moral com consequências legais, sendo que a obrigação dos Estados em outorgar permanência temporária para os estrangeiros se embasa em uma ordem republicana cosmopolita. (BENHABIB, 2004).

Dessa maneira, tem-se o direito cosmopolita como um direito de visita, tendo cada indivíduo o direito de se envolver em vários tipos de comunidades diferentes da sua, de visitar diversos países e culturas, sem ter os seus direitos violados em decorrência disso.

Na filosofia moral se debate sobre a amplitude ou o limite que se deve utilizar para interpretar as obrigações que temos para com os outros, e é igualmente debatido como se deve compreender a expressão “motivos legítimos de autopreservação” (sendo que se admite que o pedido de asilo seja negado em casos legítimos de autopreservação). Assim, deve-se questionar: É moralmente permitido rejeitar os necessitados porque pensamos que estes estão alterando nossos valores culturais? A preservação da cultura constitui uma base legítima de autopreservação? É permitido moralmente negar asilo a alguém quando admitir grandes quantidades de pessoas necessitadas em nossos territórios causaria uma declinação no nosso nível de vida? (BENHABIB, 2004).

O que se argui, é até que ponto o meu direito pode afetar e prejudicar o direito do outro. Porque pensar somente na individualidade de determinada pessoa ou povo, de seus direitos em determinadas situações, se os mesmos não sofrem perigo, não são violentados e nem tem seus direitos fundamentais violados diariamente, enquanto podemos nos dedicar à proteção dos direitos daqueles que se encontram em situação fragilizada, que são tratados como se não fossem dignos dos mesmos direitos que os demais?

Ao formular as políticas de asilo e refúgio, os governos se questionam sobre a distinção entre deveres perfeitos e imperfeitos, enquanto os grupos de direitos humanos e os defensores de asilados estão preocupados em mostrar que a obrigação de hospitalidade para os refugiados com necessidades consideradas urgentes, não

deve ser limitada apenas por interesses próprios. (BENHABIB, 2004). Nesse viés:

Quando a lei tenta interromper a abertura do social e fixar identidades, os direitos humanos a denunciam por injustiça. Quando a lei se esquece do sofrimento da pessoa que comparece perante ela, em nome de consistência racional e igualdade formal, os direitos humanos denunciam sua imoralidade. A justiça, como sinônimo de direitos humanos, não é crítica apenas de tentativas totalitárias ou ditatoriais de negá-los; ainda mais importante é seu desafio e superação dos limites do Eu e da lei. Sua importância simbólica é que eles inscrevem uma “temporalidade futura” na lei. Sua importância ética relaciona-se à demanda de que cada pessoa seja tratada como uma encarnação única da humanidade e sua necessidade seja entendida como minha responsabilidade primeiro e, posteriormente, da lei. (DOUZINAS, 2009, p. 374).

Conforme se observa, então, através do direito cosmopolita, há a possibilidade de uma maior interação entre os Estados de forma pacífica, permitindo que os cidadãos, considerados como “cidadãos do mundo”, possam interagir uns com os outros, respeitando os direitos e liberdades alheias.

Nesse contexto, os acordos internacionais instalam um mecanismo de controle que protege os cidadãos que desejam viajar para além das fronteiras de seu próprio Estado. Assim, o direito cosmopolita é um resultado dessa associação federal de Estados livres, que trabalham em conjunto visando o bem comum, e da necessidade de promover as relações pacíficas, permitindo que os indivíduos se engajem na interação com outros povos e países e movam-se livremente como iguais por todas as partes do globo. (ZANELLA, 2012).

Levando-se em conta o que foi observado, não se trata de querer obrigar que todo cidadão ame ao outro, mas sim que, ao menos, respeite o direito alheio. O que se busca é que a proteção desses direitos fundamentais seja concretizada na prática, por meio de um Direito Cosmopolita, que além de servir como base legal de

garantia desses direitos além dos Estados, possa servir como um exemplo para conscientizar a sociedade quanto a esses casos.

Conclusão

Assim, devido à globalização e o constante fluxo de pessoas no mundo, sendo cada vez mais “fácil” que um indivíduo saia do seu país de origem a caminho de outro, demonstra-se extremamente necessário tratar da questão da proteção e concretização dos direitos humanos não somente em âmbito nacional, local ou regional, mas, sim, em esfera global.

Dessa forma, todas as pessoas, independente da situação em que se encontrem, e na qualidade de cidadãs e membros da sociedade, devem ter seus direitos assegurados, de forma que a grave violação de direitos humanos não seja mais tão atual e corriqueira, o que nos remete ao Direito Cosmopolita, como forma de garantia desses direitos.

Logo, vê-se no Direito Cosmopolita, regulado segundo uma “lei universal” e uma cooperação entre os Estados, a possibilidade de concretização dos direitos fundamentais, ou seja, trata-se aqui, da proteção dos Direitos Humanos por meio de medidas de ordem internacional, através do trabalho em conjunto dos Estados, com o intuito de proteger tanto sua sociedade interna, quanto a sociedade-mundo, o que inclui, nesse sentido, os refugiados.

Tem-se, então, o Direito Cosmopolita como garantidor dos direitos humanos, de todos os sujeitos onde quer que se encontrem e, além disso, buscando a harmonia na vida em sociedade, percebe-se necessário que os nacionais dos países receptores de refugiados busquem ver essas pessoas não como um ser estranho, não querido, mas sim como alguém que, por fatos alheios a sua vontade, teve seus direitos totalmente violados, necessitando, então, buscar ajuda/acolhimento em outros lugares. Ou seja, é fundamental tratar dessa questão com hospitalidade, solidariedade e cooperação, tanto da parte do Estado quanto da sociedade em geral.

Referências

ALONSO, Fernando H. Llano. **El Humanismo Cosmopolita de Immanuel Kant**. Madrid: Dickinson, 2002.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>

_____. **Declaração e programa de ação de Viena (1993)**. Acesso em: 15/08/2016. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**; Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br> > Acesso em: 21/05/2016.

BENHABIB, Seyla. **Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos**. Tradução: Gabriel Zadunaisky. Ed. Gedisa, 2004.

BOBBIO, Norberto, 1909- **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant** / Norberto Bobbio; – 2a edição; tradução: Alfredo Fait. – São Paulo: Mandarim, 2000.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. Direitos Humanos “globais (universais)”! De todos, em todos os lugares. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional: desafios do Direito Constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

HOFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KANT, Immanuel, 1724-1804. **Rumo à Paz Perpétua**. Tradução: Heloísa Sarzana Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2010.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos Humanos e interculturalidade**: um diálogo entre a igualdade e a diferença. 2ª ed. rev. e ampl. – Ijuí: Ed. Unijuí, 2013.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O Tempo das Reconfigurações do Constitucionalismo**: os desafios para uma cultura cosmopolita. São Paulo: LTr, 2011.

NOUR, Soraya. *À paz perpétua de Kant: filosofia do direito internacional e das relações internacionais*. 2ª ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2013.

PIOVESAN, Flávia Cristina. Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/piovesan_sip.pdf> Acesso em: 21/05/2016.

RUBIO, David Sanchez. **Uma perspectiva crítica sobre democracia e direitos humanos**. Tradução: Helena Henkin. 2013. Disponível em: <<http://www.gnmp.com.br/publicacao>> Acesso em: 21/05/2016.

ZANELLA, Diego Carlos. **O Cosmopolitismo Kantiano**: Do melhoramento dos costumes humanos à instituição da paz. Porto Alegre, 2012. Acesso em: 17/08/2016. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/3528/1/000441538-Texto%2bCompleto-o.pdf>>.

Transnacionalidade, análise econômica do direito e direitos fundamentais

Gustavo Polis¹

1 Introdução

A presente investigação tem como objetivo central discorrer acerca dos desafios impostos ao Direito no que concerne a efetivação dos Direitos Fundamentais em cenários globalizados. Em especial, abordar-se-á o nascimento, em meio ao século XX, de uma doutrina político-econômica que remodelou o modo de agir dos diferentes atores sociais e, principalmente, se inseriu nas políticas mais sensíveis dos Estados Soberanos: O Neoliberalismo. A partir da penetração desse novo modelo de pensamento em todas as áreas das ciências sociais, não ficando a ciência jurídica aquém nesse processo, faz-se necessário a observação da Análise Econômica do Direito, fruto direto da teoria neoliberal no Direito, e seus respectivos impactos nas noções jurídicas contemporâneas para a garantia da aplicação dos direitos ditos fundamentais.

Diante disso e sob o viés de um mundo globalizado/transnacionalizado, as relações sociais operacionalizam-se nos diferentes segmentos societários de forma diversa em face do costumeiramente ocorrido até meados do século

¹ Acadêmico do 8º semestre do curso de Direito da Faculdade Meridional - IMED, bolsista de iniciação científica PROBIC FAPERGS.

passado. A lógica desse fato social, e suas diversas consequências, vem sendo realizada através da substituição da política pelas relações de mercado, o que, de seu modo, impõe ao Direito algumas funções distintas daquelas até então desempenhadas por este. Por essa razão, é de extrema valia lembrar que com a inserção do Direito nessa atmosfera social – policêntrica – este é instado a trazer respostas a problemas de caráter iminentemente transnacional. Essas respostas se originam da inserção de uma sinergia entre público e privado, característica de uma ordem transnacional, dentro do sistema jurídico nacional, através do alinhamento de vontades em uma mesma direção, afastando a produção jurídica das antigas formas estáticas, assumindo um caráter dinâmico e reflexivo.

Justamente em função dessa horizontalidade característica da nova era, a doutrina neoliberal encontrou meio capazes de preencher o espaço do pensamento político e jurídico nos mais diversos locais do planeta. Tendo como precursor o economista Friedrich Hayek, fundador e líder da Sociedade de *Mont Pèlerin*, ao lado de seu aluno, que viria ganhar projeção alguns anos mais tarde, Milton Friedman, o Neoliberalismo se originou e proliferou como nenhuma outra teoria contemporânea, passando a permear e pautar os horizontes de entes privados e até mesmo as ações estatais, as quais tomaram como seu principal objetivo a obtenção do lucro total através do império das leis do Mercado.

Não sem demora o Direito, como ciência, foi diretamente afetado pela nova onda liberal. Através da Análise Econômica do Direito, doutrina oriunda dos estudiosos da Escola de Chicago, conceitos puramente econômicos passaram a ser intensamente utilizados na construção e interpretação do Direito, ocasionando inúmeras dificuldades no equacionamento entre os objetivos do mercado e da economia mediante os custos da efetivação dos Direitos Fundamentais.

2 O direito e os novos atores transnacionais

Ao granjear terreno a globalização deu lugar a grandes, intensas e profundas mudanças, as quais passaram a determinar rupturas históricas e epistemológicas que abalaram as formas de agir e pensar da contemporaneidade. O direcionamento cada vez mais unívoco no sentido de um processo organizativo da produção, pautada pelo custo em bases transnacionais, insurgiu movimentos concorrenciais de controle dos mercados e dos recursos mundiais, dentro de uma ótica privatista, fugindo aos olhos dos Estados Nacionais (ESPÍRITO SANTO, 2012, p. 1.744). Nesse novo emaranhado das relações entre o público e o privado, revelam-se, os Estados-Nação, muito grandes para coisas pequenas e muito pequenos para coisas grandes.

Os processos de globalização, notadamente e de maneira crescente, construíram um mercado mundial e com ele uma nova ordem supra e transnacional que permite a livre circulação dos capitais, mercadorias, dos bens e serviços (STAFFEN, 2015, p. 32). Cria-se, dessa forma, um espaço de poder hegemônico de natureza técnica, econômica e financeira que se espalha de maneira exponencial ao redor do globo, paulatinamente demonstrando a redução/crise do Estado e instituindo instrumentos de governança global.

Notadamente, após findado o período das Grandes Guerras, as fronteiras terrestres que dividiam os países não mais significavam um obstáculo para o intercâmbio cultural-jurídico entre estes. Em função do grande desenvolvimento das tecnologias e da própria economia, criaram-se espaços onde os Estados, rígidos da forma que os concebemos, não foram capazes de prestar a devida regulamentação necessária, fazendo chão para que outros atores, através de interesses transnacionais constituídos por meio de instituições novas de difícil caracterização à luz do glossário político-jurídico moderno, tomem essas lacunas para si, por consequência, as estruturas estatais entraram em uma marcha de ruptura.

Procede-se, dessa forma, uma ordem global de pluralismo jurídico. Sendo que esta não possui um caráter unitário, desprovida de uma estruturação específica, ou seja, um Direito entre o público e o privado, alocado entre a esfera nacional e a supranacional, denominado Direito Transnacional. O primeiro estudioso que buscou teorizar o fenômeno do transnacionalismo foi o advogado Philip Jessup, em meados dos anos 1950. Em um primeiro instante dissociou esse novo acontecimento da ideia de um Direito Internacional, haja vista este apenas compreender as relações de um Estado Nacional diretamente com outro de seus pares, situação não mais condizente com o novo panorama globalizado, aduzindo, portanto, que a lei transnacional seria toda lei que regulamenta ações ou eventos que transcendem as fronteiras nacionais (JESSUP, 1956, p. 12-40), sendo esta, ainda hoje, uma das definições mais difundidas do termo. Apontou, de igual sorte, o processo de expansão das fontes do Direito, colocando-a como característica fundamental do processo de transnacionalidade. A partir da eflorescência do Direito Transnacional no século XX, agentes anteriormente estranhos empoderaram-se fazendo seu poder e influência serem sentidos globalmente, relativizando, desta forma, o pretérito controle estatal principalmente naquilo que diz respeito a produção normativa.

A produção do Direito, nas formas e moldes comumente aceitos pelos juristas, leia-se, nessa descrição, um Direito como produto oriundo da soberania estatal absoluta, bem como fruto das ideias imperantes dentro de determinadas fronteiras territoriais, está, sem dúvidas, sendo colocada em cheque. A força motriz do Direito já não é mais os anseios de limitação jurídica dos poderes domésticos absolutos, mas, por outro lado, é a regulação de dinâmicas policêntricas relacionadas com a circulação de modelos, capitais, pessoas e instituições em espaços físicos e virtuais, como pretende Günther Teubner (STAFFEN, 2015, p. 34), haja vista o forte intercâmbio jurídico e cultural característico do novo século.

Neste ínterim, sob a ótica de um mundo globalizado, e, em

especial, transnacionalizado, as relações sociais operacionalizam-se nos diferentes segmentos societários de forma distinta em face do corriqueiramente ocorrido até meados do século passado (NOGUEIRA LOPES, 2013, p. 231). A lógica desse fato social, e suas respectivas nuances, vem sendo realizada através da substituição da política pelas relações de mercado, o que, a seu turno, impõe ao Direito algumas funções distintas daquelas até então desempenhadas por este.

Diante disso a ciência jurídica se descola do velho modelo de Direito hierarquizado, e passa a exigir deste, em contrapartida, uma infundável adaptação à estrutura estabelecida, a qual, por sua vez, é caracterizada pela horizontalidade, não mais pela verticalidade, no sentido de movimentos descentralizadores e fragmentadores de poder. Isso significa dizer que os inúmeros polos de produção normativa estão esparsamente distribuídos, podendo-se, da mesma forma, observar a existência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos que se comunicam linearmente entre si (FARIA, 2000, p. 7).

Desse modo, é de fundamental importância pontuar que com a inserção do Direito nessa nova forma de organização social – policêntrica – este trouxe mecanismos capazes de dar vazão as demandas transnacionais. Tais mecanismos proviram da inserção de uma multilateralidade (público-privada), característica de uma ordem transnacional, no âmago do sistema jurídico nacional, sendo esta um estrato de vontades direcionadas a interesses em comum, desincumbindo, nestes termos, a produção jurídica de formas estáticas previamente fixadas, assumindo um caráter dinâmico e reflexivo (NOGUEIRA LOPES, 2013, p. 233).

Nessa passo, a questão de como governar o mundo se funde em coalizões que perpassam por alianças militares, como a OTAN, instituições intergovernamentais, a exemplo da ONU, agremiações pós-imperialistas, como a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, ordenamentos quase políticos, como na figura de uma União Europeia, instituições puramente privadas como é o caso da ICANN no controle da *Internet* e da própria FIFA no que diz respeito

ao futebol, assim como outras milhares de ONG's (STAFFEN, 2015, p. 36-37).

Não por acaso, esse cenário de desintegração estatal recebe a denominação de formação neo-medieval, pelo escritor Parag Khanna, em analogia ao sistema político-governamental típico do período feudalista. A título de ilustração o autor traça um paralelo, dizendo que a Europa do século XIV sustentava-se por aproximadamente mil instituições políticas, reduzidas a trezentas e cinquenta no século XVIII e encolhidas na potência de 25 países, no século XX. Hoje em dia, contabilizam-se mais de 2.000 regimes reguladores, número que tende somente a multiplicar-se, as organizações intergovernamentais, a seu turno, chegaram ao número de 7.608, no ano de 2011. No capítulo que se segue, analisar-se-á a difusão do discurso neoliberal na retórica político-jurídico dos últimos tempos em face da proliferação de novos atores, estranhos aos Estados Nacionais, envolvidos no processo de produção normativa.

3 O discurso neoliberal: um diálogo entre Friedman e Hayek

Antes de proceder a análise dos efeitos desencadeados pela inserção da chamada “Análise Econômica do Direito” no âmbito jurídico, cabe abrir espaço para compreender as bases que deram alicerce para o seu nascimento e difusão. Tal pilar pode ser reconhecido na figura do neoliberalismo e sua empreitada de sucesso na tomada do pensamento político e econômico a partir de meados do século XX.

Consiste o neoliberalismo em uma corrente de pensamento político-econômico que surge em meados do século passado, em especial na Europa e nos Estados Unidos da América, pregando o capitalismo como o sistema de organização social mais adequado a ser implementado por um Estado responsável. Nesse sentido, o neoliberalismo se origina como uma espécie de nova ortodoxia, pautada pelo ideal econômico, sendo a liberdade econômica o

individualismo e, de igual modo, a contenção do intervencionismo estatal como seus mais básicos preceitos.

Friedrich Hayek, junto de outros renomados estudiosos como Lipmann, Friedman e Popper, foi o mentor intelectual da Sociedade de Mont Pélerin, uma espécie de confraria entre os estudiosos do liberalismo com reuniões internacionais levadas a efeito de dois em dois anos, por volta de 1947, a qual foi responsável por encabeçar a defesa e difusão das ideias da doutrina do livre mercado e, também, as principais diretrizes daquilo que, posteriormente, veio a ser nominado de Neoliberalismo, com maior ênfase na América Latina (MARCELLINO JÚNIOR, 2009, p.112). É na teoria de Hayek, deve-se lembrar, que foi oferecido o mais robusto estatuto teórico ao movimento neoliberal que, a partir do pós-guerra, escolheu o Estado de bem-estar social já bastante desgastado nesse momento histórico, ao lado do keynesianismo, como seus inimigos mais contundentes.

Hayek pode ser considerado como o principal responsável pela maior guinada dos últimos tempos no âmbito do pensamento político-econômico, justamente pelo fato de ter engendrado o câmbio epistemológico, por assim dizer, que substituiu os fins pelos meios (MARCELLINO JÚNIOR, 2009, p.118). Passou a erguer a bandeira de que, em face da falibilidade humana, todo construtivismo racionalista, de Descartes à Carnap e Marx, não era mais do que uma falsa premissa. Nesse contexto, o professor vienense pugnou com muito vigor que a ideia do Estado e da Justiça Social não passavam de uma fantasia, sem qualquer sustentação racional, eis que acreditam ser vãs as tentativas de tentar prever as vontades e intenções dos homens.

A seu turno, no tocante as normas de Direito, para o neoliberalismo, o grande problema foi a intenção do construtivismo positivista - tanto o positivismo lógico de Carnap, quanto o positivismo jurídico de Kelsen - de tentar colocar o Direito como uma construção racional direcionada a servir fins conhecidos. Indo além, Hayek alega que o atrelamento do pensamento político ao

consenso em torno dos fins teria causado grandes prejuízos a própria democracia como um todo (MARCELLINO JÚNIOR, 2009, p.119). Partindo desse ponto de vista, com a falsa ideia de que todos poderiam ser satisfeitos e de que a “vontade comum” estaria sendo atendida, a democracia de bases utilitaristas teria frustrado o projeto onde ela própria estava inserida, eis que a democracia original, de bases liberais, teria sido distorcida.

Assim, o economista adota o posicionamento de que o mercado seria o instrumento mais indicado para a viabilização das necessidades – individuais – perante a sua capacidade de autorregulação. Desse modo, combate toda e qualquer proposta no sentido de uma redistribuição em favor dos menos favorecidos através da intervenção no patrimônio daqueles mais prósperos, remodelando o alcance do Estado ao mínimo possível (MORAIS DA ROSA, AROSO LINHARES, 2009, p. 38). Em nome da liberdade, seja ela de mercado ou individual, no intuito de manter o aclamado crescimento econômico, ao Estado competiria remover os possíveis entraves do jogo econômico, o qual deve funcionar de maneira livre e indiscriminada, de acordo com as leis do mercado.

Outrossim, Friedrich Hayek não foi o único de seu tempo a arduamente defender e elaborar, de maneira exitosa, cumpre dizer, as bases do movimento neoliberal. Também fiel às ideias de Adam Smith, Milton Friedman, economista membro da prestigiosa Escola de Chicago foi, talvez, o maior disseminador das ideias de Hayek ao defender a necessária retomada dos objetivos advindos do liberalismo clássico (MARCELLINO JÚNIOR, 2009, p.126). Friedman foi um crente fiel na não dissociação da política com a organização econômica do mercado e considerando o “capitalismo competitivo” como a abordagem mais benéfica dentro dessa lógica, e, por tal razão, rejeitou fortemente políticas voltadas à promoção do bem-estar social.

Friedman também colaciona que muitas intervenções estatais revelam-se como verdadeiros atos de violação de direitos individuais e que, pela difundida ética coletivista imperante nas sociedades, tais

acontecimentos quase passam despercebidos. Aponta, nesse sentido, o sistema de seguridade social como um exemplo dessa violação, ao passo que entende a compulsoriedade de contribuição social como um cerceamento da liberdade do cidadão, o qual deveria gozar da prerrogativa de escolher entre contribuir ou não (MARCELLINO JÚNIOR, 2009, p.127). Mostrando-se contrário a qualquer tipo de coerção estatal, aduz ser somente através da cooperação voluntária entre os membros da sociedade que se pode alcançar aos propósitos individuais livremente. Deste modo, entende o economista que o capitalismo, em especial aquele denominado pelo estudioso como “capitalismo competitivo”, em um ambiente pautado pela livre economia, consiste no melhor método já elaborado para não somente eliminar a discriminação e o preconceito como também, inclusive, para preservar os interesses das chamadas minorias.

Para Friedman, como anteriormente citado, todas as medidas voltadas ao que comumente se denomina bem-estar vilipendiam o direito à liberdade individual. Providências como seguro social, salário-mínimo, programas de habitação, subsídios para agricultura e programas sociais de ajuda pra grupos particulares e todas as demais tentativas de distribuição coercitiva de renda somente servem para desequilibrar o mercado, provocando desigualdade e aumentando os abismos sociais (MARCELLINO JÚNIOR, 2009, p.130). Defendeu que, de fato, a pobreza foi minorada com o protuberante crescimento econômico dos países ocidentais nos dois últimos séculos, entretanto essa redução não seria obra das intervenções estatais do famigerado *Welfare State*, como intentado pelos Keynesianistas, mas sim da caridade privada, por ter reconhecido a força do poder de consumo das camadas menos abastadas e, em razão disso, ter se empenhado em auxiliá-los.

Não obstante, Friedman, como Hayek, levantou a bandeira de que o governo não deve somente restringir-se às funções de defesa e à edição de normas gerais. O economista defende o dever do em Estado atuar como um verdadeiro árbitro do jogo de Mercado, aqui

entendido em um contexto de espontaneidade, com a função de determinar e fazer valer as regras desse jogo. Porém, para que as regras desse jogo serem válidas elas deveriam ser amplamente aceitas pela sociedade na qual estão inseridas (MARCELLINO JÚNIOR, 2009, p.132). Somente assim poderia o Estado estar destinado a proteger a liberdade dos indivíduos, preservar a lei e a ordem, reforçar os contratos privados e promover os Mercados cada vez mais competitivos.

Após a sedimentação teórica do neoliberalismo, esta passou a ser a “pedra de toque” dos modelos políticos a partir da segunda metade do século XX. Diante disso, a penetração das teorias neoliberais nas políticas de Estado intensificou-se de maneira claramente exponencial, muito em função da aproximação dos Estados-Nação com os agentes do Mercado, fiéis disseminadores do coro neoliberal, os quais, paulatinamente, através de sua influência e poder de barganha, introduziram programas econômicos alinhados com a máxima do aumento do lucro a qualquer custo nos direcionamentos mais embrionários dos países soberanos, colocando em cheque, em diversos momentos, a efetivação dos Direitos Fundamentais.

4 Análise econômica do direito e direitos fundamentais

Giza-se, não sem demora, ser a Análise Econômica do Direito um subproduto da proliferação do ideário neoliberal no campo da ciência jurídica. Assim, após perpassar pelo arcabouço teórico da doutrina neoliberal, através da releitura de Friedman e Hayek, abre-se espaço para a conceituação e entendimento da chamada Análise Econômica do Direito, bem como seus efeitos no âmbito da concretização dos direitos mais fundamentais.

Após o segundo pós-guerra, a proeminência de um Estado de Bem-Estar na Europa, naquele momento destruída por uma batalha sem precedentes, serviu ao mundo como um impulso para lavar-se a efeito uma política de Justiça Social Distributiva (MORAIS DA ROSA;

MARCELINO JÚNIOR, 2009, p. 9). Por outro lado, no Brasil e em maior parte da América Latina, um modelo desenvolvimentista foi amplamente difundido, o qual buscava um incessante crescimento econômico, buscando equiparar-se com os chamados países desenvolvidos, para só assim, depois, implementar o almejado Estado de Bem-Estar Social.

No ano de 1988, no entanto, uma nova ordem constitucional é inaugurada, de maneira democrática, ocorrendo, entretanto, um tanto quanto tarde demais, por assim dizer. A nova Constituição é adota no Brasil quando o modelo político-econômico imperante é frontalmente incompatível com os propósitos basilares do Estado Constitucional ora vigente. Esse modelo é chamado de neoliberalismo (MORAIS DA ROSA; MARCELINO JÚNIOR, 2009, p. 10). Nesse contexto, a nova lógica social – de Mercado – estabelece que normas constitucionais garantidoras de Direitos Fundamentais passem a ser interpretadas sob a égide da relação custo-benefício, pois, aos olhos da teoria neoliberal, os direitos sempre implicariam um custo ao erário. O Direito, nesse viés, passa a ser reduzido a mero “instrumento” de uma ideia econômica.

Outrossim, a reclassificação dos Direitos Fundamentais sob o viés da lógica dos custos ainda necessitava de um instrumento capaz de remover os obstáculos no perverso caminho da maximização da riqueza. Esse movimento foi chamado de *Law and Economics*, também conhecido como Análise Econômica do Direito (AED) (MORAIS DA ROSA; MARCELINO JÚNIOR, 2009, p. 16). Fortemente influenciado pelo liberalismo econômico, tal movimento surgiu no início da década de 1960, na Universidade de Chicago, eis que seus estudiosos passaram a elaborar conceitos e meios para a aplicação e interpretação da ciência jurídica através de conceitos provindos da ciência econômica.

O movimento busca, portanto, transformar o Direito, o qual estaria ainda em um estado pré-científico, incapaz de se adaptar a nova realidade mundial, pautada pela profunda crise do Estado de Bem-Estar Social, em uma ciência na verdadeira acepção do termo,

racional e positiva, e, para tal, realizaria uma análise e investigação do fenômeno do Direito como um todo, em consonância com os princípios, categorias e métodos empregados pelo pensamento econômico.

Na concepção da Análise Econômica do Direito os textos jurídicos são singelos meios para a escolha da melhor decisão, única e exclusivamente, conforme o critério econômico, não sendo os critérios hermenêuticos do direito, pautados por Direitos Fundamentais, uma preocupação central, afinal estes não oferecem respostas razoáveis às demandas do mercado. Nesta banda, a Law and Economics analisa o impacto jurídico na economia em sua perspectiva interna, não se preocupando com campos distintos (MORAIS DA ROSA, 2009), procedendo um diagnóstico das consequências do Direito na estrutura econômica, a partir de conceitos previamente dados sobre a conformação do Direito, de Justiça, de Teoria do Direito e de Moralidade, alterando aquilo que estiver em desconformidade com seu objetivo final, qual seja, o crescimento econômico.

Por essa razão, a AED é muito mais que um simples método de interpretação do direito, ela materializa uma ruptura com o modelo hermenêutico ocidental. É uma forma de interpretar que parte de escolhas ideológicas pré dadas, não discutidas e encantadoras. A justiça passa a significar, pura e simplesmente, eficiência (MORAIS DA ROSA, 2009).

Nesta baila o julgador também não restou imaculado. A figura do juiz é deslocada para um novo local, onde este é visto como mero instrumento, após passar por um processo de “coisificação”. Portanto, não é possui mais um papel central, gozando de titularidade democrática como preceituado pela Constituição, seu compromisso para com a totalidade é aviltado quando o magistrado se torna um mero interlocutor daquelas ideias pré dadas por agentes difusores da doutrina econômica (KELLER DO VALLE, 2015, p. 166), passa, nesses termos, a ser um servo acrítico da doutrina mercadológica.

Claro exemplo da utilização da AED no sistema jurídico

brasileiro é a instrumentalização da Reserva do Possível. Tribunais superiores têm assumido uma postura de consideração dos Direitos Fundamentais em relação aos seus respectivos custos para o Estado, no intuito de sonegar alguns direitos da sociedade, em especial, aqueles de cunho social. Em outras palavras, trata-se do “econômico” inviabilizando a garantia de tais direitos e, conseqüentemente, tornando inefetivas as normas constitucionais fundamentais.

Pode-se citar, de igual sorte, como fundamental para “legitimar” e positivar a reclassificação dos direitos fundamentais a partir do próprio texto constitucional a chamada Reforma Gerencial do Estado, concebida pela Emenda Constitucional n. 19/1998, também embasada pela teoria dos custos dos direitos (MORAIS DA ROSA; MARCELINO JÚNIOR, 2009, p. 13). Por meio da referida reforma foi instituído na Constituição o princípio da Eficiência Administrativa, o qual, por sua vez, não foi considerado como mais um princípio norteador da administração pública, assomado ao rol do artigo 37. O princípio, através do discurso de salvaguarda da probidade do erário nacional, leitura puramente economicista, passou a ser paradigma para os demais princípios constitucionais.

Diante de tudo aqui exposto, a racionalidade de “Justiça” diminuída a juízos de eficiência desvincula os Direitos Fundamentais do suporte valorativo e material preconizado pelo projeto do segundo pós-guerra, incluindo-se a própria Constituição brasileira. A AED se transmuta, nesses moldes, em um verdadeiro projeto de preponderância do econômico sobre o político usando como meio o Direito, tornando-se, sem sombra de dúvidas, um iminente risco de abalo para a democracia.

5 Conclusão

Conclui-se, portanto, que a produção do Direito, nas formas e moldes comumente aceitos pelos juristas, leia-se, um Direito como produto oriundo da soberania estatal absoluta, bem como fruto das ideias imperantes dentro de determinadas fronteiras territoriais,

está sendo colocada em cheque. Ao passo que a força motriz do Direito já não mais se baseia nos anseios de limitação jurídica dos poderes domésticos absolutos, mas, de outra banda, busca a regulação de dinâmicas policêntricas relacionadas com a circulação de modelos, capitais, pessoas e instituições em espaços físicos e virtuais, haja vista o forte intercâmbio jurídico e cultural característico do novo século.

Após a realização da construção teórica do neoliberalismo, a qual se deu por inúmeros estudiosos, porém, destacam-se os economistas Milton Friedman e Friedrich Hayek, este tornou-se a principal doutrina dos modelos políticos a partir de meados do século passado. Desta feita, a penetração das teorias neoliberais nas políticas de Estado potencializou-se de com muita ênfase, em razão da aproximação dos Estados-Nação com os agentes do Mercado, fiéis disseminadores do coro neoliberal, que passaram a atuar, de certo modo, em pé de igualdade, em uma lógica de horizontalidade, os quais, paulatinamente, através de sua influência e poder de barganha, introduziram programas econômicos alinhados com a máxima do aumento do lucro a qualquer custo nos direcionamentos mais embrionários dos países soberanos, colocando em cheque, em diversos momentos, a efetivação dos Direitos Fundamentais.

Outrossim, o caminho para a efetivação do projeto neoliberal necessitava de mais uma carta na manga, qual seja, um meio de relativizar a ideia de Direitos Fundamentais com base na ideia de custo e benefício. Desse modo origina-se a Análise Econômica do Direito (AED). Essencialmente influenciado pelo liberalismo econômico, tal movimento surge como uma forma de elaborar conceitos e meios para a aplicação e interpretação da ciência jurídica através de conceitos provindos da ciência econômica. Na concepção da Análise Econômica do Direito os textos jurídicos passam a ser simplórios meios para a escolha da melhor decisão conforme o critério econômico, não sendo os Direitos Fundamentais uma preocupação central, afinal estes não oferecem respostas razoáveis às demandas do mercado. Nesta banda, a Law and Economics

analisa o impacto jurídico na economia em sua perspectiva interna, não se preocupando com campos distintos, procedendo um diagnóstico das consequências do Direito no mercado, alterando aquilo que estiver em desconformidade com seu objetivo final, qual seja, o crescimento econômico. Essa situação é evidenciada a partir do próprio texto constitucional brasileiro, a partir da chamada Reforma Gerencial do Estado, trazida pela Emenda Constitucional n. 19/1998, também pautada pela teoria dos custos dos direitos. Por meio da referida reforma foi instituído na Constituição brasileira o princípio da Eficiência Administrativa, o qual, por sua vez, não foi considerado apenas como mais um princípio norteador da administração pública. O referido dispositivo, através do discurso de salvaguarda da probidade do erário nacional, passou a ser paradigma para os demais princípios constitucionais.

Referências

- BRASIL, Deilton Ribeiro. **Empresas Transnacionais sob o Império da Nova Ordem Mundial e Sua Integração no Direito Internacional**. Revista dos Tribunais, Belo Horizonte, v. 792, p.35-62, out. 2001. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.976**. Procuradoria Geral da República. Presidente da República. Relator: Ministro Ricardo Lwadowski. Brasília, DF de 2014. Diário Oficial da União. Brasília,
- CASSESE, Sabino. **Il Diritto Globale: giustizia e democrazia oltre lo stato**. Sevilla: GLOBAL LAW PRESS, 2010. p. 85-86.
- CHIARELLA, Luigi. **Human Rights and Transnational Companies: Responsibility Without Accountability**. Bocconi Legal Papers, Genoa, v. 185, p.185-196, abr. 2014.
- COTTEREL, Roger. **What is Transnational Law?** Law & Social Inquiri, London, v. 37, p.500-524, 2012

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 7.

HELD, David. **Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance**. Stanford: Stanford University Press, 1995. p. 11.

JESSUP, Philip C.. **Transnational Law**. New Haven: Yale University Press, 1956.

KHANNA, Parag. **Como Governar o Mundo: Os caminhos para o renascimento**. Rio de Janeiro: Editoria Intrínseca, 2011. Tradução de: Berilo Vargas.

LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. **Internacionalização do Direito e Pluralismo Jurídico: Limites de Cooperação no Diálogo de Juízes**. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 9, n. 4, p.229-247, jan. 2013.

MARCELLINO JÚNIOR, Júlio César. Neoliberalismo, Liberdade e Mal-Estar: (Des)Encontros Entre Hayek e Freud. Uma Releitura em Tempos de Crise. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio César; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de (Org.). **Direitos Fundamentais, Economia e Estado: Reflexões em Tempos de Crise**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 179-191.

MARCELLINO JÚNIOR, Júlio César. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. 2. ed. Florianópolis: Habitus, 2009. p. 111-157 (Coleção Jacinto Nelson de Miranda Coutinho).

MELO, Sérgio Cândido de. **Norberto Bobbio e o Debate Político Contemporâneo**. São Paulo: Annablume, 2003. p. 76.

ROSA, Alexandre de Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

RADU, Liviu. **Transnational Companies and Their Role in Globalization**. Lex ET Scientia International Journal, p. 397-406, 2009.

ROSA, Alexandre de Moraes da; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio César. Os Direitos Fundamentais na Perspectiva de Custos e o seu Rebaixamento à Categoria de Direitos Patrimoniais: Uma leitura crítica. **Revista da Academia Brasileira de Direitos Constitucional**, Curitiba, n. 1, p.7-28, dez. 2009.

- ROSA, Alexandre de Moraes da. O Judiciário Entre a Garantia do Mercado ou dos Direitos Fundamentais: A “resposta correta”, com Lênio Streck. **Revistas de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, p.1-8, jun. 2009.
- SANTO, Davi do Espírito. **Criminalidade organizada transnacional**: a genealogia de um discurso de poder. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 2012. p. 1.744.
- SIMÓN, Farith. **Globalización, pluralismo jurídico y derechos humanos**. Revista del Colegio de Jurisprudencia, Quito, v. 15, p.7-10, 15 jan. 2013.
- STAFFEN, M. R.. **Hegemonia e Direito Transnacional?**. Novos Estudos Jurídicos (Online), v. 20, p. 1166, 2015.
- STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- VALLE, Juliano Keller do. Hipocrisia do Discurso Neoliberal e a Ideologia de Mercado: O uso da Delação Premiada e o desprezo pelo processo político. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio César; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de (Org.). **Direitos Fundamentais, Economia e Estado**: Reflexões em Tempos de Crise. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 161-178.

A evolução do contexto histórico dos direitos humanos e a perspectiva na constituição federal brasileira

Laureani Pazzini Silveira¹

Natã Dorneles Lopes²

Rafael Trindade Ereno³

Introdução

Os direitos e garantias fundamentais reconhecidos no Brasil representam um grande avanço no campo dos direitos humanos. Assim, fica evidente que independentemente das diferenças dos indivíduos de uma sociedade, estes merecem respeito em suas diferenças, e se não conseguem cumprir essa lógica, precisa-se que o Estado ache uma forma de efetivar esses direitos sem que ninguém saia prejudicado.

Dessa forma, estudar a história dos direitos humanos é fundamental para que se compreenda seu nascimento e

¹ Técnica em Informática pela Instituto Federal Farroupilha - Campus São Borja. Acadêmica de Direito Diurno, cursando o X semestre, na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus Santiago.

² Acadêmico de Direito Diurno, cursando o VI semestre, na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus Santiago.

³ Acadêmico de Direito Diurno, cursando o VI semestre, na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus Santiago.

desenvolvimento dentro dos direitos fundamentais, sendo importante entender que esses direitos, de maneira material, se descobrem a partir do valor da dignidade humana, servindo para formular um conceito fundamental acerca do assunto.

Com o anseio de que as necessidades dos indivíduos fossem atendidas, foi estabelecido um conjunto de instrumentos normativos internos, conhecidos dentro do ordenamento como as Constituições de cada Estado soberano. Assim, com o passar do tempo, os direitos que eram tratados apenas como valores de cada um dos Estados passam por um processo de internacionalização, onde começam a permitir que sejam garantidos em âmbito nacional e contando com interferências estrangeiras quando necessárias.

Os direitos humanos têm a sua contextualização dentro das dimensões de direitos, levando em conta seu papel histórico e político, mas, inicialmente, buscava-se analisar as necessidades que a população possuía, bem como o direito a receber uma proteção legal. Todavia, essa positivação legal não seria o suficiente para os desejos da população em proteção a sua dignidade. É da dignidade que decorrem todos os direitos humanos, orientando o Estado - e aqui neste caso, o brasileiro - a respeitar e contribuir para a promoção dos direitos humanos, independentemente se estes sejam nacionais ou estrangeiros.

Assim, os direitos humanos ao estarem determinados no rol de garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 não podem excluir os tratados decorrentes de acordos internacionais que o Brasil faça parte, pois o Brasil, através da prevalência dos direitos humanos em relações internacionais, demonstra que este é um tema de legítima preocupação tanto em esfera nacional quanto internacional, fazendo com que o país venha adotando cada vez mais tratados internacionais de direitos humanos relevantes dentro do ordenamento jurídico.

1 A evolução dos direitos humanos

A evolução dos direitos humanos dá-se pelo impulso das lutas em defesa de novas liberdades, sendo a sua história marcante e essencial para a garantia dos direitos fundamentais. Dessa forma, a doutrina alemã em uma classificação sobre os direitos fundamentais diz que esses seriam os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis e tratados internacionais, ou poderiam estes serem o fruto do reconhecimento oficial dos direitos humanos. O que difere dessa ideia é que os direitos fundamentais podem ser típicos e atípicos, afastando essa possível probabilidade de tratar todos eles somente como direitos humanos, já que estes são inerentes à dignidade humana. (CARDOSO, 2013, s.p.)

Ao utilizar a expressão direitos humanos, percebe-se que a mesma é uma forma de falar-se dos direitos fundamentais da pessoa humana, que são de caráter fundamental. Esses direitos são essenciais, pois sem eles seria inviável a existência da pessoa humana ou, até mesmo, estas não teriam condições de se desenvolver e participar de forma plena da vida. Sendo assim, todos os indivíduos têm assegurados, desde o nascimento, as condições mínimas em relação à humanidade, possibilitando estes de receberem benefícios que lhes podem ser proporcionados (DALLARI, 2004, p.12).

Durante os séculos XVII e XVIII tinham-se as teorias contratualistas, com o intuito de enfatizar o papel da primazia do ser humano em relação ao Estado, ou, como respaldo aos cidadãos, deveria existir uma instituição que lhes garantisse os direitos básicos e inerentes da pessoa humana, surgido assim as liberdades individuais fundamentais, que são anteriores ao Estado - estes os primeiros direitos a serem positivados no âmbito da autonomia pessoal. A Declaração de Direitos da Virgínia em 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 passaram a exercer em contexto global uma grande influência em movimentações que

representavam a emancipação histórica dos indivíduos perante seus grupos sociais (COMPARATO, 2010, *apud* CARDOSO, 2013, s.p.).

A origem e construção contemporânea de direitos humanos têm seu marco inicial introduzido pela Declaração Universal de 1948, que deveria responder às atrocidades ocorridas durante a segunda guerra mundial. Assim, esta foi reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena em 1993, que marcava a universalidade pela extensão desses direitos ao longo do mundo, sob a condição de que a pessoa é o próprio requisito para ser titular de seus direitos, pois é considerado um ser essencialmente com moral e dignidade, valores da condição humana. E são considerados indivisíveis, porque garantem os direitos políticos e civis, levando em conta a condição dos direitos sociais, culturais, etc. (PIOVESAN, 2015, p. 171). Violar um desses direitos é violar todos, compondo assim a ideia da indivisibilidade dos direitos humanos. Assim Asbjorn Eide, citado por Piovesan (2015, p 172) refere-se aos direitos sociais:

O termo direitos sociais, por vezes chamado “direitos econômico-sociais”, refere-se a direitos cujo objetivo é proteger e avançar e no exercício das necessidades humanas básicas e assegurar condições materiais para a vida com dignidade. O fundamento deste direito no Direito dos Direitos Humanos encontra-se na Declaração Universal de Direitos Humanos, que, no art. 22, enuncia: “Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”.

A Declaração de 1948 começou a desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, adotando diversos instrumentos internacionais para sua efetivação e proteção. O processo de universalização permitiu a formação das proteções internacionais aos direitos humanos, sendo integrado por tratados internacionais que refletem na decisões e participações dos Estados,

ressaltando que até 2014 o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 167 Estados constituintes; a Convenção contra a Tortura, com 154; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial, com 176; e a Convenção sobre os Direitos da Criança, com uma adesão maior que a dos demais, tinha 193 Estados partes da sua convenção. ⁴ (PIOVESAN, 2015, p. 172).

O descaso com os problemas sociais deve-se ao processo de industrialização, com uma crescente desigualdade econômica, miséria e um crescimento demográfico maior. Dessa forma, o Estado não deveria se abster de realizar atos, respeitando os direitos a propriedade e as liberdades individuais, mas deveria desempenhar um papel ativo para a realização da justiça social. É assim que surgem os conhecidos direitos da segunda geração, pois o Estado já não respondia com satisfação às exigências da sociedade naquele momento. Nesse contexto, o princípio da igualdade material ⁵ ganha destaque, levando a uma intervenção do Estado dentro do domínio econômico e à sua orientação nas políticas públicas com o intuito de que se conseguisse a realização da justiça social - direitos estes que dizem respeito à educação, moradia, alimentação, previdência social, entre outros. (CARDOSO, 2013, s.p.).

Os direitos da terceira geração englobavam o direito à paz, ao desenvolvimento, a conservação do patrimônio histórico e cultural, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre outros.

⁴ Nota-se que a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Convenção para a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, contemplam não apenas direitos civis e políticos, mas também os direitos sociais, econômicos e culturais, o que endossa a ideia da indivisibilidade dos direitos humanos. (PIOVESAN, 2014, p 174).

⁵ A finalidade seria a equiparação dos cidadãos em todos os contextos sociais e jurídicos, ou seja, o de tratamento equânime e uniformizado a todas as pessoas, bem mais, a sua equiparação em possibilidades e oportunidades. A formalização ainda que humanitária, idealista, e desejável da igualdade, na verdade não se “materializou” em nenhuma sociedade humana. No Brasil, se verificarmos a realidade dos fatos, concluiremos a exacerbada concretude da desigualdade material. (DIAS, 2011, s.p.).

Foram estes concebidos com o intuito de resguardar e proteger a coletividade, e não o homem no caráter individualizado. Ao falar das erações, o intuito era de situar em relação ao momento histórico, pois os direitos elencados acima foram um conjunto único e indivisível pertencente não somente a coletividade, mas também ao cidadão em caráter individual.

Com o intuito de internacionalizar os direitos humanos surgem os sistemas regionais de proteção, consolidando assim a convivência da Organização das Nações Unidas (ONU) com esses organismos regionais, sendo integrado pelos sistemas americano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos. Ao referir-se ao sistema global, cumpre salientar que o mesmo é inspirado nos valores e princípios da Declaração Universal, constituindo um universo de instrumentos para a proteção efetiva dos Direitos Humanos, pois não importa o grau de eficácia da proteção, devendo ser aplicada ao caso concreto, aquela que melhor proteja a vítima. Os sistemas complementam-se, pois adotam o princípio da dignidade da pessoa humana, com o intuito de que seja efetivada a tutela dos direitos fundamentais, sendo essa uma das bases do direito, fundado no princípio de maior proporção nesse contexto, que é o da dignidade humana.

A universalização e a internacionalização formam um conceito contemporâneo sobre os direitos humanos, ressaltando que a Declaração dos Direitos Humanos de Viena (1993), reitera a primeira concepção descrita na Declaração de Direitos Humanos de 1948, quando afirma em seu §5º: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados.”, devendo a comunidade internacional tratar dos direitos humanos no contexto global com a mesma ênfase e igualdade. A Declaração de Viena constituída por 173 Estados partes endossou a ideia da universalidade e da indivisibilidade desses direitos, reforçando a legitimidade dentro da concepção contemporânea dos direitos humanos, introduzida pela Declaração de 1948. Como um respaldo às atrocidades cometidas durante a segunda guerra mundial, a

Declaração de 1948 foi adotada por 48 Estados, ampliando novamente o consenso da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos para uma reconstrução da sociedade (PIOVESAN, 2015, p. 174-175).

Conforme Asbjorn Eide e Allan Rosas em nova citação de Piovesan (2015, p. 175), os direitos econômicos, sociais e culturais tem um compromisso com a integração social, assim:

Levar os direitos econômicos, sociais e culturais a sério implica, ao mesmo tempo, um compromisso com a integração social, a solidariedade e a igualdade, incluindo a questão da distribuição de renda. Os direitos sociais, econômicos e culturais, incluem como preocupação central a proteção aos grupos vulneráveis. (...) As necessidades fundamentais não devem ficar condicionadas à caridade de programas e políticas estatais, mas devem ser definidas como direitos.

Dessa forma, os direitos humanos são direitos de uma mesma natureza, reconhecendo-se, além dos Poderes Públicos, todos os indivíduos e pessoas jurídicas de direito privado, que tem por sua vez o dever de respeitar os direitos humanos de qualquer espécie. Os deveres que estão relacionados com os direitos humanos não podem ser transferidos, de maneira transitória ou definitiva, a quem não seja o titular do direito, tornando-se insustentável que o Estado seja obrigado a prestar serviços públicos econômicos, sociais e culturais, fazendo uma concessão de serviço a empresas privadas. (COMPARATO, 2013, p. 70).

A Constituição Federal de 1988 deu um passo significativo e fundamental para a instituição dos direitos e garantias fundamentais, além dos mecanismos que efetuarão a sua proteção, pois o Brasil nada mais é que um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança. (BRASIL, 1988, s.p.).

Paulo Gustavo Gonet, quando citado por Cardoso (2013, s.p.) questiona se a Constituição seria o local apropriado para receber as

normas de proteção aos direitos humanos, fazendo uma afirmação em relação aos direitos fundamentais e proteção da dignidade da pessoa:

O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculatória máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.

O respeito à dignidade da pessoa humana deve existir de forma igual para todas as pessoas. Assim, se o crescimento econômico e o progresso de um povo, por exemplo, forem conquistados de maneira negativa à custa de insultos à dignidade dos seres, não será válido, pois a validade deriva do respeito a ser conseguido sem ofender à hombridade e os direitos fundamentais inerentes de cada um dos seres humanos. Se houver respeito e solidariedade aos direitos humanos nas relações entre as pessoas de uma sociedade, as injustiças sociais serão eliminadas, e poderá viver-se em paz. (DALLARI, 2004, p. 16).

2 A constituição brasileira e os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos

A partir da democratização do país, em 1985, o Estado brasileiro passou a ratificar tratados de direitos humanos relevantes em relação ao sistema internacional de proteção desses direitos. Assim, após 21 anos de regime ditatorial, primeiramente é necessário que seja compreendido o significado de direitos humanos, estando em consonância com os direitos fundamentais,

mas que não se confundem, pois são distintos um do outro, destacando que algumas doutrinas utilizam sinônimos de uma para com o outro. Todavia, nem a própria Constituição é precisa enquanto ambos. Sarlet, quando citado por Boaventura (2013, s.p.) faz uma análise ao texto constitucional:

[...] a exemplo do que ocorre em outros textos constitucionais, há que reconhecer que também a Constituição de 1988, em que pesem os avanços alcançados, continua a se caracterizar por uma diversidade semântica, utilizando termos diversos ao referir-se aos direitos fundamentais. A título ilustrativo, encontramos em nossa Carta Magna expressões como: a) direitos humanos (art. 4º, inc. II); b) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, §1º); c) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI) e d) direitos e garantias individuais (art. 6º, §4º, inc. IV).

Em relação aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, em matéria de conteúdo ambos não possuem grandes diferenças, porém os direitos fundamentais são aqueles necessários para proporcionar uma vida digna ao seu titular; já os direitos humanos englobam um significado de maior abrangência. Assim, englobam os direitos positivos e os que ainda aguardam para tornar-se positivados, conforme Boaventura (2013, s.p.) afirma ao citar Sarlet:

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 que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente 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 (internacional).

Os direitos humanos estão consagrados em âmbito internacional, enquanto os direitos fundamentais regulamentam o direito interno nas Constituições. Os direitos humanos aqui se consagram com vigência da constituição de 1988, efetivando fundamentos como a proteção à dignidade humana, a dignidade como figura constitucional suprema. Acerca disso, Piovesan, em citação de Boaventura (2013, s.p.) deixa claro que:

A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a serem dotados de uma especial força expansiva, e projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é um direito pós-guerra que nasce com o intuito de sanar as atrocidades e os horrores que foram cometidos pelo nazismo. Louis Henkin, explica que subsequente à segunda guerra, os acordos criaram respeito às pessoas sujeitas a jurisdição, passando os direitos humanos a fazer parte não somente do contexto nacional, mas também do internacional. Piovesan (2015, p. 51) apresenta o pensamento de Henkin da seguinte forma:

Subsequente à Segunda Guerra Mundial, os acordos internacionais de direitos humanos têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados, com respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição, e um direito costumeiro internacional tem de se desenvolvido. O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas e não apenas para com estrangeiros. Este direito reflete a aceitação geral de que todo o indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à

jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do Direito Internacional.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos surgiu no século XX, devido aos fatores da Segunda Guerra Mundial. Assim, esse movimento é baseado na concepção de que todas as nações devem respeitar os direitos humanos de seus cidadãos, tendo a responsabilidade de protestar caso o Estado não cumpra com as suas obrigações. O referido direito consiste em um sistema de normas internacionais e procedimentos para implantar a concepção de direitos humanos na alínea mundial, fortalecendo a ideia de que a proteção dos direitos humanos não se reduz somente ao domínio do Estado, isto é, não deve restringir a competência nacional exclusiva ou a jurisdição doméstica exclusiva. Através disso surgem duas importantes consequências: a primeira é a revisão da noção de soberania do Estado, passando a sofrer um processo de revitalização em prol da proteção dos direitos humanos, permitindo a responsabilização internacional quando estes direitos forem violados. E a segunda consequência é a ideia de o indivíduo ter seus direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito (PIOVESAN, 2015, p. 53).

No que tange à posição do Brasil em relação ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos, seu marco na incorporação de tratados internacionais foi em 1989, com a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes. A partir disso, inúmeros instrumentos importantes foram incorporados pelo direito brasileiro dentro da norma presente na Constituição. Através da Constituição Federal de 1988, foram feitos diversos tratados internacionais como o da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1989), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes (1989), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1992), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e

Culturais, (1992), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1992), a Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte (1996), a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de deficiência (2001), entre outros, porque ao total, temos dezoito ratificações relacionadas a protocolos e convenções (PIOVEZAN, 2015, p. 61).

Às modificações e inovações trazidas pela Constituição Federal, principalmente no que diz respeito à prevalência dos direitos humanos, foi introduzido o princípio que orienta as relações internacionais, baseado e fundamentado em ratificações de importantes instrumentos para assegurar a efetivação dos direitos humanos no ordenamento brasileiro. Ressalta-se aqui que além das inovações constitucionais com devidas ratificações feitas nos tratados internacionais, percebe-se a necessidade do Estado brasileiro em se reorganizar de maneira mais coerente com o processo de democratização. Esse processo de democratização brasileiro e a incorporação de novos instrumentos para a proteção dos direitos humanos permitiu o fortalecimento do processo democrático, mediante os esforços no universo dos direitos que por ele são assegurados (PIOVEZAN, 2015, p. 62):

A amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, aumentando, de forma sem precedentes, o elenco dos direitos protegidos, é outra característica preponderantemente positiva digna de referência. Apenas para exemplificar, o art. 5º possui 78 incisos, sendo que o art. 7º consagra, em seus 34 incisos, um amplo rol de direitos sociais dos trabalhadores. (...) Neste contexto, cumpre salientar que o catálogo dos direitos fundamentais (Título II da CF) contempla direitos fundamentais das diversas dimensões, demonstrando, além disso, estar em sintonia com a Declaração Universal de 1948, bem assim com os principais pactos internacionais sobre Direitos Humanos, o que também deflui do conteúdo das disposições integrantes do Título I (dos Princípios Fundamentais).

Assim, a Constituição Federal de 1988 previu que os direitos que são expressos na Constituição não excluem os demais que serão decorrentes do regime ou dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa brasileira faça parte. A Constituição teve um marco jurídico na transição democrática e institucional dos direitos humanos no Brasil. O texto da Carta Magna simboliza a ruptura com o regime autoritário, emprestando aos direitos e garantias uma ênfase extraordinária abrangendo a história constitucional do país.

Conclusão

Os direitos humanos causam diversas discussões dentro de uma sociedade por gerar opiniões conflitantes acerca do tema, mas já é grande o número de pessoas que se empenham para a efetivação e avanço desses direitos no ordenamento em defesa da dignidade humana. Contudo, os direitos humanos apresentam reivindicações válidas não somente em âmbito nacional, mas também internacional, independentemente se estão ou não reconhecidos pela legislação. A história dos direitos humanos demonstra que esse movimento contemporâneo se reconstrói a cada dia, pois todos os seres humanos independente de suas diferenças têm seus direitos inalienáveis, como o direito a vida, a liberdade e a busca pela felicidade.

Como atributo essencial, a dignidade é transcendente a todos os seres humanos independente de raça, cor, sexo, religião ou qualquer outra situação que cause possíveis distinções entre os seres. A dignidade consiste sob a perspectiva da autonomia formulando as regras da vida, onde respeitar os direitos humanos é preceito constitucional, sendo inseparável dos seres humanos, mesmo daqueles que estão desprovidos de todo o resto devido a algum fato que tenham cometido, já que todos, oprimidos ou não, tem o direito e a possibilidade de recorrer aos direitos humanos para o que precisarem, pois este não é somente dos ricos ou poderosos.

Referências

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 27 de nov. de 2016.

BOAVENTURA, Alana Duarte dos Santos. A constitucionalização dos direitos humanos. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13661>. Acesso em: 27 de nov. de 2016.

CARDOSO, Leonardo Evolução histórica dos direitos humanos e a Constituição Federal brasileira de 1988. **Arcos**, Jul. 2013. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/artigos/evolucao-historica-dos-direitos-humanos-e-a-constituicao-federal-brasileira-de-1988/>>. Acesso em: 27 de nov. de 2016.

CASTRO, Marcela Baudel de. A proteção aos direitos humanos nas Constituições brasileiras. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 26 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44107&seo=1>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004, p. 12-96.

DIAS, Joana Soleide. Breve consideração sobre o princípio da igualdade. **Direito In Blog**, Jun. 2015. Disponível em: <<http://direitoinblog.blogspot.com.br/2011/06/breve-consideracao-sobre-o-principio-da.html>>. Acesso em: 27 de nov. de 2016

EDH. Direitos Humanos: a teoria Unidade 1: A origem e a história dos direitos humanos: a discussão contemporânea. **Unifesp**, 1-13. Disponível em: <http://www.comfor.unifesp.br/wpcontent/docs/COMFOR/biblioteca_virtual/EDH/mod1/Unidade1_EDH_VF.pdf>. Acesso em: 27 de nov. de 2016

OEA. **A proteção dos direitos humanos no ordenamento jurídico do Brasil.**

Disponível em: <<https://cidh.oas.org/countryrep/brazil-port/Cap%201.htm>>. Acesso em: 27 de nov. de 2016

PINTO, Marcos José. Um breve histórico sobre as Constituições Brasileiras.

Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.36050&seo=1>>. Acesso em: 29 nov. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, Flávia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. **Rev. Fun. Escola Superior do Ministério Público**, Brasília-DF, v. 15, ano 8, Jan-Jun, 2000, p.93-110. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/15_07.pdf>. Acesso em: 27 de nov. de 2016.

Análise argumentativa do habeas corpus 12.292 e a discricionariedade forte de Ronald Dworkin

Gustavo Polis¹

Sabrina D. Staats²

Fausto Santos de Moraes³

1 Introdução

Com recorrência a possibilidade de antecipação da execução provisória de sentença penal tem tomado espaço no âmbito de discussão nacional. Seja no meio acadêmico, bem como no meio social, político e midiático, tal problemática é objeto de acalorados e, por vezes, apaixonados debates. Não sem razão, tal discussão não demorou a ascender ao tribunal supremo do país, onde, não podendo ser de outra maneira, protagonizou intensas discussões acerca de sua suposta legalidade ou ilegalidade perante a ordem constitucional brasileira.

¹ Acadêmico do 8º semestre da Escola de Direito da Faculdade Meridional – IMED, bolsista de iniciação científica PROBIC – FAPERGS. Email: polis.g@outlook.com

² Acadêmica do 8º semestre da Escola de Direito da Faculdade Meridional – IMED, bolsista de iniciação científica PROBIC – FAPERGS. Email: sabrinastaats@hotmail.com

³ Doutor em Direito Público (UNISINOS), docente do PPGD da Faculdade Meridional. Pesquisador com apoio da Fundação Meridional. Advogado. E-mail: faustosmoraes@gmail.com.

Desse modo, o presente texto intende realizar uma reconstrução argumentativa do *Habeas Corpus* 12.292. A primeira parte do trabalho permeia, exatamente, a classificação de cada um dos argumentos expostos pelo Ministro Teori Zavascki em seu voto no julgamento do referido HC diante da teoria das diferentes espécies de argumentos em Tércio de Sampaio Ferraz Júnior. Após realizar essa catalogação, executar-se-á uma segunda análise, onde a decisão passará pelo crivo da teoria da de Ronald Dworkin, no intuito de estabelecer a ocorrência de uma discricionariedade em seu sentido forte.

2 Julgamento do HC 12.292

2.1 O processamento

O julgamento objeto do presente trabalho foi levado a feito no dia 17 de fevereiro do ano de 2016, pelo pleno do Superior Tribunal Federal. Tratou-se de apreciação referente ao *Habeas Corpus* 12.292, impetrado contra decisão do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Francisco Falcão, o qual, por sua vez, indeferiu o pedido liminar constante no *Habeas Corpus* 313.021/SP. Insta ressaltar, todavia, antes de mais nada, o caminho processual percorrido até o momento em que a matéria ficou a cargo da corte suprema.

Em síntese, o paciente do referido HC, em primeira instância, foi condenado à 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela suposta prática de crime de roubo majorado, devidamente previsto pelo Código Penal pátrio, em seu artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II, restando, ainda, a possibilidade de, querendo, recorrer do julgamento ainda em gozo de sua liberdade.

Inconformada, somente a defesa interpôs o devido recurso de Apelação direcionado ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual, de pronto, negou provimento ao recurso, bem como ordenou a expedição de mandado de prisão contra o réu/paciente, nos termos supramencionados.

A seu turno, em face da ordem de prisão ordenada pelo TJ/SP, a defesa impetrou *Habeas Corpus*, ação impugnativa de caráter autônomo, junto ao Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar, em função de considerar inoportuno o uso da figura de *Habeas Corpus* em matérias passíveis de discussão via Recurso Especial, salientando, com ênfase, o estabelecimento jurisprudencial daquela corte nesse mesmo sentido.

Assim, mais uma vez em desacordo com a decisão proferida, a defesa buscou, através de novo *Habeas Corpus*, agora direcionado ao Supremo Tribunal Federal, manter a liberdade do paciente, embasando-se, principalmente, nas seguintes alegações: a) a ocorrência de flagrante constrangimento ilegal a ensejar a superação da Súmula Vinculante nº 691 do próprio Supremo Tribunal Federal; b) que sem qualquer motivação acerca da necessidade de prisão preventiva, o Tribunal de Justiça de São Paulo determinou a imediata segregação do paciente; c) que a prisão teria sido decretada somente após um ano e meio da prolação da sentença condenatória e após mais de três anos de o paciente ter sido posto em gozo de liberdade, ressaltando a inexistência de qualquer fato novo no caso em disputa; e, não menos importante, d) a prisão do paciente não prescindiria, nos termos da até então jurisprudência firmada do próprio Supremo Tribunal Federal, do completo trânsito em julgado da condenação criminal. Requerendo, nesses exatos termos, a concessão da ordem com o ulterior reconhecimento do direito do paciente em recorrer em liberdade.

É importante evidenciar, de igual sorte, que em data de 5 de fevereiro do ano de 2015, o Ministro Relator Teori Zavascki, concedeu a liminar no HC 126.292 para suspender a prisão preventiva do paciente anteriormente chancelada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por ter entendido que o TJ paulistano teria embasado sua decisão em argumentos referentes à execução penal, inobservando, sem controvérsias, as espécies preceituadas no

artigo 312 do Código de Processo Penal, únicas capazes de dar ensejo a qualquer modalidade de prisão preventiva.

2.2 O voto do relator

Tendo sido a liminar aceita pelo ministro relator, o HC seguiu seu trâmite dentro do Supremo Tribunal Federal, culminando com seu julgamento de mérito pelo pleno da casa no dia 17 de fevereiro de 2016. Por maioria absoluta (7 votos a 4) a plenária decidiu no sentido de não dar provimento ao *Habeas Corpus*, em consonância com o posicionamento adotado pelo relator Teori Zavascki. Nesse ínterim, faz-se necessário o esmiuçamento das razões colacionadas pelo magistrado, que embasaram sua decisão no sentido de não entender a antecipação do início da execução da pena antes de exauridos todos os possíveis recursos processuais e, portanto, a não afronta ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, nos moldes insculpidos na Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII.

Inicialmente Teori Zavascki pontua que o tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias perpassa por reflexões acerca do princípio da presunção de inocência aliado à busca de um necessário equilíbrio entre tal princípio e a função efetiva da jurisdição penal, que deve atender a valores altos não apenas aos acusados, mas também à sociedade, tudo isso, é claro, face a realidade do intrincado e complexo sistema de justiça criminal vigente.

Continuando sua dissertação acerca do tema, o ministro ressaltou que a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era a orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, inclusive na vigência da Constituição de 1988. Dentro dessa cena jurisprudencial, em casos semelhantes ao objeto do *Habeas Corpus* 12.292, assentou que a presunção de inocência não impede a prisão decretada por acórdão que, em

apelação, reafirmou o sentenciado em primeiro grau. (argumento jurisprudencial)

Considerou o princípio da presunção de inocência, trazido no bojo do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, como um marco civilizatório para o processo penal brasileiro. Reconheceu que antes de prolatada a sentença penal se deve manter reservas de dúvida acerca do suposto comportamento contrário a ordem jurídica, atribuindo, assim, ao acusado a presunção de inocência. Para o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, para o ministro, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu mais profundo sentido, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*.

Nesse sentido, pontua uma espécie de preclusão acerca da matéria de fatos no julgamento pelos tribunais superiores – STJ e STF – pois estão comprometidos, estritamente, com matérias puramente de Direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, já no segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, para o relator, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência na forma até então observada. No mesmo caminho, elencou inúmeros países onde a presunção de inocência não se estende até o esgotamento de todos os recursos extraordinários, inclusive, defendeu ser essa uma forma de inibir os chamados “recursos protelatórios”, visto como uma das grandes mazelas da justiça criminal brasileira.

3 Análise argumentativa do julgamento

Após tal apanhado geral em relação ao processamento do HC 12.292 e, mais especificamente, às razões expostas pelo Ministro Relator, majoritariamente seguida pelo Plenário do STF, o atual tópico do presente estudo de caso passará a analisar cada uma das razões que embasaram a decisão acerca da antecipação do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a luz da teoria dos tipos de argumentos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

O argumento do tipo *AB AUCTORITATE* é um típico exemplo extraído da retórica. Tal ferramenta argumentativa procura provar ou reafirmar uma tese qualquer e, para tanto, faz uso de atos ou das opiniões de uma pessoa ou de um grupo como um todo que o apoiam, podendo ser considerado como um *topos* de qualidade, portanto. A força desse argumento reside, como seu próprio nome já nos remete, na autoridade ou prestígio da pessoa ou do grupo que o invocam (Ferraz Júnior, 2003). Cumpre lembrar a histórica recusa de tal modalidade argumentativa por parte da ciência e da filosofia, que viam tais motivos como impeditivos da livre pesquisa da verdade.

No discorrer de seu voto, o Ministro Relator Teori Zavascki fez uso desse tipo de argumentação em diversos momentos. O primeiro exemplo desse tipo de exposição elencada pelo Ministro, se apresenta logo no início de seu parecer, no momento em que o decano delibera acerca do conhecimento ou não do referido *Habeas Corpus* no caso em tela. Ao afastar a incidência da Súmula 691/STF, a qual impede a impetração de HC contra decisão de relator que, em HC, não concedeu liminar, sob pena de supressão de instâncias, Teori admite o conhecimento do recurso pelo STF por entender, a partir de ampla jurisprudência da mesma corte, caracterizando aí um argumento baseado na autoridade daquele Tribunal, a decisão do relator do HC impetrado em segundo como teratológica e manifestamente ilegal. Considerou a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manifestamente ilegal por ter dado início ao

cumprimento da execução provisória da pena do paciente, em desacordo com a jurisprudência predominante do Superior Tribunal Federal para a matéria até aquele momento, aceitando tal possibilidade apenas para prisões cautelares, o que não se configurava no caso.

Ainda nessa mesma linha argumentativa, porém agora divagando acerca do mérito, o Relator avalia a antiga jurisprudência do STF acerca da execução provisória da pena privativa de liberdade. Apontou que, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988, a possibilidade de execução provisória da sentença penal constituía o entendimento dominante até meados de 2009. Citou o Ministro, ainda, que no passado, em caso semelhante (HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, Julgado em 30/06/1997), o pleno do STF alegou que com a superveniente condenação do réu, restava superada a falta de fundamentação para do decreto de prisão preventiva, de maneira que os recursos especial e extraordinário, ambos sem efeito suspensivo, não impediriam, de tal modo, o cumprimento de possível mandado de prisão.

Evidencia-se, da mesma forma, o uso do argumento *Ab Auctoritate* quando o Ministro Teori traz a discussão o possível estabelecimentos de alguns limites para o princípio da presunção de inocência, com base na teoria de respaldados constitucionalistas, tal qual seu colega, o Ministro Gilmar Mendes.

O argumento EXEMPLAR, tal qual o de autoridade, provém da retórica clássica, porém, eram estudados separadamente, como a forma retórica correspondente à indução lógica. São tratados, na retórica moderno, como argumentos quase lógicos, o qual revela-se pela utilização do chamado princípio de semelhança (FERRAZ JÚNIOR, 2003). Por essa razão, os exemplos terão mais força e respaldo na medida em que se assemelharam, em maior grau, com a situação posta em análise. A utilização de jurisprudências para fortalecer uma conclusão pretendida também pode enquadrar-se nesse tipo de argumento.

O Ministro Relator fez uso desse tipo de argumento, primeiramente, quando elencou diversas decisões das respectivas Turmas do Supremo Tribunal Federal, até o ano de 2009, que reafirmavam que o princípio da presunção de inocência não obstaría a execução provisória da pena, mesmo que pendentes de julgamento recursos especiais ou extraordinários.

Seguindo em seu voto, o decano usa como parâmetro para coadunar seu entendimento amplo estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, sobre a possibilidade da antecipação da execução provisória de prisão após vencido o segundo grau de jurisdição. Tal argumento baseou-se na elaboração de parâmetros entre a situação brasileira face exemplos de outros países onde a possibilidade da antecipação da prisão antes de esgotadas todas as vias recursais extraordinárias é amplamente aceita, como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina.

A seu turno, o argumento *A MINORI AD MAIUS* traz a ideia de passar-se da validade de uma disposição menos extensa para outra mais extensa (FERRAZ JÚNIOR, 2003). O argumento, nesse caso específico constrói-se com o auxílio de juízos de valor e da construção das hierarquias. Sendo assim, a relação entre as disposições nem sempre é de especialidade para generalidade em seu sentido lógico, mas de grau de adaptabilidade às circunstâncias.

Esse argumento evidenciou-se, como citado pelo Ministro Relator, quando da alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a execução provisória da prisão, no ano de 2009. Nessa oportunidade, assentou-se que o princípio da presunção de inocência se mostrava incompatível com a execução da sentença antes do trânsito em julgado da condenação. Passando, assim, de uma ideia mais restrita (execução provisória) para uma mais extensa (princípio da presunção de inocência).

O mesmo tipo de argumento é apresentado quando, defendendo a ideia da antecipação do trânsito em julgado, o decano relator cita a possibilidade aberta pela Lei Complementar 135/2010

(Lei da Ficha Limpa) Ao fazer uma analogia com tal dispositivo, o Ministro alega que o fato de um político não poder ser candidato a cargo público se possuir sentença condenatória em segunda instância, abre um precedente para a aplicação desse entendimento em maior escala.

De outra banda, o argumento de tipo A MAIORI AD MINUS traz em seu bojo a ideia da passagem da validade de uma disposição mais extensa para a validade de outra menos extensa (FERRAZ JÚNIOR, 2003). Esse argumento procura mostrar que aquilo que é aceito e reconhecido num caso deve ser aceito e reconhecido com maior razão ainda em um segundo caso, mais restrito.

Essa modalidade argumentativa denota-se quando o relator afirma que é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, assim, afastando os recursos extraordinários da ideia de duplo grau de jurisdição, não aviltando, de tal maneira, o princípio da presunção de inocência, encurtando, dessa maneira, a extensão de tal princípio.

Nesse mesmo sentido se coloca o argumento de que cumpre ao Supremo Tribunal Federal garantir que o processo resgate sua inafastável função institucional, qual seja, a efetivação do *Jus puniendi* estatal. Por tal motivo, a retomada da jurisprudência original da corte, no sentido de permitir a execução provisória da pena, atribuindo apenas efeito devolutivo aos recursos extraordinários, é mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado.

Ao longo de seu voto, o relator também apresentou o chamado argumento *AD ABSURDUM*, o qual, no plano da retórica, trata de um absurdo quando a demonstração consequente de uma proposição conduz a uma conclusão manifestamente inaceitável, o que obriga a reconhecer a suposta verdade da proposição frontalmente oposta (FERRAZ JÚNIOR, 2003). Este é o sentido da chamada prova pelo

absurdo, portanto, absurdo, aqui, não é destituído de sentido, mas detém uma carga falsa de sentido.

Esse argumento se manifestou quando da exposição por parte do relator do caráter protelatório que os recursos extraordinários passaram a tomar na jurisdição brasileira. Anotou que o último marco interruptivo do prazo prescricional antes do início do cumprimento da pena é a publicação da sentença ou acórdão recorrível, portando, considerando que os apelos extremos não são ferramentas para rebater fatos ou provas, estes não acarretam na interrupção da contagem do prazo prescricional. Por esse motivo, tais recursos em vez de constituírem um instrumento de garantia da presunção de inocência, passam a ser usados como espécies de inibidores da efetividade da jurisdição penal.

4 A antecipação do trânsito em julgado de sentença penal condenatória como discricionariedade em Dworkin

Após elencados e, de igual sorte, classificados os argumentos utilizados pelo Ministro Teori Zavascki, relator do *Habeas Corpus* 12.292 no Supremo Tribunal Federal, no sentido de transmutar a leitura clássica do princípio da presunção de inocência, inculcado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, chancelando a execução provisória de sentença penal, cotejar-se-á tal entendimento com a teoria Dworkiana da discricionariedade. Para, sendo o caso, estabelecer um paralelo entre o voto em testilha face o dito “sentido forte” da discricionariedade em Ronald Dworkin. Não obstante, para tanto, faz-se necessário traçar algumas bases para aquilo que Ronald Dworkin desenvolveu, mais especificamente em sua obra intitulada “Levando os Direitos a Sério”, como discricionariedade e suas hipóteses de ocorrência.

Dworkin inicia a construção de sua teoria da discricionariedade das decisões afastando o conceito colacionado pelos positivistas clássicos, o qual, segundo autor foi extraído exclusivamente da linguagem ordinária. Assim, para extrair o verdadeiro conceito de

discricionariedade, este deverá ser posto em seu habitat (DWORKIN, 2001). O conceito de poder discricionário só estará perfeitamente alinhado à realidade em apenas um tipo de contexto: quando determinado sujeito é, de maneira geral, encarregado de tomar certa decisão em consonância com certos padrões estabelecidos por uma autoridade.

Similarmente a todo e qualquer signo, o significado exato do que é poder discricionário é diretamente afetado pelas características contextuais de seu entorno. O termo será, de todo modo, matizado pelo pano de fundo informacional que compreendemos, em contraposição ao qual ele é utilizado. Por esse motivo, imperiosos se faz a identificação de algumas das principais distinções que permeiam esta ideia.

O poder discricionário, do mesmo modo que um espaço vazio no centro de uma rosca, não pode existir a não ser, precisamente, como um espaço vazio circundado por uma extensa gama de restrições. Se apresenta, portanto, como um conceito verdadeiramente relativo. Por essa imprecisão descritiva de tal fenômeno, Dworkin o estratifica em três níveis, respeitando suas respectivas “forças”: duas discricionariedades fracas (menos reprováveis) e uma forte (mais reprovável).

Para Dworkin emprega-se o termo “poder discricionário” em seu primeiro sentido fraco naqueles momentos onde utiliza-se de tal expressão apenas para dizer que, por certo motivo, os padrões que devem ser observados por uma autoridade pública não podem ser mecanicamente postos em prática, eis que exigem o uso da capacidade de julgar (DWORKIN, 2001). Este sentido se mostro com mais frequência quando o contexto, *per si*, não é tão esclarecedor quando pretendido, quando os pressupostos daquilo que é público não incluem tal fragmento de informação.

Em outros momentos, por vezes, para Dworkin, usa-se a expressão em uma segunda forma fraca, de igual sorte. Este é o caso quando argui-se que algum funcionário público possui a necessária autoridade para elaborar uma decisão em última instância e, mais

além, que tal decisão não pode ser revista nem mesmo cancelada por qualquer outro funcionário de menor ou igual calibre. Fala-se dessa maneira qual esse tipo de funcionário público é parte de um corpo hierárquico de servidores, estruturado de tal forma que alguns desses possuam maior autoridade do que outros, entretanto, com padrões de autoridades diferentes para cada modalidade de decisão.

Dworkin classifica essas situações como discricionariedade em sentido fraco justamente para traçar um contraponto com uma forma do mesmo fenômeno que, para o autor, se de em um sentido tido como forte. Essa forma de discricionariedade ocorrerá não apenas para dizer quando um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que para ele foram estabelecidos, através de um ente de autoridade, nem mesmo para afirmar que ninguém reverá aquele juízo elaborado, mas para dizer que, diante de certos assuntos, esse funcionário não está limitado pelos padrões da autoridade em questão (DWORKIN, 2001). Emprega-se a expressão em consonância com esse sentido não para comentar a respeito da dificuldade ou do caráter vago dos padrões ou sobre quem tem a palavra final na aplicação deles, mas para comentar sobre seu âmbito de aplicação e sobre decisões que pretendem controlar.

Ainda cabe salientar que o poder discricionário não significa que o funcionário esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas somente que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que se tem em mente quando colocada a questão do poder discricionário (DWORKIN, 2001). Portanto, alguém que possui um poder discricionário nos termos e características dessa terceira hipótese pode receber críticas contundentes, porém, não por ser desobediente. É cediço dizer que tal funcionário tenha, de fato, cometido um erro, mas não que tenha privado um participante de uma decisão que lhe era devida por direito.

É importante olvidar, ainda, o conceito de interpretação verdadeira ou correta como aquela que chega a uma conclusão a

partir das razões que melhor justificam o conjunto do direito institucionalizado, identificando, dessa mesma maneira, o melhor argumento (de princípio) que a sustente (MORAIS, 2010), como a forma mais efetiva de limitação da discricionariedade. Nesse sentido, após identificados todas as razões no voto do relator do HC objeto do presente trabalho, percebe-se que o mesmo não pode ser enquadrado dentro do conceito de uma interpretação verdadeira ou correta a partir da concepção dworkiana, tendo em vista a profunda relativização da norma constitucional que colaciona a presunção de inocência como direito fundamental inalienável, bem como o desrespeito pelos dispositivos que perpassam a mesma matéria em legislação especial, como o próprio Código de Processo Penal, por exemplo.

Nesse diapasão, denota-se que o voto elaborado pelo Ministro Teori Zavascki como relator do *Habeas Corpus* n. 12.292, enquadra-se com perfeição na última categoria de discricionariedade de Dworkin, qual seja, a forte. Afinal, não observadas inúmeras disposições, de forma coerente, como se pressuporia de uma decisão responsável e acertada. Atuando nesses termos, o Ministro, portanto, atuou de maneira a extrapolar os limites pelos quais estava limitado pelos padrões dispostos pela autoridade, qual seja, a própria constituição federal, indo diretamente de encontro com o que é preceituado pela Carta Maior.

Considerações finais

Conclui-se, portanto, que com recorrência a possibilidade de antecipação da execução provisória de sentença penal granjeou espaço no âmbito das discussões nacionais. Seja no meio acadêmico, bem como no meio social, político e midiático, tal problemática é objeto de acalorados e, por vezes, apaixonados debates. Não sem razão, essa disputa, sem maiores delongas, ascendeu ao Supremo Tribunal Federal, onde, não podendo ser de outra maneira,

protagonizou intensas discussões acerca de sua suposta legalidade ou ilegalidade perante a ordem constitucional brasileira.

Ao analisar os argumentos utilizados pelo relator em seu voto no *Habeas Corpus* 12.292 diante da teoria de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, observou-se, principalmente, as seguintes modalidades:

- a) argumentos baseados em autoridades (*ABAUCTORITATE*), seja essa por seu prestígio pessoal, como fez o decano ao citar o doutrinado por seu colega de tribunal, Ministro Gilmar Mendes, por ser este um reconhecido constitucionalista, seja por seu prestígio institucional, ao citar súmulas elaboradas no sentido de afirmar seu entendimento no sentido da possibilidade da execução provisória da pena;
- b) argumentos baseados em exemplos (*EXEMPLAR*), ao citar ampla jurisprudência que coadunavam sua visão e, de igual sorte, a apresentação de estudos jurídicos comparando a temática em outros países com a situação brasileira;
- c) argumento *A MINORI AD MAIUS*, ao mencionar a expansão do entendimento do princípio da presunção de inocência, no ano de 2009;
- d) argumento do tipo *A MAIORI AD MINUS*, quando afirmou o exaurimento do princípio da presunção de inocência na concretização do duplo grau de jurisdição, atrelando caráter de excepcionalidade para os recursos extraordinário e especial;
- e) utilizou, da mesma maneira, o argumento da espécie *AD ABSURDUM*, ao alegar que no Brasil os recursos nos tribunais superiores são usados como ferramentas protelatórias, aviltando o exercício da jurisdição penal do Estado.

Por fim, após analisar as modalidades argumentativas da decisão, diagnosticou-se a ocorrência de discricionariedade no sentido forte nos parâmetros estabelecidos por Ronald Dworkin. Nesse passo é importante olvidar o conceito de interpretação verdadeira ou correta como aquela que chega a uma conclusão a partir das razões que melhor justificam o conjunto do direito institucionalizado, identificando, dessa mesma maneira, a forma mais efetiva de limitação da discricionariedade. Nesse sentido, após assimilar todas as razões no voto do relator do HC objeto do

presente trabalho, percebe-se que o mesmo não pode ser enquadrado dentro do conceito de uma interpretação verdadeira ou correta a partir da concepção dworkiana, tendo em vista a profunda relativização da norma constitucional que colaciona a presunção de inocência como direito fundamental inalienável, bem como o desrespeito pelos dispositivos que perpassam a mesma matéria em legislação especial, como o próprio Código de Processo Penal, podendo ser classificada como uma decisão discricionária no sentido forte.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 12.292. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habeas Corpus nº 313.021. São Paulo, SP de 2016. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**. São Paulo, 2016.

BRASIL. Congresso. Senado. Decreto - Lei nº 2.848, de 1940. **Código Penal**.

BRASIL. **Súmula Vinculante nº 691**, de 2005. Brasília.

BRASIL. Congresso. Senado. Lei Complementar nº 135, de 2010. **Lei da Ficha Limpa**. Brasília.

BRASIL. Congresso. Senado. **Constituição Federal**. 1988, Brasília,

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAIS, Fausto Santos de. **A importância da Resposta Correta no Direito**: breve exposição das contribuições de Ronald Dworkin à Teoria do Direito. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 6, p. 271-293, 2010.

Feminismo e direitos da mulher no estado democrático de direito: a constante luta pela igualdade de gênero¹

Nariel Diotto²

Tatiana Diel Pires³

Raquel Buzatti Souto⁴

1 Introdução

Todo cidadão, segundo a Carta Magna de 1988, possui garantias e direitos fundamentais, os quais o Estado e toda a sociedade são responsáveis por tutelá-los. Direitos estes, que não observam cor, gênero, credo, preferência sexual, política ou

¹ Artigo produzido a partir da pesquisa realizada pelo PIBIC/UNIRUZ “A condição sociocultural da mulher e Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104/2015)”, coordenado pela Prof. Raquel Buzatti Souto.

² Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). Advogada. Colaboradora externa do PIBIC/UNIRUZ “A condição sociocultural da mulher e a Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104/2015)”. E-mail: nariel.diotto@gmail.com.

³ Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ). Bolsista de Iniciação Científica do PIBIC/UNIRUZ “A condição sociocultural da mulher e a Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104/2015)”. E-mail: tatiana_diel@hotmail.com.

⁴ Orientadora do artigo. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela UNIFRA. Mestre em Desenvolvimento, linha de pesquisa Direito, Cidadania e Desenvolvimento pela UNIJUI. Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas – NPJ da UNICRUZ. Líder do Grupo de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos, Cidadania e Democracia (GPJUR) do curso de Direito da UNICRUZ. Professora do Curso de Direito da UNICRUZ. Bacharel em Direito pela UNICRUZ. Coordenadora do PIBIC intitulado: “A condição sociocultural da mulher e a Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104/2015)”. Advogada. Contato: rsouto@unicruz.edu.br

condição social. Direitos que devem ser de todos os cidadãos, de forma igualitária.

O presente estudo remete a uma discussão sobre a condição sociocultural da mulher na história, a desigualdade de gênero a que estão submetidas, além dos hábitos sociais incompatíveis com a tradição dos direitos humanos. O estudo do tema é de grande relevância, pois possibilita que no âmbito da academia, hajam estímulos à educação jurídica, com o intuito de formar profissionais aptos a influenciar na redução dessa violência e na defesa dos direitos das mulheres.

A metodologia empregada na pesquisa é essencialmente exploratória e qualitativa. O objetivo geral deste estudo é promover a rediscussão teórica e prática da condição feminina, por meio de um resgate histórico do movimento feminista, dos hábitos culturais e da construção da igualdade de gênero. Assim, inicialmente, foi realizado um estudo histórico sobre o movimento feminista no Brasil, seus principais momentos e atores e, em seguida, abordou-se sobre os direitos da mulher, principalmente a busca pela igualdade formal e material de gênero.

O tema é de grande relevância para analisar quais são e como se articulam os principais fatores que contribuem para a violência e discriminação contra a mulher, identificando os motivos que causam tamanha violência e apontando o papel do Estado e de toda a sociedade na busca da proteção da integridade da mulher.

2. Desenvolvimento

2.1 Feminismo: conceituações e contexto histórico

O processo de opressão da mulher foi construído ao longo de milênios, a história da humanidade demonstra que a figura feminina sempre ocupou uma situação inferior em relação à masculina. Para Platão e Aristóteles, as mulheres eram seres inferiores aos homens e destituídas de razão, emotivas e pouco racionais e organizadas, servis

a procriação e afazeres domésticos e que deveriam ser educadas pelos maridos. Tal discurso, dois mil anos depois, também foi defendido por Rousseau (FERRAZ, 2009, p.1).

A Igreja, no Renascimento, declarou que “a mulher seria um ser naturalmente inferior ao homem” (CELMER, 2015, p. 20). Assim, tem-se que nossa sociedade é culturalmente patriarcal, naturalizando a subordinação feminina e exaltando a figura do homem.

Nesse sentido, Petersen (1999, p. 20) afirma que, para o patriarcalismo perdurar “foi necessário organizar o poder paterno na família e apoiá-lo numa ideologia que enfatizasse uma hierarquia extrema entre os sexos, legitimando o exercício do poder masculino”. Ou seja, foi a hierarquização da família, um motivo relevante para que perdurasse a subordinação do gênero feminino.

Ademais, Pedro e Guedes (2010, p. 3) referem que as relações de gênero presentes na sociedade patriarcal “pressupõem que o órgão sexual determina as funções sociais. Dessa forma, a sociedade constrói uma identidade social, que é construída através dos distintos papéis que são atribuídos a homens e a mulheres”. E isso engloba a fragilização do feminino, que remete à mulher o adjetivo de *sexo frágil*.

Em decorrência dessas questões, iniciaram-se as discussões em torno do conceito de *gênero*, visando refletir sobre as representações sociais construídas sobre o masculino e o feminino, evidenciando as formas de opressão masculina e a conseqüente submissão feminina, tanto no âmbito público quanto no privado e, foi a partir de então, que ocorreram tentativas individuais, buscando a ruptura da submissão e opressão feminina. Segundo Siqueira (2015, p. 331):

[...] ainda na época da Revolução Francesa, Olympe de Gouges se manifestou em favor dos direitos femininos e da isonomia entre homens e mulheres. Ela redigiu em 1791, sob influência do clima de reivindicação de liberdades criado pela Revolução Francesa, um documento denominado Declaração dos direitos da mulher e da cidadã, que contesta a concepção de igualdade adotada na prática durante a Revolução; seria uma igualdade masculina, que não

abrangeria as mulheres, afastando-as como sujeitos dos direitos exigidos pelos revolucionários.

Contudo, foi no século XIX, que as reivindicações referentes aos direitos femininos começaram a surgir de maneira mais ampla e estruturada, com a criação de entidades coletivas e o surgimento de demandas uniformes, bem como de esforços teóricos para dar sustentação às cobranças políticas relacionadas condição sociocultural das mulheres. Então, é nesse momento que eclode o movimento denominado feminismo, que até os dias atuais é atuante e fundamental na luta pela garantia dos direitos das mulheres.

A expressão feminismo possui sua origem do termo latim *femīna*, que significa mulher. O feminismo é a doutrina social favorável à mulher, e conforme leciona Soares (1994), seu conceito é entendido como a ação política das mulheres, englobando teoria, prática e ética. Para Telles (2003, p. 51), feminismo:

[...] refere-se a um movimento político que questiona as relações de poder, a opressão e a exploração de grupos de pessoas sobre outras, particularmente da dominação sobre a população feminina. Contrapõe-se radicalmente ao poder patriarcal que sobrevive ainda nos dias de hoje, sutilmente ou não, disfarçado em “igualdade”, “competência” e “liberdade de disputa” e “concorrência”.

Algumas doutrinadoras com o objetivo de que o feminismo fosse compreendido, dividiram os movimentos em períodos cronológicos denominados “ondas”. Pois, segundo elas, em cada época, os movimentos feministas apresentavam demandas específicas, evoluindo em direção a outras matérias conforme a passagem do tempo e as mudanças na sociedade, que traziam questões diversas e o amadurecimento do próprio movimento feminista (SIQUEIRA, 2015, p. 331).

Com base no supramencionado, importante analisar brevemente as ondas feministas e os principais marcos históricos de cada uma delas, até os dias de hoje.

A primeira onda feminista ocorreu durante o século XIX, de forma mais intensa e expressiva, na Inglaterra e nos Estados Unidos, por meio do movimento denominado *Women's Suffrage*⁵, as reivindicações estavam fortemente relacionadas aos direitos políticos femininos (direito de sufrágio) e a direitos sociais e econômicos, a exemplo do direito ao trabalho, à propriedade, à herança (PEDRO, 2005, p. 79).

No Brasil, a primeira onda também iniciou a partir da luta pelo direito de voto da mulher. “As sufragetes brasileiras foram lideradas por Bertha Lutz, bióloga, cientista de importância, que estudou no exterior e voltou para o Brasil na década de 1910, iniciando a luta pelo voto” (PINTO, 2010, p.16). Ainda sobre Bertha Lutz e sua colaboração junto ao movimento feminista no Brasil,

Foi uma das fundadoras da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, organização que fez campanha pública pelo voto, tendo inclusive levado, em 1927, um abaixo-assinado ao Senado, pedindo a aprovação do Projeto de Lei, de autoria do Senador Juvenal Larmartine, que dava o direito de voto às mulheres. Este direito foi conquistado em 1932, quando foi promulgado o Novo Código Eleitoral brasileiro (PINTO, 2010, p. 16).

Porém, Bertha Lutz e outras mulheres associadas à luta sufragista no Brasil geralmente pertenciam às classes média e alta, formando um grupo de mulheres altamente instruídas e com grande influência política e, por essa razão, constituíam uma coletividade designada como feminismo bem-comportado. Essa, entretanto, não era a única congregação de mulheres atuantes no período designado como o do feminismo de primeira onda. Havia também a intensa participação das operárias que abraçavam a ideologia anarquista, reunidas na União das Costureiras, Chapeleiras e Classes Anexas (PINTO, 2010, p.16).

⁵ Mulheres sufragistas.

Após esse movimento inicial, por volta de 1930, o feminismo, em âmbito mundial, vive um período de inércia. Contudo, em 1949, surge na esfera internacional Simone de Beauvoir⁶, com a sua mais famosa obra: o segundo sexo, na qual propagou o que até hoje é um dos lemas do feminismo “não se nasce mulher, torna-se mulher!”. Tal livro foi fundamental para o fortalecimento e revigoração do feminismo em meio às grandes movimentações na chamada segunda onda, que ocorreu no período final dos anos 1960 (PINTO, 2010, p.16).

Tem-se que a segunda onda do feminismo, surgindo como consequência das conquistas da primeira, procurou focar-se no que era específico da mulher, reivindicando que as peculiaridades femininas fossem reconhecidas e protegidas. O feminismo desse período “deu prioridade às lutas pelo direito ao corpo, ao prazer, e contra o patriarcado – entendido como o poder dos homens na subordinação das mulheres” (PEDRO, 2005, p. 79). O feminismo, portanto, foi a essência na busca por direitos e na luta contra a subordinação da mulher.

Ademais, um dos lemas principais das feministas desse período consistia na frase: o privado é político. Pois, muito se falava em democracia política, mas o que ocorria no âmbito doméstico, nas relações familiares, até então não era debatido e muitas causas femininas ainda permaneciam na invisibilidade. Assim, sobre as reivindicações específicas da segunda onda feminista, Siqueira (2015, p. 336) dispõe:

A reivindicação das feministas era, portanto, bastante voltada a questões de violência sexual e familiar contra a mulher, alegando-se que era uma questão a ser publicamente discutida e solucionada. O aborto também era uma questão abordada nesse período, como referência ao direito se der mãe se e quando fosse da vontade da mulher. Trata-se de um reflexo da defesa da liberdade sexual feminina por essa geração de feministas.

⁶ Filósofa e feminista francesa.

Outro marco da segunda onda, principalmente nos Estados Unidos, foi obra publicada por Betty Friedan, em 1963, denominado “Mística Feminina”. Para escrever sua obra, a autora entrevistou várias mulheres acerca de suas insatisfações e dificuldades com a criação dos filhos, o casamento, a casa e a comunidade e, demonstrou que os anseios das mulheres estão muito além de dos cuidados com a casa e os filhos. Nesse período, o movimento feminista postula a liberdade feminina de se realizar pessoalmente da forma que bem desejasse, tendo inclusive, a liberdade de não se casar e não ter filhos (SIQUEIRA, 2015, p. 336).

No Brasil, o momento de eclosão das ideias feministas características da segunda onda coincide com a luta pela redemocratização brasileira durante a ditadura militar iniciada em 1964. Esse teria sido o momento em que o feminismo brasileiro ganhou caráter de um grande movimento.

O primeiro grupo de mulheres feministas, surgiu em São Paulo, no ano de 1972. De forma compassada, os temas relacionados ao feminismo passaram a fazer parte dos eventos e fóruns nacionais, como ocorreu na reunião da Sociedade Brasileira pelo Progresso da Ciência (SBPC), em Belo Horizonte, no ano de 1975. No mesmo ano, foi instituído o Ano Internacional da Mulher pela ONU e ocorreram mais dois encontros, nos quais surgiram debates sobre as causas do movimento feminista, foram eles: o Encontro para o Diagnóstico da Mulher Paulista, realizado em São Paulo e o da Associação Brasileira de Imprensa, no Rio de Janeiro, o qual deu origem ao Centro da Mulher Brasileira (ALVES; ALVES, 2013, p. 115).

Por fim, a terceira onda abrange as tentativas de desconstrução da categoria “mulher” como um sujeito coletivo unificado que partilha as mesmas opressões, os mesmos problemas e a mesma história. Para Siqueira (2015, p. 337):

Trata-se de reivindicar a diferença dentro da diferença. As mulheres não são iguais aos homens, na esteira das ideias do

feminismo de segunda onda, mas elas tampouco são todas iguais entre si, pois sofrem as consequências da diferença de outros elementos, tais como raça, classe, localidade ou religião.

Uma das mais significativas vitórias, nesse período do feminismo brasileiro foi a criação do Conselho Nacional da Condição da Mulher (CNDM), em 1984, que, promoveu junto com importantes grupos – como o Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA), de Brasília – uma campanha nacional para a inclusão dos direitos das mulheres na nova carta constitucional. Do esforço resultou que a Constituição de 1988 é uma das que mais garante direitos para a mulher no mundo.

Ainda na última década do século XX, o movimento sofreu, seguindo uma tendência mais geral, um processo de profissionalização, por meio da criação de Organizações Não-Governamentais (ONGs), focadas, principalmente, na intervenção junto ao Estado, a fim de aprovar medidas protetoras para as mulheres e de buscar espaços para a sua maior participação política. Uma das questões centrais dessa época era a luta contra a violência, de que a mulher é vítima, principalmente a violência doméstica. Além das Delegacias Especiais da Mulher, espalhadas pelo país, a maior conquista foi a Lei Maria da Penha (Lei n. 11 340, de 7 de agosto de 2006), que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Ainda é mister apontar para as duas Conferências Nacionais para a Política da Mulher, ocorridas em 2005 e 2007, que mobilizaram mais de 3.000 mulheres e produziram alentados documentos de análise sobre a situação da mulher no Brasil (PINTO, 2010, p.17).

No entanto, em que pese os direitos a mulher, atualmente, tenham ganhado força e formalidade no ordenamento jurídico brasileiro, discute-se ainda a desigualdade de gênero que ainda é predominante no contexto social. Diante disso, a seguir, os direitos femininos serão articulados, com especificidade, a fim de entender

a importância do movimento feminista na busca pela igualdade e luta contra opressão.

2.2 Direitos femininos: a busca pela igualdade no estado democrático de direito

Denota-se da seção anterior, que, historicamente, a mulher foi introduzida em um contexto de inferioridade em relação ao masculino e, que as relações de gênero, foram enraizadas em uma sociedade caracterizada pelo patriarcalismo que, acabou por abafar a voz da mulher que, desde sempre, reivindicou por direitos. Nesse sentido,

Sabe-se que, historicamente, as representações da mulher e as ideologias dominantes de gênero colocam-nas em uma posição subalterna e secundária, não só nas relações domésticas de gênero propriamente, como, sobretudo, nas relações sociais, políticas, econômicas e de trabalho [...]. O que se quer dizer é que a mulher se viu inserida em um mercado que leva em conta o papel masculino de participação no trabalho e na economia, sem “preparar-se” para recepcionar a força feminina de trabalho, o que a obriga a conviver com toda sorte de discriminações, de preconceitos, de exclusões e justificativas rasas que, no atual plano de desenvolvimento dos valores humanitários, sociais, de cidadania e ética, tornam-se absolutamente intoleráveis. (ANDRADE, 2012, p. 1).

A dificuldade histórica da mulher, em inserir-se no espaço público e encaixar-se na sociedade, as próprias discrepâncias salariais entre os sexos, a dificuldade em obter cargos de liderança e as constantes manifestações e lutas em busca de direitos (inclusive o direito de votar), são reflexos da cultura discriminatória de gênero⁷ enraizada não apenas em âmbito nacional, mas também mundial.

⁷ O conceito de gênero, para as ciências sociais, não se confunde com o conceito de sexo; enquanto este estabelece as diferenças biológicas e anatômicas entre homens e mulheres, aquele se ocupa em designar

Quando se discute relações de gênero, há na verdade, uma discussão sobre o poder, pois “as relações existentes entre masculino e feminino são relações desiguais, assimétricas, mantêm a mulher subjugada ao homem e ao domínio patriarcal” (COSTA, 2008, p. 1). A desigualdade existente entre as relações de gênero, acaba por privar o feminino de direitos basilares garantidos constitucionalmente.

Nesse sentido, é importante resgatar o papel da legislação na sociedade, pois ela reflete as normas que regem uma sociedade, que regulam as relações e instituem os processos sociais. As normas têm o papel de resguardar os direitos individuais e também os coletivos frente ao Estado e aos demais indivíduos e instituições, bem como, instituem ao Estado o compromisso, de garantir os direitos positivados (CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA, 2006, p. 11).

A Constituição Federal de 1988, foi um grande marco para os direitos fundamentais, suas alterações incluíram a instituição da igualdade perante todos os indivíduos, independente de sexo. Em muito acrescentou os movimentos em prol dos direitos da mulher surgidos à época da criação do texto constitucional vigente, Assim,

O movimento feminista brasileiro foi um ator fundamental nesse processo de mudança legislativa e social, denunciando desigualdades, propondo políticas públicas, atuando junto ao Poder Legislativo e, também, na interpretação da lei. Desde meados da década de 70, o movimento feminista brasileiro tem lutado em defesa da igualdade de direitos entre homens e mulheres, dos ideais de Direitos Humanos, defendendo a eliminação de todas as formas de discriminação, tanto nas leis como nas práticas sociais. De fato, a ação organizada do movimento de mulheres, no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, ensejou a conquista de inúmeros

as diferenças sociais e culturais que definem os papéis sexuais destinados aos homens e às mulheres em cada sociedade. Assim, na definição de gênero cabe a afirmação de Simone de Beauvoir “não se nasce mulher, torna-se”. O mesmo pode ser aplicado para o gênero masculino. O gênero, diferentemente do sexo, não é natural, mas sim resultado de uma construção social (MELLO, 2010, p. 11).

novos direitos e obrigações correlatas do Estado, tais como o reconhecimento da igualdade na família, o repúdio à violência doméstica, a igualdade entre filhos, o reconhecimento de direitos reprodutivos, etc. (BARSTED, 2001, p. 35)

A Constituição brasileira de 1988, lei fundamental, também chamada de Constituição Cidadã, introduziu uma gama de direitos no ordenamento jurídico que, anteriormente, não estavam positivados. Cabível a menção dos princípios fundadores do Estado Democrático de Direito⁸, inclusos no texto constitucional, entre eles o princípio da igualdade⁹, incompatível com qualquer discriminação fundada na diferença.

Conforme Barroso (2014, p. 65), “os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico, e no momento da sua aplicação concreta eles sempre geram regras que regem situações específicas”. Portanto, apesar de expressamente dispostos na carta constitucional, os princípios dependem de leis específicas capazes de efetivá-los, pois acabam sendo a origem dos demais direitos. Nesse sentido, Britto (2012, p. 88):

Deveras, sendo a Constituição a lei de todas as leis que o Estado produz, os valores nela positivados são também os valores de todos os valores que as demais leis venham a positivar. Reexplicando: os valores de berço constitucional são o hierárquico referencial de todos os outros valores de matriz infraconstitucional. Valores, estes últimos, que de alguma forma têm que se reconduzir aos primeiros, pena de invalidade (que para isto serve o princípio da supremacia formal e material da Constituição).

⁸ Consta na CF/88, em seu preâmbulo, que o Estado Brasileiro “um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”.

⁹ A regra do inciso I do art. 5º da Carta Constitucional do Brasil de 1988 consagra com uma clareza solar o princípio da igualdade - reproduzido em praticamente todas as constituições editadas após a Revolução Francesa: ‘homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição’. Essa garantia encontra reforço no inciso XXX do seu art. 7º, que proíbe qualquer discrimine fundado em motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (DIAS, 1997, p. 1).

Por este viés, entende-se que os princípios constitucionais são os valores primordiais do ordenamento jurídico, sendo que, os códigos e leis vigentes, devem estar sempre em busca da sua efetivação.

Os princípios podem ser considerados como juízos fundamentais, que tem por intenção garantir conceitos aplicáveis a uma porção da realidade. Ou seja, os princípios norteiam valores dotados de relevância jurídica, os quais servem de parâmetro para o bem-estar social (ANDREUCCI, 2010, p. 99).

Pérez Luño (2012, p.15), manifesta-se no sentido de que, os princípios, direitos e liberdades são o próprio fundamento do Estado Democrático de Direito, são o propósito existente na concepção desses direitos e o seu papel dentro do Estado. Assim,

Conviene advertir que el presente clima de “retorno a los derechos” implica un acuerdo genérico em la idea de que los derechos y libertades constituyen el fundamento auténtico del Estado de Derecho. Sin que de ello pueda derivarse que existe unidad de critério em la forma de concebir esos derechos y su papel em el Estado de Derecho (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 15).

Neste rol de princípios e garantias fundamentais, relativos à mulher e objeto de luta do público feminino, os quais são os valores basilares a serem seguidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, inclui-se a igualdade, o principal objetivo da luta feminina contemporânea. Exige-se a igualdade de gênero e o tratamento isonômico em relação ao homem.

Em relação à igualdade,

O direito à igualdade é o direito que todos têm de ser tratados igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem, quer perante a ordem jurídica (igualdade formal), quer perante as oportunidades de acesso ao bem da vida (igualdade material), pois todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. A exigência de igualdade decorre do princípio constitucional da igualdade, que é um postulado básico de democracia, pois significa que todos merecem

as mesmas oportunidades, sendo defeso qualquer tipo de privilégio e perseguição. O princípio em tela interdita tratamento desigual às pessoas iguais e tratamento igual às pessoas desiguais (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 640).

Por este viés, “o direito à igualdade garante tratamento homogêneo aos diferentes gêneros, não se limitando nesse sentido, apenas a homem e mulher, mas a todos os cidadãos, independentemente de cor, religião, etnia, ou os mais diversificados caracterizadores sociais” (DIOTTO; PIRES; SOUTO, 2017, p. 4). No entanto, em que pese a igualdade seja um dos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito, a realidade fática nos mostra que esse direito está bem longe de ser integralmente cumprido. As raízes do patriarcalismo, atitudes misóginas e sexistas, ainda persistem na sociedade contemporânea, não havendo sinais de desconstrução da visão ultrapassada do gênero feminino, que coloca a mulher em situação de inferioridade e fragilidade. Saliente-se que, em se tratando de igualdade, não há incompatibilidade de normas ao instituir leis específicas para a mulher, que lhes deem tratamento diferenciado dos homens. Não significa que a mulher terá privilégios, ou que terá maior tutela do Estado. Significa que seus direitos serão instituídos e preservados na medida das suas peculiaridades, principalmente culturais. Nesse sentido,

A aparente incompatibilidade entre essas normas jurídicas solve-se ao se constatar que a igualdade formal - igualdade de todos perante a lei - não conflita com o princípio da igualdade material, que é o direito à equiparação através da redução das diferenças sociais. Nítida a intenção do legislador em consagrar a máxima aristotélica de que o princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que eles se desiguam (DIAS, 1997, p. 2).

A exemplo disso, cita-se a criação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11340/06)¹⁰. Já se discutiu, inclusive, sobre sua aplicação em casos de violência doméstica onde o homem é a vítima. No entanto, esse entendimento não deve prosperar, visto que, é a mulher a maior vítima da violência doméstica e, inclusive, essa violência se origina de sua condição de gênero. A Lei Maria da Penha não é privilégio, ou direito que garante maior proteção à mulher do que ao homem, é um mecanismo que admite a existência da desigualdade, discriminação e violência contra a mulher e, busca instituir meios, para que o gênero feminino seja tutelado na medida das suas peculiaridades.

Em que pese hajam diversos questionamentos em torno das legislações de gênero, bem como a própria igualdade (a exemplo no que concerne a mulher ter privilégios ou não), a legislação brasileira é considerada avançada em relação aos direitos das mulheres, mesmo que na prática ainda existem diversas violações. Nessa trilha,

Um dos questionamentos basilares nesse campo é o de que o Brasil tem uma legislação avançada em termos de direitos e de cidadania e, no entanto, apresenta uma realidade desigual e injusta, produzindo comumente um sentimento de descrédito e de desqualificação em relação às conquistas legais. Se, por um lado, estes processos subjetivos são compreensíveis, faz-se importante ressaltar que os avanços na legislação são resultados de muitas lutas dos sujeitos políticos, visando aprofundar a democracia e a cidadania brasileiras. Assim, geralmente a legislação é o resultado de embates políticos e ideológicos e os avanços conquistados, ainda que formais, merecem ser valorizados e comemorados. Nessa medida, a legislação expressa o desejo e a intenção de pautar novas realidades sociais (CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA, 2006, p. 11-12).

¹⁰ No ano de 2006 foi publicada a lei nº 11.340 popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, estabelecendo mecanismo para impedir e punir a violência doméstica, como também oferecer assistência às vítimas. Tal lei ajudou nas denúncias e na diminuição da violência, o tema passou a ser mais debatido e mais denunciado (DIOTTO; PIRES; SOUTO, 2017, P. 13).

Especificamente em relação aos direitos da mulher, esses foram sendo adquiridos e ampliados com o passar do tempo, contudo, a existência de um ordenamento jurídico forte, não aponta necessariamente a garantia desses direitos. Nesse sentido, o contexto em que perpassa a sociedade brasileira, anseia pela necessidade de organização e constante mobilização social, para que os direitos adquiridos não sejam esquecidos ou restritos, no decorrer do tempo.

Assim, a luta feminista é constante, e o movimento tende a, cada vez mais, adquirir adeptas e adeptos, na luta pela igualdade e contra a discriminação e violência.

A Lei Maria da Penha em muito contribuiu para a efetividade da igualdade de gênero, pois combate a “violência enraizada em uma cultura sexista secular que mantêm a desigualdade de poder presente nas relações entre os gêneros, cuja origem não está na vida familiar, mas faz parte das estruturas sociais mais amplas” (MENEGHEL *et al.*, 2013, p. 692). Assim, sua criação ocorreu para tornar a violência de gênero uma violação dos direitos humanos, possibilitando proteção para a vítima e instituindo meios de prevenção da violência, que ocorre, principalmente, devido ao gênero e a característica de ser mulher.

Outrossim, cabível mencionar a criação da Lei nº 13.104, Lei do Femicídio. As agressões mais graves sofridas pela mulher, em muitos casos, atingem um patamar bem maior e culminam com a sua morte. A Lei criou como modalidade de homicídio qualificado, o feminicídio, aquele que ocorre quando uma mulher é morta por razões de sua condição de sexo feminino.

Contudo, Gebrim e Borges (2014, p. 73-74) expõe que “Enfrentar a violência contra as mulheres não depende somente de esforços legais. Requer políticas de longo prazo, elaboradas a partir da compreensão da origem desse fenômeno [...]”. Portanto, é essencial a participação de toda a sociedade no combate a violência e desigualdade de gênero, pois estas atentam contra a dignidade da

pessoa humana e configuram um problema de ordem pública, que não deve ser tolerado.

Em que pese a Constituição Federal, as legislações em prol da mulher e a criação de políticas públicas sejam, na teoria, consistentes e garantam direitos, a prática ainda mostra a sua insuficiência. A violência e discriminação contra a mulher demonstra quanto a misoginia e o sexismo, frutos do sistema patriarcal, estão presentes na sociedade. As manifestações dessas práticas discriminatórias ocorrem de diferentes formas, sejam elas agressões físicas, intimidação, violência sexual, humilhação verbal. Independente da forma que esta manifestação ocorre, todas elas têm, como principal causa, a discriminação decorrente das diferenças de gênero.

Pensar em uma solução para a questão do gênero, em curto prazo, é utópica. Todavia, por meio do próprio ordenamento jurídico (que possui cunho educativo e preventivo), bem como das políticas públicas em prol da igualdade entre homens e mulheres e dos movimentos feministas, que dão voz a todas as mulheres em situação de vulnerabilidade, em longo prazo, poderão trazer resultados benéficos em relação a tutela dos direitos da mulher.

3 Considerações finais

Apesar de todas as atenções voltadas para reconstrução do gênero feminino, de acordo com os valores de igualdade e respeito, bem como, a busca da conscientização do papel da mulher na sociedade, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que ao gênero feminino seja auferido respeito, dignidade e igualdade, valores primordiais do ordenamento jurídico.

A desigualdade de gênero se exterioriza das mais variadas formas, principalmente, pela violência, a qual foi naturalizada no comportamento humano. A violência não é apenas física, em muitos casos ela se manifesta sutilmente, podendo, até mesmo, passar despercebida. Os movimentos feministas ainda são vistos

negativamente por grande parte da sociedade, recebendo apelidos depreciativos e que desvalorizam a importância da luta.

Historicamente, a mulher mostrou toda a sua determinação na conquista de direitos que durante muito tempo lhe foram negados. Agora, cabe ao Estado e a toda sociedade desenvolver seu papel conscientizador e educativo, para impedir com que o discurso depreciativo à mulher continue a perpetuar a violência e discriminação nas próximas gerações.

Referências

ALVES, Ana Carla Farias; ALVES Ana Karina da Silva. **As trajetórias e lutas do movimento feminista no Brasil e o protagonismo social das mulheres.** In: IV Seminário CETROS, Neodesenvolvimentismo, Trabalho e Questão Social, Fortaleza/CE, 2013. Disponível em: <http://www.uece.br/eventos/seminariocetros/anais/trabalhos_completos/69-17225-08072013-161937.pdf>. Acesso: 01 ago 2017.

ANDRADE, Monalisa Pieve de. **Direitos da Mulher.** Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D11-16.pdf>>. Acesso: 02 ago. 2017.

ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. **Por uma efetiva construção da igualdade de gênero no ordenamento jurídico brasileiro:** análise da necessária revisão do tratamento diferenciado a mulher nas aposentadorias por idade e por tempo de contribuição na Constituição Federal de 1988. In: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC - SP), São Paulo, 2010. Disponível em: <<https://www.misp.pucsp.br/bitstream/handle/5419/1/Ana%20Claudia%20Pompeu%20Torezan%20Andreucci.pdf>>. Acesso: 02 ago. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo.** A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução: Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 2012.

_____. **Lei n. 11.340, de 07 de Agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 ago. 2006.

_____. **Lei n. 13.104, de 9 de Março de 2015.** Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 10 da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 mar. 2015.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CELMER, Elisa Girotti. **Feminismos, discurso criminológico e demanda punitiva:** uma análise do discurso de integrantes de organizações não governamentais feministas sobre a lei 11.340/06. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015.

CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA (CFEMEA). **Os direitos das mulheres na legislação brasileira pós-constituente.** Almira Rodrigues (Org.), Iáris Cortês (Org.). Brasília: Letras Livres, 2006.

COSTA, Ana Alice. **Gênero, poder e empoderamento das mulheres.** 2008. Disponível em: <http://www.adolescencia.org.br/empower/website/2008/imagens/textos_pdf/Empoderamento.pdf>. Acesso: 01 ago. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Direito constitucional.** São Paulo, Jus Podvim, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Ações afirmativas: uma solução para a desigualdade.** In: Zero Hora, Porto Alegre, 1997. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15893-15894-1-PB.pdf>>. Acesso: 02 ago. 2017.

DIOTTO, Nariel; PIRES, Tatiana Diel; SOUTO, Raquel Buzatti. **A (des)igualdade de gênero e o feminicídio:** a evolução sociocultural da mulher e os reflexos da dominação patriarcal. *In:* Derecho y Cambio Social, Lima - Peru, jan 2017. Disponível em <[http://www.derechoycambiosocial.com/revistao47/A_\(DES\)IGUALDADE_DE_GENERO%20.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revistao47/A_(DES)IGUALDADE_DE_GENERO%20.pdf)>. Acesso: 10 mar. 2017.

FERRAZ, Liz de Oliveira Motta. **Na contramão do conhecimento científico sexista:** direções alternativas na perspectiva de gênero. *In:* Revista Espaço Acadêmico. n. 92 jan. 2009. Ano VIII. ISSN 1519.6186. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/092/92ferraz.htm>>. Acesso em: 31 jul 2017.

GEBRIM, Luciana Maibashi; BORGES, Paulo César Corrêa. **Violência de gênero:** Tipificar ou não o femicídio/feminicídio?. *In:* Revista de informação legislativa, v. 51, n. 202, p. 59-75, 2014. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503037/001011302.pdf?sequence=1>>. Acesso: 10 mar. 2017.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **Da mulher honesta à lei com nome de mulher:** o lugar do feminismo na legislação penal brasileira. *In:* Videre, Dourados, MS, jun. 2010. Disponível em: <http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/885/pdf_27>. Acesso: 03 ago. 2017.

MENEGHEL, Stela Nazareth. et al. **Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero.** *In:* Ciência e saúde coletiva, vol. 18, n. 3, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v18n3/15.pdf>>. Acesso: 10 mar. 2017.

PAIM, Jairnilson Silva. **A Constituição Cidadã e os 25 anos do Sistema Único de Saúde (SUS).** Disponível em www.scielo.com.br/scielo.php?cript=sci_arttext&pid=s0102-311X2013001000003>. Acesso em: 27 out. 2015.

PEDRO, Claudia Bragança; GUEDES, Olegna de Souza. **As conquistas do movimento feminista como expressão do protagonismo social das mulheres.** *In:* Anais do I Simpósio sobre Estudos de Gênero e Políticas Públicas, ISSN 2177-8248. Disponível em: <<http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/1.ClaudiaBraganca.pdf>>. Acesso em: 01 ago 2017.

PEDRO, Joana Maria. **Traduzindo o debate**: o uso da categoria gênero na pesquisa histórica. Revista História, São Paulo, v.24, N.1, P.77-98, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los derechos humanos en la sociedade tecnológica**. 1 ed. Madrid: Editorial Universitas S.A., 2012.

PETERSEN, Áurea. **Discutindo o uso da categoria gênero e as teorias que respaldam estudos de gênero**. In: STREY, Marlene Et Al. Gênero por escrito. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Feminismo, história e poder**. In: Revista de Sociologia e Política, Curitiba, vol. 18, nº 36, Jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-44782010000200003&script=sci_arttext>. Acesso em 05 jun. 2015.

SIQUEIRA, Camilla Karla Barbosa. **As três ondas do movimento Feminina e suas repercussões no direito brasileiro**. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/w8299187/ARu8H4M8AmpZnw1Z.pdf>>. Acesso em: 01 ago 2017.

SOARES, Vera. **Movimento de mulheres e feminismo: evolução e novas tendências**. In: Revista Estudos feministas. Rio de Janeiro, 1994.

TELES, Maria Amélia de Almida. **Gênero e Teologia: Intepelações e Perpectivas**. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

Os empecilhos do ativismo judicial ao princípio constitucional da segurança jurídica: uma análise acerca do *habeas corpus* 126.292 julgado pelo STF

*Wagner dos Santos*¹

*Tássia A. Gervasoni*²

Introdução

Nos últimos anos é notório o crescimento do espaço do Poder Judiciário no ambiente midiático e, o favorecimento deste cenário se dá, principalmente, no que tange a decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça (ambos serão retratados como STF e STJ respectivamente a partir de agora). Este posicionamento não é menos do que o esperado, já que com a Constituição Federal de 1988 configura-se o Estado Democrático de Direito, sendo assim, insere-se inúmeros princípios no ordenamento brasileiro, por vezes, um tanto quanto difíceis de serem conceituados, mesmo quando colocados na esfera prática.

A partir disto, é esperado o mínimo necessário para a viabilização de um caminho para propiciar à sociedade a garantia e

¹ Acadêmico de Direito da IMED.

² Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com período de doutorado sanduíche na Universidad de Sevilla. Mestre em Direito pela UNISC. Coordenadora da Pós-Graduação lato sensu em Direito na IMED - Passo Fundo. Advogada.

aplicabilidade de seus direitos e deveres fundamentais-sociais, este é o papel da Segurança Jurídica, não coloca-la em uma situação divina, mas sim como norteadora das ações jurídicas.

Todavia, a falta de fundamentação pautada na juridicidade das normas, tanto constitucionais quanto infraconstitucionais, assim como um cenário de grande influência política no Poder Judiciário, causam fissuras na base deste princípio, por consequência, abrem brechas para decisões de magistrados pautados em sua vontade ou consciência.

O presente artigo irá se dividir em três pontos distintos, buscando uma rápida distinção de Ativismo Judicial para com a Judicialização, tendo em vista que o contexto da Judicialização viabiliza em alguns casos posturas Ativistas, sendo facilmente confundidos. No segundo ponto busca-se apontar um conceito de Segurança Jurídica e a sua importância em todo o ordenamento jurídico. Por fim, será feita a análise do Habeas Corpus 126.292, onde o Supremo Tribunal Federal alterou novamente o seu entendimento na jurisprudência, sendo pertinente com o tema do artigo para avaliar os problemas de posturas ativistas e os prejuízos ao princípio da segurança jurídica.

Assim, pretende-se avaliar o impacto ao sistema jurídico causado pelo Ativismo Judicial, em particular ao princípio da Segurança Jurídica, através do estudo do Habeas Corpus 126.292, utilizando do método de pesquisa dedutivo, partindo da definição de conceitos acerca do Ativismo Judicial – diferenciando-o da Judicialização – e da Segurança Jurídica, a partir disso, aplicando estes conceitos ao Habeas Corpus 126.292. Para isto será necessário uma metodologia de análise monográfica e técnica de pesquisa de documentação indireta por meio da pesquisa bibliográfica.

1 Ativismo Judicial e Judicialização: aspectos e delimitações conceituais no cenário brasileiro

Antes de adentrar ao objeto principal do trabalho, é importante ser feita uma distinção entre princípios e regras para facilitar a compreensão futura do trabalho. Tendo em vista que princípios e fundamentos como por exemplo a Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III da Constituição Federal), a Igualdade (art. 3º, IV art. 5º, I da Constituição Federal), a Cidadania (art. 1º, II da Constituição Federal), a Liberdade (art. 3º, I da Constituição Federal), são exemplos de princípios complexos de serem conceituados ou, em alguns momentos, de serem aplicados.

Princípios funcionariam como a base do sistema jurídico brasileiro e da Constituição Federal, pois como lhes é atribuído um sentido mais amplo e essencial, atuam na maior amplitude legislativa para o caso concreto, como núcleo e forma de todo o sistema jurídico do Estado. No entanto, as regras jurídicas seriam a realização destes princípios, colocando a sua atuação em uma esfera mais centralizada, delimitando a área de atuação do princípio, onde assim, a norma coloca em prática o princípio de maneira centralizada e limitada, coabitando de modo equilibrado e harmônico. Portanto, regras nascem de princípios, e algumas vezes, princípios necessitam de regras para atuarem, podendo concluir que ambos fazem parte de uma norma, regulando as relações sociais e jurídicas, assim norma seria gênero e regras e princípios seriam espécies de normas.³

³ “As regras, ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos. No caso dos princípios, o grau de realização pode, como visto, variar. [...] princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental.” (SILVA, 2003, p. 612-613).

Todavia, ao magistrado, como responsável por aplicar a norma⁴ a fim de dirimir o conflito da maneira mais justa possível, tem aptidão funcional de interpretar esta norma, como visualizado por exemplo no controle de constitucionalidade (art. 102, I, “a” da Constituição Federal) exercido pelo STF, cujo guardião da Carta Maior, tem o dever de zelar por ela e interpretá-la quando necessário, pacificando determinado tema fruto de discussão. Entretanto, há momentos em que o magistrado deixa de atuar na esfera de intérprete da lei, passando a utilizar de princípios morais e sociais⁵ e não aqueles previstos na Constituição Federal ou em qualquer outro documento jurídico, deixando de utilizar até mesmo doutrinas, o magistrado aqui decide conforme sua consciência. É de valor ressaltar que a problemática não se encontra na interpretação para aplicação da lei, o problema está em:

De pronto, consigno que, quando o judiciário age – desde que devidamente provocado – no sentido de fazer cumprir a Constituição, não há que se falar em ativismo. O problema do ativismo surge exatamente no momento em que a Corte extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária, seja para o ‘bem’, seja para o “mal”. (STRECK, 2010, p.22)

Portanto, todo magistrado deve atuar e sentenciar conforme as regras e princípios jurídicos e, quando necessário, interpretar essas regras e princípios seguindo o ordenamento jurídico, caso contrário, estaria o magistrado atuando segundo seus ideais morais e sociais, estendendo a interpretação hermenêutica da norma para além de sua competência, dando poderes abstratos ao Judiciário,

⁴ Após feita a distinção entre normas, regras e princípios, será utilizado a expressão “norma” para tratar acerca de princípios e regras interpretados pelos magistrados no decorrer do trabalho.

⁵ “Aplicar o direito quer dizer “fazer interpretação com base em argumentos de princípio” e não “por argumentos pessoais” etc. Portanto, quando se pergunta ao judiciário sobre alguma coisa, este não pode responder com argumentos pessoais, políticos, morais etc. Em uma democracia não se quer saber o que o juiz pensa sobre determinado fenômeno; o que se quer saber é como se pode alcançar uma resposta a partir do direito. E, definitivamente, o direito não é – e não pode ser – aquilo que o judiciário “diz que é!” (STRECK; BARRETO; 2009. p. 81)

extrapolando os limites legais colocados pelo próprio ordenamento jurídico de aplicar o direito ao caso concreto. Quando ocorrido isto, estar-se-ia falando de Ativismo Judicial, podendo assim, trazer sérios riscos ao princípio da Segurança Jurídica. O juiz ativista não atua fora do ordenamento jurídico, pelo contrário, ele utiliza da norma posta pelo ordenamento, interpretando-a de modo moral para alcançar o caso concreto. Porém, ao falar em Ativismo Judicial e Segurança Jurídica, percebe-se que ambos não apresentam um conceito fixo do que representam ao Direito, em alguns casos, demonstram até mesmo, um divergência doutrinária do que possam vir a representar.

Quando citado ou comentado sobre Ativismo Judicial, é necessário haver um cuidado e uma distinção para com a Judicialização. Ambos são comumente confundidos, pois advêm de discussões e decisões de magistrados, contudo, a Judicialização é um contexto muito mais amplo no cenário jurídico, onde muitas vezes devido a este cenário, dá oportunidades e espaços para o Ativismo. A Judicialização⁶ ocorre pois devido a Constituição Federal, além de tratar dos direitos no sistema jurídico, é também responsável pelos ditames administrativos do Estado, dificultando assim a separação entre política e judiciário⁷. A própria criação da Constituição se deu em um cenário político, e em não raras oportunidades, temas de cunho político-administrativo do Estado acabam por serem discutidas no Poder Judiciário, devido à falta de previsão legal acerca do tema no ordenamento jurídico. Isso se dá principalmente, com a Constituição de 1988, onde fora ampliada a aplicação do Poder Judiciário, e com isso, vastas formas de acesso à justiça, bem como as matérias de direitos para serem debatidas, matérias estas tanto

⁶ “A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental lato sensu com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado.” (STRECK, 2016)

⁷ “A Constituição de 1988 é expressa nesse sentido, além de ser considerada dirigente, pois além de estabelecer um amplo rol de direitos fundamentais, contém previsões quanto à organização político-jurídica do Estado, à ordem econômica e à ordem social.” (GERVASONI, 2013, p. 85)

políticas quanto judiciais. Esta expansão da demanda de processos, e o aumento de temas a serem debatidos, exigem dos magistrados interpretações das normas para assim serem aplicadas aos casos concretos:

Nesse contexto, padece a separação entre Direito e política, pois a aplicação do Direito torna-se, na verdade, o momento da sua criação, fazendo com que a tarefa política da decisão programadora passe para instâncias que apenas deveriam tomar decisões programadas. [...] A pretensão de autonomia absoluta do Direito em relação à política é impossível de se realizar, haja vista que as soluções para os casos concretos nem sempre (se não raramente) são encontradas prontas no ordenamento jurídico, mas precisam ser construídas argumentativamente por juízes e tribunais. Nesses casos, a experiência demonstra que os valores pessoais e a ideologia do intérprete desempenham, conscientemente ou não, papel decisivo nas suas conclusões. (GERVASONI, 2013, p.82)

A problemática se dá devido a este contexto da Judicialização necessitar de interpretações dos magistrados para com as normas, principalmente no que tange as normas constitucionais, sob perigo de haver uma Constituição sem eficácia, com seguidos desrespeitos as suas normas. Todavia, estas interpretações extrapolam o limite jurídico de aplicação e passam a firmar-se em decisões pessoais, “pode-se entender a competência dos tribunais para decidir a respeito de questões morais ou de questões políticas críticas centrais para a sociedade. Ou seja, muitos dilemas morais e políticos acabam sendo transferidos das esferas políticas ao Judiciário” (BARBOZAL; KOZICKI, 2012), dando espaço ao Ativismo.

Porém, ao falar-se em Ativismo Judicial, vislumbrar-se que este pode ser encontrado até mesmo em casos de Judicialização, e ao contrário da mesma, representa uma afronta ao Estado Democrático de Direito. Ao inserir no sistema jurídico, através da Constituição Federal de 1988, o Estado Democrático de Direito se faz necessário regulamentá-lo e construí-lo sobre uma base jurídica forte. Para

isso, diversos princípios e direito fundamentais são postos à disposição dos cidadãos, como mecanismos de viabilização de direitos e deveres para com o Estado, além é claro, de garantias de atuação do Estado dentro da sociedade – um cenário diverso do visto no Estado Absolutista ou no Estado Liberal. Outrossim, com esta base forte construída sob princípios e regras fundamentais, há também como consequência uma base maleável, por haver uma necessidade de interpretação destas normas para sua aplicabilidade. Com essa maleabilidade da norma, temos diversos furos de interpretação, dando brechas para posturas ativistas no Poder judiciário. Com estes furos encontrados através do entendimento e aplicação da norma constitucional, é possível haver diversas interpretações acerca do texto constitucional, ampliando sua aplicabilidade, dando ao Judiciário uma atuação mais vasta e intensa, expandindo a norma para que seu sentido e forma alcancem situações em que o legislador, ao criar a norma, deixou de abranger⁸.

É neste cenário em que o Ativismo ganha força e apoio social e midiático. Muitas vezes, a expressão da vontade do magistrado colocada na decisão o qual proferiu, é tida com representação da sociedade, que alimenta uma falsa sensação de impunidade do Direito, contudo, esta sensação e anseio social não estão muitas vezes representadas nas normas legislativas. “[...] nem toda resposta juridicamente errada é, por ser errada, ativista; aliás, a postura pode ser ativista e, a resposta jurídica, correta. A questão é que, pelo só fato de ser ativista, há um problema de princípio que a torna errada, na sua formulação. É uma questão de dever judicial.” (STRECK, 2016).

⁸ “O que “vale”, afinal? A letra da Constituição ou a solução “justa” mediante interpretação livre? O debate é secular e não se pode esperar resposta definitiva. Mas, em nível descritivo, já temos uma resposta institucional do Supremo. Os ministros não consideram a letra da Constituição como relevante obstáculo quando a solução que essa letra dita lhes parece disfuncional.” (FALCÃO; ARGUELHES; RECONDO, 2017 p. 64)

E é nesta lógica de dever judicial, onde alguns magistrados se encontram com o dever de interpretar a norma para aplicá-la, estendendo-a até que possa alcançar a matéria posta. Infelizmente, quando visualizado sucessivos casos ativistas é possível se deparar com magistrados fazendo uma reconstituição da Carta Maior de acordo como necessitam.

Em síntese, “a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, com destaque para a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário.” (GERVASONI; LEAL, 2013) Entretanto, um dos princípios constitucionais que mais vem a sofrer com casos de ativismo é a Segurança Jurídica, pois este princípio representa uma das idealizações do Estado Democrático de Direito.

2 Segurança Jurídica: aplicação da norma x a vontade dos magistrados

Quando se fala em Segurança Jurídica, por mais que não haja um conceito fixo, pode-se adotar a ideia de que ela atua para harmonizar e favorecer um ambiente ético e cidadão, consolidando o senso jurídico de magistrados e demais envolvidos no ambiente jurídico⁹. A ideia de Segurança Jurídica está consolidada nas múltiplas diferenças sociais e culturais entre os cidadãos, encontrando nestas diferenças forças para gerir os conflitos e pacificar diferenças sem utilizar de meios coercitivos ou excludentes de minorias¹⁰, nem mesmo deve ser adotado como modo de sobrepor determinadas camadas sociais perante outras. Pelo

⁹ “Sob igual critério, demonstra a racionalidade proveniente do Senso Comum Teórico dos Juristas acerca de quais mecanismos estariam aptos a consolidar e aperfeiçoar esse cenário sócio-histórico-cultural.” (AQUINO; PASOLD 2016)

¹⁰ “O Princípio da Segurança Jurídica está interligado ao desenvolvimento da vida em todos os seus sentidos e, por esse motivo, deve saber dialogar com as múltiplas experiências que circundam o Ser Humano.” (AQUINO, 2014. p. 61)

contrário, a Segurança Jurídica denota a ideia de que o Direito será utilizado para a melhor forma possível solucionar os problemas sociais, usufruindo de um vasto leque de normas e princípios jurídicos, para assim, seguir as regras do jogo processual e garantir direitos constitucionais¹¹, como por exemplo ampla defesa e contraditório – art. 5º, LIV, LV da Constituição Federal de 1988.

Além de haver a garantia de que a Segurança Jurídica irá harmonizar o senso comum dos juristas e garantir princípios, ela deve ainda demonstrar a garantia de que o processo terá seu mérito julgado a partir do exposto e descrito na lei, com exceções de quando estritamente necessário for interpretar a norma para aplicá-la – como já dito não há problema em interpretar a norma de acordo com princípios constitucionais como casos de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (a partir de agora irá ser retratado como ADIN), o problema se dá quando a interpretação é pautada em princípios pessoais e morais. A Constituição Federal e as normas infraconstitucionais devem, segundo remete Lenio Luiz Streck, servir como as correntes utilizadas para amarrar Ulisses afim de impedir que seja atraído para o canto das Sereias. A Constituição e as Normas são as correntes, as quais impedem que o magistrado caia na tentação de julgar conforme manda sua consciência, a Segurança Jurídica, seria portanto, a garantia de que as correntes continuem presas¹².

Todavia, este cenário democrático de direitos constitucionalmente garantidos, através da Segurança Jurídica, torna-se frágil e ameaçado quando visto sucessivos casos de expressão de magistrados ativistas. A Constituição Federal e demais Leis Infraconstitucionais foram criadas para organizar o meio social,

¹¹ “Por esse motivo, todos os mecanismos – sejam procedimentais ou processuais, os quais expressam a manifestação da Segurança Jurídica não devem aparecer tão somente como soluções criativas de um imaginário exclusivamente jurídico, mas de uma sólida convergência de interesses entre Sociedade e Estado.” (AQUINO; PASOLD 2016)

¹² “Do mesmo modo, as Constituições funcionam como as correntes de Ulisses, através das quais o corpo político estabelece algumas restrições para não sucumbir ao despotismo das futuras maiorias [...]” (STRECK; BARRETO; OLIVEIRA, 2009. p. 76)

quando remetido ao interior de um processo, funcionam como um “manual de instruções” com a finalidade de nortear todos os envolvidos neste processo, e mais importante ainda, assegurar que todas estas normas processuais sejam seguidas.

Porém, quando deparado com um magistrado de postura ativista, as partes do processo acabam reféns do imprevisível, pois as regras processuais poderão ser interpretadas, moldadas e aplicadas conforme a convicção do magistrado, causando uma instabilidade processual e jurídica, pois influenciará decisões posteriores.

A exemplo disto, o STF alterou sua posição no Habeas Corpus 126.292 (objeto do próximo tópico) a respeito de que sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição, no sentido de que mesmo com possibilidade de recurso especial e extraordinário, não restaria afastado o princípio da presunção de inocência com o início do cumprimento da pena estipulada. Com isto, uma grande instabilidade foi gerada, quebrando com a Segurança Jurídica, devido ao fato de suscetíveis trocas de entendimento acerca do tema, e votos de posturas que podem ser consideradas ativistas.

3 Implicações do Ativismo Judicial e a (in)observância a Segurança Jurídica no Habeas Corpus 126.292 julgado pelo Supremo Tribunal Federal

A partir da análise e delimitação conceitual acerca do que é Ativismo Judicial, diferenciando-o da Judicialização, e o que é a Segurança jurídica, a fim de guiar o estudo apresentado, agora busca-se demonstrar de maneira prática, através da análise do Habeas Corpus 126.292 (BRASIL, 2016) (será retratado a partir de agora como HC 126.292 ou HC), como o Ativismo Judicial implica danos à Segurança Jurídica.

O referido HC 126.292 trata de impetração contra decisão do Min. Francisco Falcão, Presidente do STJ, o qual indeferiu pedido de

liminar no HC 313.021/SP. O paciente do HC foi condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por crime de roubo majorado (art.157, §2º, I e II do CP) com direito de recorrer em liberdade, somente a defesa recorreu. Em segundo grau, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou o provimento e decretou a expedição de mandado de prisão contra o paciente, este que, impetrou *habeas corpus* no STJ, onde o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar. No supra referido HC, o impetrante, aponta como ponto principal do pedido do HC a violação ao Princípio da Presunção de Inocência, artigo 5º, LVII da Constituição Federal.

Segundo a Ministra Rosa Weber em seu voto: “penso que o princípio da segurança jurídica, sobretudo quando esta Suprema Corte enfrenta questões constitucionais, é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado. [...] Tenho alguma dificuldade na revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes da Corte.” (BRASIL, 2016) É de extrema importância, com tamanha responsabilidade jurídica da Corte, garantir a aplicabilidade do texto constitucional, sem devaneios em sua interpretação, causando um caos jurídico onde a norma constitucional é aplicada ou não quando os ministros bem entendem. Quando o voto de um ministro, com significativa importância para decidir esta matéria constitucionalmente relevante, é contaminado por ideais sociais e midiáticos, como por exemplo o voto do Ministro Luiz Fux, diversas incertezas ocorrem na esfera do Poder Judiciário sobre qual a amplitude que o texto constitucional toma, pois com isso, a Constituição Federal é diminuída e o pensamento social perpassa seu significado. Segundo palavras do Ministro Luiz Fux “é preciso observar que, quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social [...] e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer.” (BRASIL, 2016) Aliás, observa-se em seu voto (voto que denegou a ordem) que o Ministro, além de postura ativista, pautando-se em ideais sociais para decidir, deixa de aplicar o texto constitucional e até mesmo os princípios que norteiam o devido

processo legal, pois quando este afirma que “se esse agente perpassa por todas as esferas do Judiciário, positivamente, é impossível que ele chegue, aqui, no Supremo Tribunal Federal, na qualidade de presumido inocente” (BRASIL, 2016), portanto, deixa de existir uma Corte que atua como guardiã da Constituição e o todo o sistema jurídico e surge uma corte inquisitorial buscando apenas guilhotinar todos os acusados que por ali passarem.

Contudo, é de grande valor utilizar-se das palavras do Ministro Marco Aurélio em seu voto (voto que concedeu a ordem) a respeito da interpretação do artigo 5º, LVII da Constituição Federal.

Porque, no rol principal das garantias constitucionais da Constituição de 1988, tem-se, em bom vernáculo, que ‘ninguém será considerando culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, **sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional.** (BRASIL, 2016) (Grifo nosso)

Em seu voto o Ministro é claro ao enfatizar os danos causado por momentos de excessiva interpretação de qualquer norma, e como visto, o princípio da presunção de inocência é sistemático ao dizer “antes do trânsito em julgado”. Quando o magistrado é ativista, a sua decisão, o seu voto, além de afrontar a segurança jurídica e a Constituição, ele também acaba por reescrever o texto deixando uma nublada visão jurídica sobre a matéria, em outras palavras, não há segurança de que o direito será aplicado ao caso concreto e dúvidas e mais dúvidas sobre o futuro normativo circundam o sistema. No mesmo sentido o Ministro Ricardo Lewandowski, o qual votou em favor da ordem, argumenta “que não consigo [...] ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional [...] isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo.” (BRASIL, 2016)

Com pensamento divergente do exposto, o Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto (voto que denegou a ordem) argumenta no sentido de que a interpretação da norma é válida quando “a alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito” (BRASIL, 2016), no entanto, o Ministro é infeliz em sua colocação, pois o texto constitucional e toda norma somente aceitam interpretações quando não alcançam o caso concreto, e mesmo estas interpretações devem ser moderadas e principalmente pautadas em todo o ordenamento jurídico e de maneira imparcial, ou seja, esquecendo qualquer parâmetro social ou moral, não sendo necessário neste princípio, divergente de quando diz:

[...]a possibilidade de aguardar o trânsito em julgado do REsp e do RE em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena tem enfraquecido demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a **própria confiança da sociedade** na Justiça criminal. Ao evitar que a punição penal possa ser retardada por anos e mesmo décadas, restaura-se **o sentimento social** de eficácia da lei penal. (Grifo nosso) (BRASIL, 2016)

Ainda em seu voto, diz que utiliza da mutação constitucional, a qual, conforme conceitua, “trata-se de mecanismo informal que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da Constituição, sem que se opere qualquer modificação do seu texto. [...] pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito.” (BRASIL, 2016) Trata-se claramente de mais um argumento que apenas, em uma tentativa falha, busca legitimar sua postura ativista, com falta de argumentações jurídicas e repleto de ideais sociais e midiáticas como expõe logo nas primeiras páginas do seu voto – páginas 27 e 28 –, onde elenca uma série de justificações para a sua decisão negando o pedido, todas justificações de ordem social, sem peso jurídico nenhum para uma decisão de tamanha importância. Argumentos como estes denotam posturas ativistas, pois aqui, a importância não está em garantir ao

acusado o devido processo legal e seus direitos constitucionalmente garantidos, como a presunção de inocência, mas sim uma ideia de pensamento social, para uma tentativa inválida de buscar justiça a todo custo.

No voto do Ministro Relator Teori Zavascki vislumbram-se argumentações no sentido de que o acusado restando condenado em segundo grau de jurisdição, ali se perde toda a possibilidade de exame de provas e de fatos, e assim é aplicado ao acusado toda a responsabilidade criminal:

Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece **inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão**, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. (Grifo nosso) (BRASIL, 2016)

Ou seja, estando condenado em segundo grau de jurisdição, mesmo com possibilidades constitucionalmente garantidas de recurso (art. 5º, LV da Constituição Federal), inverte-se a aplicabilidade do princípio de presunção de inocência, alterando o status de acusado para condenado, mesmo restando cortes superiores e não havendo condenação transitada em julgado. Ainda em seu voto, o Ministro Teori Zavascki, após está interpretação de aplicabilidade do princípio diz que “os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos. Destinam-se, precipuamente, **à preservação da higidez do sistema normativo.**” (Grifo nosso) Preservação está amparada por interpretações de cunho ativista, ampliando o alcance da norma segundo sua convicção moral e também alterando o entendimento acerca do tema, a Corte deixa de preservar a higidez do sistema normativo e passa assim a desestabilizar o sistema ao afrontar a segurança jurídica. O Ministro Edson Fachin seguiu o voto do relator, alegando o não cabimento da avaliação da Corte, seguindo a argumentação de

“exercerem seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.” (BRASIL, 2016)

Na manifestação da Ministra Cármen Lúcia (voto este que denegou o pedido) é fixado que seu voto se dá seguindo não parâmetros jurídicos, mas sim, os efeitos sociais que uma decisão desta poderia acarretar. A Ministra decide não conforme o texto constitucional deixa expresso, mas a partir de pensamentos pessoais e da repercussão que o tema provocou na sociedade e em programas populares.

[...] também devo dizer que esta matéria, que já veio aqui algumas vezes, **me parece de maior relevância**, não apenas para a comunidade jurídica, mas, neste caso específico, **para toda a sociedade**. [...] Lembro bem que, na última decisão que tomamos no habeas corpus, parece que da relatoria do Ministro Eros Grau, chegou-se a discutir muito, nas faculdades, nas academias, **mas escutei isso em programas populares, as consequências que isso teria**. (Grifo nosso) (BRASIL, 2016)

Em seu voto o Ministro Gilmar Mendes (voto que denegou a ordem) alega que conforme passam as fases processuais, o princípio da presunção de inocência vai perdendo força e aplicabilidade, no entanto, o princípio demonstra que o réu deve ser tratado igualmente no decorrer de todo o processo. O acusado chegando à Corte já com o status de culpado, quebra com o princípio do juiz imparcial, começando a avaliação do seu caso pendendo para uma condenação, o magistrado é tendencioso a condenação, conforme diz o Ministro: “Em suma, a presunção de não culpabilidade é um direito fundamental que impõe o ônus da prova à acusação e impede o tratamento do réu como culpado até o trânsito em julgado da sentença. Ainda assim, não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo.” (BRASIL, 2016) Em seguida o Ministro Gilmar Mendes continua seu voto, afim de demonstrar que quando a norma deixa espaços cabe ao legislador ou ao magistrado

que irá aplicar a norma, compreender e interpreta-la na sua aplicação:

Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a ser considerar alguém culpado. [...] Disso se extrai que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. (BRASIL, 2016)

Por outro lado, não é possível interpretar a norma de maneira a qual venha a prejudicar o réu, o Código Penal veda este tipo de interpretação. O Princípio da Reserva Legal, conforme expõe Cezar Roberto Bitencourt: “[...] **é um imperativo que não admite desvios nem exceções** e representa uma conquista da consciência jurídica que obedece as exigências da justiça.” (BITENCOURT, 2015, p.109) Pela mesma razão o Ministro Celso de Melo, que votou pela ordem, argumenta que o princípio da presunção de inocência é uma conquista dos cidadãos brasileiros, onde diz que “deve prevalecer até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal, como uma cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica” (BRASIL, 2016), deixando claro, aqui, que além de um princípio de todo o processo criminal, é um direito de todo e qualquer cidadão brasileiro em contraposto ao Estado e o sistema penal, devendo ser respeitado.

Conclusão

Após uma estimativa acerca do que é Ativismo Judicial e Segurança jurídica e delimitados os seus conceitos, constata-se que decisões e ações ativistas estão mais presentes do que o imaginado em todo o sistema jurídico, sendo fruto do poder institucionalizado dado aos magistrados brasileiros, onde devido a questões políticas,

como no atual cenário da Judicialização em que se encontra o Poder Judiciário, muitas vezes encontram-se com as mãos atadas em como decidir, portanto, acabam por decidir conforme entendem. Muito mais do que decidir somente com sua consciência, os magistrados aproveitam a própria norma para estender sua aplicabilidade e moldá-la como necessitam. As consequências disso é que a norma, o texto normativo, as regras e princípios, acabam por serem reescritos, ao modo com o magistrado bem entende ou necessita.

Não se trata apenas de reescrever e dar um novo conceito à regra e ao princípio, mas também se implica uma lesão à Segurança Jurídica do sistema jurídico. Incertezas perpassam os juristas em virtude de não haver uma clareza e um certeza de que a norma e a Constituição Federal serão respeitadas e aplicadas no que concerne ao devido processo legal. O que é vivenciado com mais frequência é uma forte tendenciosidade ao magistrado decidir e colocar sua sentença acima da lei, ou até mesmo vislumbrar um modelo semelhante ao Common Law visto em países como os Estados Unidos.

Atitudes ativistas perpassam os graus de jurisdição até alcançarem as cortes mais elevadas. Ao considerar o voto dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 126.292 é possível encontrar traços e até mesmo votos em sua integralidade pautados em posturas ativistas. Tendo o papel de guardião da Constituição Federal, zelando pelo respeito a sua aplicação, aplicação de seus direitos, princípios e deveres, o que é visto é uma postura diversa. Ao estenderem a interpretação das normas, mesmo quando o texto constitucional é expresso na proteção dos direitos do cidadão, são responsáveis por causarem um descontrole no sistema normativo. Aqui os Ministros do Supremo Tribunal Federal deixam de atuar como guardiões da Constituição e juristas, passando a novos legisladores, onde a norma chega a perder o seu real sentido e conceito para aplicação. Ao analisar o voto dos 11 ministros, percebe-se que nos votos dos 7 ministros que denegaram o pedido de *habeas corpus* há traços de Ativismo Judicial por estes estarem

pautados em ideais sociais de necessidade de uma aplicação mais severa do sistema penal, sob a ótica de que este seria ineficiente em sua aplicação, devido ao lapso temporal entre a condenação de primeiro grau e a decisão proferida pela corte superior, causando sensações de impunidade e falta de aplicação da norma penal. Todavia, os 4 votos vencidos, que deferiram o pedido de habeas corpus utilizam de princípios hermenêuticos e jurídicos no sentido de que não pode, uma corte de tamanha importância como o STF, alterar tantas vezes o entendimento de um mesmo tema, fragilizando todo o ordenamento jurídico e a Segurança Jurídica, além de argumentos de que o princípio da presunção de inocência em sua previsão na Constituição Federal não abre espaço para interpretações como as vistas nos demais votos. Ao violarem e interpretarem a aplicabilidade, ou não, do artigo 5º, LVII da Constituição Federal, princípio este que é expresso em sua regra de não culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença condenatória, estão mais do que dando novo sentido a norma e ao texto constitucional, estão violando direitos garantidos em uma Constituição cidadã, responsável pelo Estado Democrático de Direito viabilizador de nossos direitos.

Entretanto, a infelicidade é que devido ao fato do Ativismo Judicial decorrer das decisões e do livre convencimento dos magistrados e dos ministros da mais alta corte brasileira, a tarefa de inverter este quadro é uma tarefa árdua, sem haver uma reeducação dos magistrados, ou um comprometimento em aplicar a norma ou interpreta-la seguindo parâmetros hermenêuticos e constitucionais. Ainda assim, é necessário ter um cuidado com o contexto da Judicialização, o qual está tão arraigado entre Poder Judiciário, Legislativo e Executivo, que esse cenário também é responsável por favorecer as lacunas legislativas obrigando o Judiciário a decidir sobre questões que não lhe dizem respeito. Conclui-se, assim, que o Ativismo Judicial é algo de difícil combate devido ao contexto em que se encontra, sendo favorecido pela Judicialização, causando à Segurança Jurídica do sistema normativo uma grande instabilidade

e incerteza afrontando diretamente a este princípio, impactando a todos os juristas em sua esfera de atuação.

Referências

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. **O direito em busca de sua humanidade: diálogos errantes**. 1.ed. Curitiba, PR: CRV, 2014.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; PASOLD, Cesar Luiz. **A dualidade da Segurança Jurídica: terceira lição sobre Política Jurídica**. Empório do Direito, 05 de abril de 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/dualidade-da-seguranca-juridica/> Acesso em: 02 abril 2017.

BARBOZAL, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Rev. direito GV vol.8 no.1 São Paulo Jan./June 2012** Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003&lang=pt Acesso em: 15 jul 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292, Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246> Acesso em: 19 jul. 2017.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego W.; RECONDO, Felipe. **Onze supremos: o supremo em 2016** / Org: Joaquim Falcão, Diego Wernerck Arguelhes, Felipe Recondo. Belo Horizonte, MG : Letramento: Casa do Direito, 2017.

GERVASONI, Tássia Aparecida. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Multideia, 2013.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Ativismo judicial? o “antes” e o “depois” da constituição de 1988 na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um estudo a partir da noção de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 953-970, set./dez. 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção.** Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais, 2003

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), UNISINOS, 12 de julho de 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é ativismo?** Os Constitucionalistas. 10 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-que-e-ativismo> Acesso em: 01 abril 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

Jurisdição e processo

O sistema processual brasileiro e a necessidade de uma ruptura paradigmática: pela construção de um direito processual constitucional

*Fernando Hoffmam*¹

*Raquel Frescura Ceolin*²

*Fernanda Siqueira Lemes*³

Introdução

De início, o presente trabalho tem por objetivo analisar o direito processual (civil) brasileiro entre modernidade e hipermodernidade. Imprescindível referir a realidade que se encontra o atual sistema jurídico brasileiro processual civil, em que

¹ Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Bolsista PROEX/CAPES; Membro do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição e da Rede Interinstitucional de Pesquisa Estado e Constituição, vinculado à UNISINOS e ao CNPQ; Professor Titular do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/Campus Santiago); Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Justiça e Cidadania, vinculado à URI e ao CNPQ; Especialista em Direito: Temas Emergentes em Novas Tecnologias da Informação e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA).

² Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/Campus Santiago).

³ Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/Campus Santiago).

uma sociedade em constantes mudanças, ainda se atêm ao apego positivista.

Para tanto, a concepção neoliberal é uma tentativa de recuperar os pressupostos do liberalismo econômico, prepondera o individualismo, dinheiro e tem como principais visões dinheiro e lucro. O modelo neoliberal foi um fator desencadeador da globalização, estando diretamente ligada ao individualismo predatório.

No que tange a constitucionalização da eficiência como princípio da administração pública, muito se confunde eficiência com efetividade, na ideia de que quanto maior quantidade o resultado seria maior efetividade. Os processos jurídicos estão cada vez mais desproporcionais, com decisões menos efetivas e duradouras. Considerando o Estado Democrático de Direito, o paradigma processo-temporal deve ser célere, seguro e duradouro.

O direito processual contemporâneo no Brasil encontra-se no meio do caminho entre um processo de roupagem moderno-racionalista, ainda apegado à filosofia da consciência e assentado no procedimento de rito ordinário, plenário e declaratório; e um processo de roupagem hipermoderno-neoliberal, que desconsidera a substancialidade do processo e do próprio direito, orientado pelos signos produtividade, fluxo e eficiência.

Por fim, no título dois, buscar-se-á verificar a necessidade e possibilidades para o acontecer do direito processual constitucional para a efetiva garantia da normatividade constitucional e os direitos fundamentais ali expostos. Para tanto, utiliza-se o método hermenêutico fenomenológico num sentido de revolver o chão linguístico e possibilitar o desvelar com processo civil brasileiro enquanto processo constitucional(izado) a partir do que seja uma tradição autêntica de processo.

Para que essa situação seja revista, assumindo-se uma nova construção paradigmática para o processualismo brasileiro, defende-se no presente texto a necessidade de se constituir um direito processual constitucional, que, revestido de

constitucionalidade, enquanto processo-procedimento, também, seja capaz de garantir e concretizar os conteúdos de direitos humano-fundamentais constitucionalmente previstos.

1 O direito processual (civil) brasileiro entre modernidade e hipermodernidade

O direito processual enquanto campo de tomada de decisões, bem como espaço-tempo jurídico mais afeito às idas e vindas da sociedade, não fica imune às modificações paradigmáticas operadas na pós-modernidade. Ainda sob o signo do racionalismo moderno, engloba à sua já deficiente racionalidade marcada pelo apego ao positivismo, à técnica e ao paradigma da filosofia da consciência, os parâmetros economicistas, sobretudo, assentados na concepção neoliberal de o que seria um processo eficiente para o mercado.

Perdem-se as grandes ideologias, morrem os sujeitos míticos da modernidade – o Estado-Nação, a religião, etc –, desenvolve-se um individualismo predatório, a mercadoria prepondera sobre todo o demais, reina o dinheiro – o lucro –, surge uma cultura massificada que, importa na massificação dos meios de vida, e, assim, corre o rio da história. Mas o que todas essas alterações deixam claras, é que tais não aconteceram tão somente pelo advento da pós-modernidade – dentro de uma ideia consequencialista – mas, que, sem dúvida alguma, ocorreram no bojo da neoliberalização em escala global (DUFOUR, 2005).

Mas para inserir o Direito e, sobretudo, o processo dentro dessa lógica pós-moderna, há que se dizer que o modo como se dará essa inserção, parte da construção a respeito da pós-modernidade feita por Chevallier. O autor trabalha a pós-modernidade num jogo, hipermoderno-antimoderno, onde, ao se falar em hipermodernidade, fala-se em uma dimensão histórico-social que eleva ao máximo certas características da modernidade como o individualismo, ao passo que, ao se falar em antimodernidade se

delineia uma categoria – mundana – que se desvincula de alguns dos postulados modernos (CHEVALIER, 2009).

Nesse rumo, para Lipovetsky a designação pós-modernidade tinha o mérito de indicar uma mudança de rumos nos caminhos da modernidade, a partir da rápida expansão do consumo e da comunicação de massa, da exacerbação do individualismo, da consagração do hedonismo, etc. No entanto, tratava-se também de uma expressão ambígua, porque não designava um período de mera superação da modernidade, mas sim de continuação daquela anterior. “No momento em que triunfam a tecnologia genética, a globalização liberal e os direitos humanos, o rotulo *pós-moderno* já ganhou rugas, tendo esgotado sua capacidade de exprimir o mundo que se anuncia” (LIPOVETSKY; CHARLES, 2004).

Devido a esse esgotamento do termo pós-modernidade, a partir da potencialização de algumas características da modernidade, consubstancia-se a terminologia hipermodernidade, para designar uma época de hipercapitalismo, hiperclasse, hiperterrorismo, hiperindividualismo, etc (LIPOVETSKY; CHARLES, 2004). No momento atual, a pós-modernidade é parasítica da modernidade, para ao sugar seus nutrientes, transformar-se em hipermoderna-acelerada, ditada pelas leis do mercado – neoliberal – e enquadrada na sociedade acelerada de fluxo e “qualificação” quantitativa das coisas do mundo. Mais especificamente em relação ao processo/jurisdição, a quantificação das decisões e, a pretensa chegada ao fim do processo enquanto procedimento instrumentalizado, que se basta em si próprio enquanto instrumento – a serviço do mercado – estrutura uma textura processo-jurisdicional de fluxo e exaurimento contínuo das demandas – do mercado –, no entanto, despreocupada como o “exaurimento efetivo-substancial” das demandas – da sociedade.

Nesse passo, as posturas processo-interpretativas transitam entre as duas faces da metafísica, ou, desconsideram o momento compreensivo numa atitude de entificação do ser, que ou está por demais presente ou por demais ausente na generalização, atribuindo

assim ao processo interpretativo-compreensivo um caráter investigatório que se dá unicamente no texto, a partir da consciência de si mesmo, do eu cognoscente-solipsista (STEIN, 2008). Da mesma forma, que devido aos dualismos empregados pela metafísica a partir da relação sujeito-objeto, geram – ou podem gerar – um espaço vazio e abstrativizado entre direito material e processo que na modernidade foi ocupado pelo discurso da lei, e, que hoje, é tomado de assalto pelo discurso econômico neoliberal (HIDALGO, 2011). Dessa forma, transita-se para um processualismo hipermoderno e neoliberal, ordenado pela lógica do mercado e que deve atender aos ideais de eficiência⁴, produtividade e fluxo.

Baseado em um verdadeiro “engodo constitucional” via constitucionalização da eficiência como princípio basilar da administração pública, os neoliberais aportaram ao discurso jurídico o seu mantra á “ação eficiente” por parte do administrador público, no caso, magistrado. Produz-se uma troca/confusão de significados e significantes confundindo eficiência e efetividade e convertendo a lógica causa-efeito na lógica custo-benefício tipicamente neoliberal (MACCELLINO JR, 2006). A confusão – proposital e consciente – entre eficiência e efetividade vem pautada pela acepção neoliberal de que em produzindo-se eficiência – quantitativa – gera-se efetividade – qualitativa –, numa relação dialética que se completa não mais com a busca por decisões constitucionalmente corretas,

⁴ A eficiência é sem sombra de dúvidas a mola mestra de todo o aparato procedimental neoliberal na invasão do mundo da vida e, nesse caminho do Direito, pela racionalidade econômico-mercadológica. Embora, ela relacione-se dialética e proximamente com a produtividade e o fluxo, de certa forma, é a eficiência que guia o aparelho processo-jurisdicional no caminho da produtividade de decisões à alimentar o fluxo constante do mercado – jurídico. Dessa forma, genericamente, o conceito de eficiência guarda relação com o nível de efetividade dos meios empregados em um determinado processo para que se alcance determinado resultado/objetivo. No entanto, inserido na lógica capitalista o conceito transmuta-se significativamente, pois, a eficiência econômico-capitalista preocupa-se tão somente em otimizar a relação custo-benefício buscando lograr a maximização da riqueza. “A eficiência capitalista não considera, senão utilitariamente, benefícios sociais gerados pela ação econômica, tais como postos de trabalho, valorização do ser humano, preservação do ambiente natural e qualidade de vida” (GAIGER, 2009). Tais considerações demarcam de maneira decisiva o porque do desprezo neoliberal pelo aparato estatal, pelo Direito e pelos sistemas de justiça, o que coloca o processo a serviço do mercado a partir da adoção de critérios quantitativos de eficiência.

mas sim com a baixa do número de processos fazendo surgir um sistema de justiça “modelo ponta de estoque” (SALDANHA, 2010a).

Nestes termos, um processo jurisdição eficiente para o mercado, deve possibilitar uma célere, segura e duradoura decisão. Nesse viés, se desenvolve um paradigma processo-temporal calcado na velocidade e nas certezas da decisão, quanto ao que foi decidido e quanto ao modo como se decide. A estabilidade do sistema jurídico deve estar a favor da estabilidade do sistema financeiro, propiciando o seu amplo e seguro desenvolvimento. Há uma clara tendência à funcionalização do processo, bem como, à padronização da decisão. (MORAIS DA ROSA, 2011).

Ganham importante papel as instituições paraestatais de fomento econômico, como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional – FMI –, etc. Tais instituições passam a interferir diretamente no funcionamento das estruturas estatais. Para o presente trabalho, será analisado com mais profundidade o papel do Banco Mundial na reorganização do sistema jurídico-processual brasileiro e, o que se pretende do processo civil inserido na ótica neoliberal.

Nessa linha, O Documento Técnico 319 S de 1996, recomenda um remodelamento da estrutura e, do agir judiciário dos países latino-americanos e do caribe. As “recomendações” indicam a necessária construção de um judiciário que decida previsivelmente, ordenado pela eficiência – do ponto de vista empresarial-economicista – que proteja a propriedade privada e faça valer os contratos. Nesse caminha, eficiência guarda o significado de velocidade, baixo custo e resposta/decisão segura, a prestação jurisdicional deve ser rápida e segura, atendendo ao movimento também acelerado do mercado (SALDANHA, 2010a).

Nesse contexto desenvolve-se uma ode à eficiência, alçada a condição de meta-valor supremo a ser alcançado pelo Poder Judiciário em processo. A preocupação da hora – ou da moda – é com o tempo de duração dos processos e com a sua necessária redução em termos de lapso temporal e de quantidade material.

Desse modo, constrói-se no sistema processual brasileiro um aparato agigantado para a redução do espaço-tempo processual, seja qual for o caso. O que importa, é que o processo deve andar mais rápido, não levando em conta o(s) direito(s) que está/estão em jogo (MORAIS DA ROSA, 2011).

Nessa maré, há um verdadeiro processo de erosão jurídico-normativo deslegitimador da lei enquanto portadora de um conteúdo humano-democrático-constitucional, sobrando apenas um estado geral de deslegitimação dos espaços jurídico-normativos substanciais e, desregulamentação a favor da ordem mercadológica global. Forja-se uma temporalidade regulada meramente pela produção de velocidade, na estruturação do mercado neoliberal e na desestruturação da ordem jurídica substancial (PHILIPPI, 2006).

Institui-se uma processualidade e um processualismo banhado no caldo de cultura da sociedade de consumo e, que assim sendo, passa a consumir – tanto no sentido de consumir um produto, quanto no sentido de consumi-lo estruturalmente enquanto instituição político-social – também o Direito. Erige-se um paradigma de banalização da jurisdicionalidade atrelada à infantilização do ser humano, dessubstancializado enquanto sujeito jurídico-social e, transformado em sujeito-consumidor - e consumido (HOFFMAM; SALDANHA, 2014).

Assim, o espaço processo-decisório obedece à razão cínica mercadológica, qual seja, produzir mais decisões – mercadorias – em menos tempo – com menos custo. O mercado jurídico-processual cria demandas – celeridade, eficiência, segurança, etc – para necessariamente, criar mecanismos que possibilitem o atendimento dessas demandas e a manutenção do fluxo mercadológico-decisório. Busca-se incessantemente produzir mais – decisões – com menos custo – temporal (DUFOR, 2005).

A institucionalidade jurídica passa a orientar-se por desejos mercadológicos de velocidade, aceleração e gozo. No caso do sistema de justiça, o gozar do consumo equivale à produção de sentidos padronizados na busca por eficiência, que é possibilitada por um

“decidir a qualquer preço” – parafraseando Charles Melman. Há um assujeitamento da justiça na esfera processo-jurisdicional pelo sistema econômico neoliberal, mercantiliza-se a prestação jurisdicional, bem como, a decisão passa a ser vista como um produto destinado a um cidadão-consumidor que vê no sistema de justiça, apenas a figura de mais um serviço público que deve estar sujeito a um rígido controle de qualidade (SAUSEN, 2013).

Os problemas da nova ordem econômica neoliberal demandam solução rápida e segura, e, assim sendo, encontram um entrave nas garantias processuais-constitucionais – devido processo legal, contraditório, ampla defesa, razoável duração do processo – aqui não sob uma perspectiva *standartizada* –, etc – o que vem a ocasionar solavancos ao natural andamento do mercado. Assim, ao tratar-se de processo – civil – se tem como mirada aumentar a capacidade de produção – processo/procedimental-decisória – mediante a otimização dos recursos disponíveis ao judiciário. Desse modo, utilizando-se de técnicas econômico-empresariais inovadoras no âmbito da administração da Justiça – enquanto poder (MORAIS DA ROSA; AROSO LINHARES, 2011).

O paradigma processo-decisório adere à produção de sentidos dominante imposta pelo mercado e por uma nova temporalidade social que impregna o Direito e o processo, pois, atende por completo à lógica da sociedade hipermoderna-acelerada, estando adstrito aos convencionalismos da aceleração social⁵ (HOFFMAM;

⁵Como aceleração social, tem-se um processo baseado em três níveis de aceleração, ocorrido contemporaneamente a partir do avançar da pós-modernidade e, das mudanças ocorridas em seus substratos. Num primeiro “nível”, é evidente a aceleração tecnológica, ligada diretamente à intenção de acelerar os processos de produção, os canais de comunicação, bem como, o fluxo de informação e, os meios de transporte. De outra banda, numa segunda categoria aceleratória, vislumbra-se um tipo de aceleração endossocial, ou seja, uma aceleração que pode se vista como da sociedade, ela mesma, tal categoria, denomina-se aceleração da vida cotidiana, que ganha velocidade a partir do aumento do fluxo decorrente da aceleração tecnológica. Ainda, em decorrência destas, pode-se apontar para uma aceleração da transformação/mudança social – terceiro nível – que ganha velocidade a partir do aumento do fluxo decorrente da aceleração tecnológica, como também, devido a um aumento de velocidade compulsivo na vida cotidiana do sujeito pós-moderno (ROSA, 2011). Ainda no que refere ao processo de aceleração do mundo – social – Marc Augé tece algumas importantes considerações. Para o autor, o mundo sobremoderno encontra-se submisso a um triplice movimento aceleratório,

SALDANHA, 2014). A hipermodernidade assume assim, um objetivo de presentificação das coisas do mundo, há a necessidade latente de tornar o instante eterno, o que, em se tratando de decisão jurídica é possibilitado pelas súmulas e pelo movimento de abstrativização decisória.

Instaura-se uma racionalidade autonômica em relação ao Direito e ao caso concreto que aposta na construção de respostas antes mesmo de ouvir as perguntas, ou seja, em respostas totalmente descontextualizadas e vazias de sentido. Há um frenesi por ementas e súmulas que trazem em si um sentido pronto para ser acoplado aos casos. As súmulas sejam elas vinculantes ou não, – pelo menos no Brasil –, surgem para responder a todas as perguntas futuras, mas nem sabem quais serão as perguntas formuladas pelo (STRECK, 2010). Instrumentaliza-se a prática processual ainda no seio de uma metafísica-objetificante moderna, consolidando o aparato necessário às posturas pragmático-econômico-tecnicistas que alicerçam o modelo neoliberal de processo (HIDALGO, 2011).

Assim, perfectibiliza-se um Direito esvaziado de conteúdo jurídico-social em prol do conteúdo econômico-mercadológico. A modernidade nos legou um processo debilitado e insuficiente aos direitos fundamentais-sociais a serem concretizados no pós-Segunda Guerra, pois, nós, como bons seres humanos que somos, tratamos de piorá-lo de modo, que o processo contemporâneo tornou-se apto a satisfazer a complexidade econômico-financeira e, inapto a abarcar a complexidade humano-social.

Porquanto, a nova jurisdição atinente a um verdadeiro direito processual constitucionalizado que, se forma a partir do Estado Democrático de Direito, entremeia-se ao constitucionalismo contemporâneo e coloca-se como condição de possibilidade para garantir e concretizar esse novo paradigma, qual seja, o próprio

dos conhecimentos, das tecnologias e do mercado e, essa tríplice aceleração, demarca cada dia mais a distância entre um mundo globalizado sem fronteiras em que a livre circulação de homens, imagens e bens é incessante e incontrolável, e a realidade de um planeta dividido e fragmentado em que as divisões humanas, sociais, étnicas, econômicas, são a mola propulsora desse sistema (AUGÉ, 2010).

Estado Democrático de Direito e seus conteúdos. Fica nítido que tal jurisdição nova e inovadora perscruta os elementos de direitos fundamentais, dando chão a uma ordem protetora do cidadão e de seus direitos (ESPÍNDOLA, 2010). O projeto de processo que se vislumbra é ancorado na constitucionalidade como conteúdo que o informa e que deve ser protegido por esse novo aparelho processual constitucional, repercutindo de maneira ampla na(s) ordem(ns) jurídico-político estatais. Funda-se uma constitucionalidade processual comum no concernente às garantias, procedimentos e princípios, que consubstanciam – ou devem consubstanciar – o processualismo constitucional como paradigma contemporâneo (SALDANHA, 2010b).

Nesse passo, constitui-se uma “forma processo-jurisdicional” que imbrica conteudísticamente a força constitucional, os conteúdos referentes a direitos humano-fundamentais e um aparato processual apto a ressalvar e resguardar, tanto a Constituição, quanto os direitos humano-fundamentais sob um viés de proteção e garantia ampla e irrestrita (ESPÍNDOLA, 2010).

O ambiente processual a ser construído deve levar a sério o Direito, e não meta-valores do mercado, como eficiência, fluxo, produtividade, etc. O processo instituído no seio do novo paradigma deve levar a sério o caso concreto, a mundaneidade do direito materializada na facticidade, o que permite ao intérprete “acessar” a resposta correta do ponto de vista constitucional, no espaço-tempo necessário ao desvelar – hermenêutico – do caso concreto e, à concretização e/ou garantia do(s) direito(s) posto(s) em jogo – jogo processual-constitucional (BORGES MOTTA, 2012).

A atuação do sistema de justiça nesse novo campo democrático-constitucional deve ser percebida de forma substancial, ordenada por uma vinculatividade do ambiente processo-decisório, ao raiar de um ambiente social solidário nascente no bojo do novo projeto constitucional democrático-cidadão (BOLZAN DE MORAIS, 2011). Nesse novo espaço-tempo de solidificação de um desenho institucional voltado para a concretização e garantia dos direitos

humano-fundamentais-sociais ganha centralidade a atividade jurisdicional, sobretudo, a partir da consolidação de um aparelho jurisdicional constitucional orientado na garantia e concretização da Constituição em toda a sua força normativa. O processo-jurisdicional então, sob a forma de jurisdição constitucional(izada)⁶ passa a ter a força constitutiva de um corpo principiológico responsável por reformar as práticas político-jurídicas no caminho dessa nova juridicidade (BOLZAN DE MORAIS, 2011).

Desse modo, claramente, não pode o processo – o Direito – estar sujeito às exigências do mercado e, mais ainda, assumir para si a lógica produtivista do mercado, ou seja, produzir o máximo possível de decisões no menor tempo possível, sob a máscara de um ideal constitucional – pois presente formalmente na Constituição – de razoável duração do processo que, em verdade, configura-se em um ideal *standard* mercadológico-neoliberal.

A constituição assim deve “invadir” o processo e construindo um espaço-tempo processual humano-existencial, pautado pela ordenação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito a partir dele mesmo, processo jurisdicional constitucional(izado). Esse processo é temporalmente mundano, jurisdicionalmente democrático, decisoramente fático e, sobretudo, ordenado pelo acontecer do social. Nesse momento, é necessário e possível perscrutar a construção de um efetivo direito processual constitucional (no Brasil). É o que segue.

⁶ O uso do termo jurisdição constitucionalizada em detrimento do termo jurisdição constitucional, dá-se pela possibilidade de se entender o termo “jurisdição constitucional” como um modelo jurisdicional diverso, face, a uma jurisdição não-constitucional, estando-se assim aprisionados a uma concepção metafísico-dualista. Já, ao empregar-se o termo “jurisdição constitucionalizada” tem-se o sentimento de que todo o espaço jurisdicional foi constitucionalizado, ou seja, que a Constituição passou a habitar as entranhas do sistema jurídico e, assim, também, do sistema de justiça, não cabendo em meio ao novo paradigma operar-se sob uma concepção dualista que cindi a atividade jurisdicional em constitucional e ordinária. Veja-se: (HOMMERDING, 2007).

2 Necessidade e possibilidades para o acontecer do direito processual constitucional

O direito processual que nasceu na modernidade trazia consigo as características de um regime que, para além de novo paradigma político, tratava-se de um novo paradigma econômico e social. Tal paradigma, atendendo pelo nome de liberalismo, lançou seus braços por toda uma gama de instituições e percepções jurídicas e sobre o direito. O processualismo moderno traz marcas muito particulares que o colocam no mundo como um ambiente propício à garantia desse novo modelo político-econômico.

No entanto, com o avançar da história se passa a necessitar de um paradigma jurídico e de um novo modelo de processo que, se coadunem com o avançar dos modelos políticos e sociais de garantia do homem e de seu bem viver em sociedade. Nesse passo, avançando-se rumo ao Estado Constitucional de Direito, avança-se também, ao encontro de um processualismo banhado nas águas do constitucionalismo que se promove. Por tal motivo, toma forma, sobremodo, contemporaneamente um processualismo constitucionalizado, ou, o que se chama de Direito Processual Constitucional, assumindo um papel de destaque na prática jurídico-político-social na atualidade.

Nesse caminho, Mac-Gregor (2008) aponta que o direito processual constitucional compreende duas dimensões distintas – mas que se comunicam – onde, a primeira é a dimensão histórico-social e a segunda a cientificização desse como um ramo do Direito. Para o mesmo autor, a primeira dimensão refere-se aos instrumentos jurídico-processuais de proteção dos direitos humanos, sendo que, a cientificização da matéria, se dá de 1928 a 1956.

Embora, seja importante esses delineamentos a respeito do assunto, para os fins desse trabalho, procurar-se-á adentrar mais diretamente no que concerne (a) o direito processual constitucional propriamente dito. Tal ramo do Direito, não pode restar dúvidas, se preocupa com a garantia da ordem constitucional a partir de uma

série de institutos processuais, individuais e coletivos albergados pela constituição – que compõe o direito processual constitucional – e, sendo assim, pode ser olhado numa dupla perspectiva, pois, ao mesmo tempo que se amolda por esses instrumentos de garantia é a “ciência” que garante a manutenção da ordem constitucional-material (NOGUEIRA ALCALÁ, 2009).

De todo modo, contudo interligarem-se, direito processual constitucional não se confunde com direito constitucional, bem como, nem com direito processual. É uma disciplina híbrida que engloba a garantia processo-procedimental – a partir de instrumentos insculpidos na Constituição e fora dela – da Constituição e dos direitos nela albergados. Desse modo, a disciplina do direito processual constitucional forja-se a partir da Carta Constitucional e para garanti-la, bem como, a partir de uma nova mirada sobre o direito processual que eclode na construção desse novo ramo do Direito.

Dessa forma, para o autor desse trabalho, é desnecessário discutir se a nomenclatura correta deva ser direito processual constitucional ou direito constitucional processual, haja visto, que, ambas nominatas agregam os conteúdos que conformam esse novo saber jurídico, dando ordem de uma disciplina não só constitucional, como também, constitucionalizada. Nessa perspectiva o direito processual constitucional tem em seu cerne aplicar a ordem constitucional a partir de normas procedimentais que emergem da própria ordem constitucional – *habeas data*, *habeas corpus*, ação civil pública, mandado de segurança, formas de controle de constitucionalidade, etc – mas, também, tem o condão de dar ao direito processual uma roupagem constitucional, um agir em processo conforme a constituição – o que, ainda assim, não faz o direito processual constitucional ser um ramo do direito constitucional (NOGUEIRA-ALCALÁ, 2009).

Com isso, se quer deixar claro que não há que se confundir direito processual constitucional com justiça constitucional, jurisdição constitucional, ou tribunais constitucionais, embora, na experiência europeia possam ser usados como sinônimos, ou, pelo menos no

mesmo sentido do termo mais utilizado na América Latina – direito processual constitucional (BAZÁN, 2007). Tais instituições e conceitos fazem parte de uma ordem processual constitucional compondo-a, mas não, tendo o mesmo significado, ou seja, o direito processual constitucional engloba a jurisdição constitucional e conforma uma justiça constitucional – num primeiro momento internamente – que dá cara à Constituição como uma norma que efetivamente constitui.

Bazán (2007) traça o direito processual constitucional a partir de três perspectivas que dão-no forma e conteúdo. Conformaria tal ramo á jurisdição constitucional das liberdades, referente aos instrumentos previstos para a garantia dos direitos fundamentais⁷. Também, a jurisdição constitucional orgânica, diretamente ligada á aplicação das disposições e princípios constitucionais, bem como, ao controle de constitucionalidade das leis. Ainda, refere Bazán, a jurisdição constitucional transnacional, responsável pelo diálogo das disposições constitucionais e transnacionais, aqui, fazendo clara referencia ao diálogo entre juízes e jurisdições (GARAPON; ALLARD, 2006)⁸.

Na experiência brasileira, a necessidade de se construir esse direito processual constitucional é latente e deve se dar não restrita à jurisdição constitucional e á pratica processo-jurisdicional do Supremo Tribunal Federal. Direito processual constitucional aqui, também não pode ser visto – como já foi dito – como meramente a manifestação da jurisdição constitucional brasileira pela via, seja do controle difuso, seja do controle concentrado de constitucionalidade.

⁷ Nesse ponto, é importante referenciar que, por tais instrumentos de garantia na tradição Ibero-Americana e Latino-Americana, tem-se como principal instrumento o recurso de amparo, espécie de recurso amplo em extensão e profundidade no que tange á garantia e defesa de direitos. No que tange ao direito brasileiro, a Constituição de 1988, prevê inúmeros “remédios constitucionais” para a tutela das liberdades, dentre os quais, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o habeas data, o habeas corpus, a ação popular, etc.

⁸ Interessante apontar aqui, que, no que tange à experiência Latino-Americana, esse diálogo entre juízes e jurisdições, ocorre preponderantemente entre as jurisdições e tribunais internos e as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). No entanto, mais especificamente no caso brasileiro, esse diálogo ainda se mostra esvaziado e não acontece com frequência.

O direito processual constitucional brasileiro deve abarcar a necessidade de se constituir uma processualidade que suplante tanto o modelo moderno-racionalista, quanto o hipermoderno-neoliberal de processo, consubstanciando uma prática de defesa e garantia da Constituição para além dos procedimentos de controle de constitucionalidade. Isto, pois, tem-se um processualismo banhado no caldo da Constituição federal de 1988 e oxigenado pelo constitucionalismo contemporâneo, democrático e substancial (HOFFMAM; SALDANHA, 2014).

O que deve estar claro, é que o direito processual constitucional amplia a questão da aplicabilidade da Constituição a partir do processo. Esse novo ramo do direito engloba tanto a garantia formal – a constitucionalidade das leis, dos procedimentos, etc –, quanto a garantia material – os direitos fundamentais ali previstos – da Constituição, nas trilhas abertas pela ordem constitucional contemporânea. Esse processo de garantias se materializa pelos conteúdos de direitos humano-fundamentais previstos constitucionalmente, bem como, na prescrição de instrumentos processuais para a garantia desses direitos (BAZÁN, 2007).

O processualismo brasileiro deve assumir uma prática democrática de processo, bem como, constitucionalizar-se por inteiro. A constitucionalização do processo, não pode se dar apenas na outorga de meios aptos ao controle da constitucionalidade das leis, num sentido de garantia formal da constitucionalidade, mas sim, na possibilidade de defesa e garantia da Constituição em sua contenciosística, ou seja, alcançando aos jurisdicionados meios aptos a garantir e concretizar os direitos nela albergados. Com efeito, é necessário:

[...] afirmar que a construção de uma Jurisdição constitucional fomentada por uma participação cidadã exige um processo jurisdicional formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais – um processo jurisdicional que não se resume a uma construção metódica ou a uma análise descritiva, mas antes um processo que se impõe enquanto prática judicativo-

decisória para uma orientadora reflexão crítica capaz de responder ao desafio da complexidade dos problemas contemporâneos (BOLZAN DE MORAIS, SALDANHA, ESPÍNDOLA, p. 113-141, 2009).

Cumpre no momento atual relacionar processo e Constituição materializando os princípios constitucionais através do processo. O Direito Processual passa por uma substancialização através da constitucionalização de suas diretrizes basilares, ao mesmo tempo em que o Direito Constitucional reconhece a importância do processo/procedimento para a materialização/concretização destes novos direitos, advindos com a nova roupagem constitucional (GUERRA FILHO, 2007). A Constituição assim invade o processo e constrói um espaço-tempo processual pautado na consolidação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito a partir dele mesmo, direito processual constitucional(izado).

Para que isso ocorra, processo e Constituição devem ser compreendidos autenticamente inseridos na tradição do Estado Democrático de Direito e, compreendendo o sentido que isso representa. Desse modo nascerá um direito processual constitucional(izado), onde seus institutos não mais serão compreendidos apartados do sentido de/da Constituição. Surge assim uma tradição autêntica de processo (civil) (HOMMERDING, 2007).⁹

Conforme Bazán (2007) essa nova disciplina sistematiza-se a partir de um arcabouço principiológico que pretende salvaguardar os ditames constitucionais, bem como, para além da própria Constituição, resguardar os direitos humanos em toda a sua extensão e profundidade. Constrói-se uma disciplina distinta que tem por base confirmar a ordem constitucional interna – dentro dos limites da

⁹ Logo, consolida-se também – ou deveria se consolidar – uma jurisdição constitucional(izada), levando a ruína a cisão metafísica – característica da filosofia da consciência e ainda apegada ao esquema sujeito-objeto – jurisdição constitucional/jurisdição ordinária. Assim, a partir desse momento ao falar-se em “jurisdição constitucional”, deveria se falar em “jurisdição constitucionalizada”, extrapolando aqui o ambiente privilegiado do controle de constitucionalidade. Sendo que essa nova jurisdição constitucionalizada é um ambiente indispensável ao repensar do processo civil de acordo com a prática constitucional contemporânea consubstanciando um verdadeiro direito processual constitucional (HOMMERDING, 2007).

estatalidade – mas, para além desse primeiro passo, emoldurar uma ordem jurídico-normativo-processual de garantia e concretização dos direitos humanos transcendente da institucionalidade estatal, como direitos do cidadão (SAGÜES, 2013).

O direito processual constitucional amplia-se mais acentuadamente através do que se tem por bloco de constitucionalidade em direção ao resguardo dos direitos humanos. A noção de bloco de constitucionalidade aqui, ganha corpo a partir de conteúdos de direitos humanos, mas também, de um corpo de garantias processuais constitucionais que corporificam o devido processo legal (NOGUEIRA-ALCALÁ, 2009). Dessa forma, esse ramo do direito consubstancia uma série de princípios constitucionais-processuais – juiz natural, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, etc – que qualificam o processo como constitucional, numa dupla perspectiva: 1º) pois, são princípios estampados na Constituição e fazem do processo, constitucional em forma e conteúdo; 2) pois, qualificam o processo como instrumento apto à garantia e concretização da Constituição e dos direitos humano-fundamentais (SALDANHA, 2010b).

O modelo de processo constitucional que se defende, é um ambiente que transcende a discussão meramente formal sobre a constitucionalidade e faz com que todos os atores processuais ajam constitucionalmente em processo. Configura-se um espaço-tempo de defesa da constitucionalidade e garantia da própria Constituição a partir da concretização de seus conteúdos. Forma-se um novo contexto decisório em que o processo por ser eminentemente constitucional, obriga o nascer de uma decisão correta constitucionalmente (NUNES, 2009).

Dentro desse cenário, desponta uma forma jurídico-processual que consubstancia uma série de garantias processuais-constitucionais que dão corpo a um conjunto de direitos e garantias processuais do cidadão. Essa nova conjuntura, vem marcada em diversos textos constitucionais por uma carga principiológica protetora do indivíduo e da sociedade em processo, solidificando um processualismo que

extrapola os limites da processualística clássica-moderna e permite o alvorecer de um direito processual renovado pelas experiências democrático-constitucionais contemporâneas (SALDANHA, 2010). Com efeito pode considerar-se:

que el derecho procesal constitucional es una rama del derecho público que estudia el conjunto de principios y normas constitucionales y legales que definen y configuran el sistema de defensa de la Constitución y de protección de los derechos fundamentales y su respectiva interpretación, como asimismo el sistema de control de constitucionalidad, la organización y funcionamiento de los órganos que ejercen dicha función jurisdiccional, la configuración de los procesos y procedimientos constitucionales, las resoluciones emitidas por las magistraturas constitucionales y los tipos y efectos de las respectivas sentencias, como asimismo las reglas y postulados de interpretación constitucional utilizados por tales jurisdicciones (NOGUEIRA-ALCALÁ, 2009, p. 26).

Assim, ganha corpo um direito processual oxigenado pelos processos de democratização – em especial no caso latino-americano – que se funde conteudisticamente em extensão e profundidade a um novo constitucionalismo e propicia uma atividade jurisdiccional concreta para a ação cidadã dos sujeitos jurídico-sociais. Os ditames constitucionais não estão mais adstritos somente às ações do(s) Estado(s), como também, ligados umbilicalmente às vontades e possibilidades dos cidadãos enquanto seres humanos e sujeitos de direito (BAZÁN, 2007).

Nesse passo, as ações estatais internas em processo – constitucional – abarcadas pela jurisdição constitucional – possibilidades de controle de constitucionalidade – ganham um âmbito que transpassa as responsabilidades estatais e do agir do Estado e deflagram um agir do cidadão em processo rearranjado em meio ao direito processual constitucional. A jurisdiccionalidade processual constitucional extrapola os limites do controle de constitucionalidade por não estar aferrada exclusivamente à vertente

da jurisdição constitucional – classicamente vista como controle difuso e concentrado de constitucionalidade – passando a manter relação extremamente próxima com práticas de garantia dos direitos humano-fundamentais (SAGÜES, 2013).

A nova jurisdição atinente a um verdadeiro direito processual constitucional entremeia-se ao constitucionalismo contemporâneo e coloca-se como condição de possibilidade para garantir e concretizar o Estado Democrático de Direito e seus conteúdos. Fica nítido que tal jurisdição nova e inovadora perscruta os elementos de direitos fundamentais, dando chão a uma ordem protetora do cidadão e de seus direitos que, se realiza – também – no âmago dessa nova vertente do Direito (ESPÍNDOLA, 2010). O projeto processual constitucional alinha-se aos novos projetos constitucionais e repercute de maneira ampla na(s) ordem(ns) jurídico-político estatais, causando uma intercomunicação constitucional no que tange aos materiais elementares do direito processual constitucional. Funda-se uma constitucionalidade processual comum no concernente às garantias, procedimentos e princípios que consubstanciam um processualismo constitucional (SALDANHA, 2010b).

O direito processual constitucional advindo dessas novas experiências constitucionais que desembocam na constitucionalização dos mais variados ramos do direito consiste em um parâmetro interno – pelo menos num primeiro momento – de consolidação da Constituição como documento basilar de toda a normatividade jurídica, apontando os caminhos procedimentais de garantia da própria ordem constitucional e dos direitos humano-fundamentais, vistos de uma perspectiva além-Constituição. Para além de garantir a normatividade constitucional e os direitos fundamentais ali albergados, bem como, de trazer á disciplina processual uma nova gama de instrumentos processuais de garantia, o direito processual constitucional que toma forma, deve garantir direitos e concretizar garantias de cidadania e possibilidade de participação do “homem comum” na arena político-jurídica afim de,

garantir-lhe a condição de cidadão, sujeito de direitos e, sobretudo, ser-humano.

Nesse passo, constitui-se uma “forma processo-jurisdicional” que imbrica conteudisticamente a força constitucional, os conteúdos referentes a direitos humano-fundamentais e um aparato processual apto a ressalvar e resguardar, tanto a Constituição, quanto os direitos humano-fundamentais, sob um viés de proteção e garantia ampla e irrestrita desse novo ambiente político-jurídico-social e seus elementares. O direito processual constitucional é substância de um Direito de garantias, que pretende dar forma a uma nova compreensão humana do Direito e dos direitos, assumindo uma perspectiva de imposição dos direitos humanos, das garantias fundamentais e dos princípios processuais de proteção, como fomentadores de uma ordem jurídica justa em extensão e profundidade (SALDANHA, 2010b).

Considerações finais

Assim, com efeito, o sistema processual civil brasileiro, considerando o processo constitucional deve constituir-se a levar a sério o direito e não os valores de mercado, eficiência quantitativa onde a estabilidade do sistema jurídico deve estar a favor da estabilidade do sistema financeiro.

Evidencia-se que o Direito não pode estar ligado as exigências do mercado seguindo o rumo produtivista do mercado, qual seja a produção massificada de decisões num curto espaço de tempo.

Preocupa-se em evitar a confusão entre aceleração processual e razoável duração do processo, pois, enquanto aquela se preocupa com decisões quantitativas, essa reserva-se em satisfazer o direito material pretendido em prazo proporcional aos atos necessários.

A supressão do tempo de um processo e suas formalidades não resulta necessariamente na concretização do princípio fundamental, tampouco na efetiva resolução do direito pretendido. Ademais, considerando que a razoável duração do processo requer

meios para possibilitar sua aplicação, o atual sistema processual resguardou diversos instrumentos para auxiliar na efetividade do princípio, em que pese a democratização do processo, a princípio, aumente a cronologia processual, o aproveitamento dos atos proporcionará a tramitação em tempo aceitável.

Diante disso, é imprescindível a efetiva construção de um direito processual constitucional. O direito processual constitucional é fruto de um direito de garantias fundamentais que dá origem a uma nova forma de compreensão do Direito, agregando os princípios de proteção, garantias fundamentais, resguardando os direitos humanos e bens jurídicos tutelados.

Referências

AUGÉ, Marc. **Por Uma Antropologia da Mobilidade**. Tradução: Bruno César Cavalcanti; Rachel Rocha de A. Barros Maceió: EDUFAL, 2010.

BAZÁN, Víctor. Derecho Procesal Constitucional: estado de avance, retos y perspectiva de la disciplina. In: **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, Cidade do México, n. 8, p. 89-112, 2007.

BOLZAN DE MORIAS, Jose Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Jurisdição Constitucional e Participação Cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de e MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org). **Constituição e Processo: A colaboração do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.113-141.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

- DUFOUR, Dany-Robert. **A Arte de Reduzir As Cabeças**: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal. Tradução: Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.
- ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Refundação da Ciência Processual e a Defesa das Garantias Constitucionais: o neoconstitucionalismo e o direito processual como um tempo e um lugar possíveis para a concretização dos direitos fundamentais. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; CALLEGARI, André Luís (Org). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica - n. 7**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- GAIGER, Luiz Inácio. Eficiência. In: GAIGER, Luiz Inácio; *et al* (Org). **Dicionário Internacional da Outra Economia**. Coimbra: Almedina, 2009.
- GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. **Os Juízes na Mundialização**: a nova revolução do Direito. Tradução: Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: RCS, 2007.
- HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. **Relação Entre Direito Material e Processo. Uma Compreensão Hermenêutica**: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- HOFFMAM, Fernando; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da Pós-Modernidade Processual: o hipermoderno e o antimoderno na caracterização do processualismo contemporâneo. In: **Revista Direitos Fundamentais e Justiça**, Ano 8, nº. 26, p. 136-159, jan-mar. 2014.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos Para Uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sebastien. **Os Tempos Hipermodernos**. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. La Ciencia Del Derecho Procesal Constitucional. In: **Dikaion**, Chía, v.22, n. 17, p. 97-129, 2008.

MARCELLINO JR, Julio Cesar. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa:** (des)encontros entre economia e direito. Itajaí: UNIVALI, 2006, 235 p. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. O Hiato Entre Hermenêutica Filosófica e a Decisão Judicial. In: STRECK, Lenio Luiz; STEIN, Ernildo (Org). **Hermenêutica e Epistemologia:** 50 anos de Verdade e Método. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. **Diálogos Com a Law & Economics.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El Derecho Procesal Constitucional A Inicios Del Siglo XXI En América Latina. In: **Estudios Constitucionales**, Talca, v. 7, n. 1, p. 13-58, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. A Forma e a Força da Lei: reflexão sobre um vazio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). **Direito e Psicanálise:** interseções a partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Artigo disponibilizado pela autora, p.1-8.

ROSA, Hartmut. Aceleración Social: consecuencias éticas y políticas de una sociedad de alta velocidad desincronizada. Tradução: Fernando Campos Medina; María Isabel Vila Cabanes. In: **Revista Persona Y Sociedad**, Santiago, Vol. XXV, N° 1, p. 9-49, 2011.

SAGÜES, Néstor Pedro. Desafíos Del Derecho Procesal Constitucional Con Relación Al Control de Convencionalidad. In: **Revista Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 5, n. 1, p. 14-20, jan-jun. 2013.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Jurisdição Partida Ao Meio: a (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica:** anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS – N. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Bloco de Constitucionalidade Em Matéria de Garantias Constitucionais na América Latina: ultrapassando o perfil funcional estrutural “hipermoderno” de processo rumo á construção de um direito processual internacional dos direitos humanos. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; CALLEGARI, André Luís (Org). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010b.

SAUSEN, Dalton. **Súmulas, Repercussão Geral e Recursos Repetitivos**: crítica à standardização do Direito e resgate hermenêutico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STEIN, Ernildo. **Diferença e Metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Ijuí: UNIJUI, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **O Que É Isto – decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

O controle de constitucionalidade e os sistemas de controle difuso e concentrado dentro do ordenamento jurídico brasileiro

*Luana Bertasso*¹

*Laureani Pazzini Silveira*²

*Fernanda Pinheiro De Lima*³

Introdução

A existência de um ordenamento normativo é necessária para que se mantenha a supremacia em face da Constituição, pois é nela que o legislador irá encontrar formas de elaboração legislativa em conjunto com o seu conteúdo. A Constituição é a lei suprema de um país, sendo base do ordenamento jurídico para a sua fonte de validade, onde as demais normas constituintes de um ordenamento se subordinam a mesma.

A ideia da Supremacia constitucional vai ser o resultado da origem desta, e, assim, é dela que virá o poder instituidor a todos os demais poderes, inclusive dentro do Poder Constituinte. Essa

¹ Acadêmica do VI semestre do curso de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões.

² Acadêmica do X semestre da Universidade Regional do Alto Uruguai e das Missões- Uri Campus Santiago.

³ Acadêmica do VI semestre da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. URI Campus Santiago.

superioridade da Constituição vai resultar de atos que com ela entram em constante conflito, por exemplo, os atos infraconstitucionais, pois para que se assegure a supremacia desta, é preciso efetivar um controle sobre os atos do ordenamento.

Ao reconhecer um poder, os indivíduos serão capazes de estabelecer as regras conforme a Constituição Federal determina, pois a superioridade desta se impõe às demais normativas do Estado, tendo uma origem distinta, pois é a fonte de todos os demais poderes que constituem o Estado, estabelendo e limitando a competência do Poder Constituinte.

Com todas as normas fundamentais, o legislador optou pela criação de um complexo sistema de constitucionalidade das normativas do Estado, que apontam para as normas infraconstitucionais do controle de constitucionalidade, onde se podem conhecer dois sistemas constituintes: o controle difuso, responsável pela apreciação e alegação da inconstitucionalidade, na figura do Juiz ou tribunal, e o controle concentrado, que tem a competência para julgar questões de constitucionalidade, acabando por desenvolver-se através da ação direta de inconstitucionalidade (ADIN), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), ação direta de inconstitucionalidade interventiva, arguição de descumprimento preceito fundamental (ADPF) e também através da ação declaratória de constitucionalidade (ADC).

1 O controle de constitucionalidade no ordenamento brasileiro

Advindo da lei, particularmente da Constituição Federal de 1988, o controle de constitucionalidade torna-se responsável pela verificação a adequação de um ato do ordenamento jurídico, onde é necessário que seja verificado os requisitos formais subjetivos, que dizem respeito ao órgão competente que editou a norma, e objetivos que são relativos aos prazos e ao rito que deve ser observado dentro do controle constitucional. Um dos objetivos constitucionais é a chamada filtragem constitucional: todas as normas do ordenamento

devem ser consideradas válidas e sempre revistas conforme a Constituição Federal. Sendo assim, é aqui que se encaixa o controle constitucional para que possa realizar as observações acerca da Constituição. (FILHO, 2011, p. 60).

O controle de constitucionalidade brasileiro é caracterizado pela sua diversidade e originalidade nos instrumentos processuais que são utilizados para manter a fiscalização dessa constitucionalidade dentro dos atos do poder público em relação à proteção dos direitos fundamentais. No Brasil, o referido controle, sofreu uma reforma com a Constituição Federal de 1988, mesmo que tenha sido preservado o texto constitucional que fazia referência ao modelo tradicional de controle constitucional incidental ou difuso, passando a adotar outros instrumentos, como por exemplo, o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo, mas principalmente a ação direta de inconstitucionalidade, dando assim um novo perfil ao sistema de controle de constitucionalidade que era conhecido anteriormente. (MENDES, 2008, p. 2).

Ao longo dos últimos anos ocorreram diversas mudanças no âmbito constitucional, tanto na área legislativa quanto na área jurisprudencial, onde a estrutura formal do controle de constitucionalidade foi alterada, pois estas quase sempre foram movidas com a ideia de que era preciso enfrentar a crise que vinha do Poder Judiciário devido a sua sobrecarga. Essas modificações foram feitas com a justificativa de que era necessário garantir a eficiência e a racionalização, embora o problema de sobrecarga não tenha sido solucionado, dando continuidade ao duplice processo de concentração (COSTA; CARVALHO; FARIAS, 2016, p. 156). A Constituição Federal de 1988 pode ser entendida e analisada de diversas formas, conforme Alexandre de Moraes (2014, p.6) leciona:

Constituição, lato sensu, é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar; ou ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação. Juridicamente,

porém, Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.

O controle de constitucionalidade brasileiro está combinado e relacionado com os demais sistemas de controles que existem no Direito Estrangeiro, como os controles americano e austríaco, pois no Brasil foi primordial a influência dos demais sistemas, já que o controle de constitucionalidade nacional é aprimorado em cima dos demais, mas com características próprias.

1.1 Sistema Americano de controle de constitucionalidade

A primeira ideia de controle de constitucionalidade surge com o julgado de John Marsall , presidente da Corte Suprema, que faz referência ao caso de “William Marbury versus James Madison, apresentado por Barroso (apud SCHULZE; GONÇALVES, 2013, s.p.):

Ocorre que John Adams, então Presidente Federalista dos Estados Unidos da América, realizou inúmeras nomeações para juiz de paz no fim de seu mandato, objetivando conservar sua influência política através do Poder Judiciário. Fez-se aprovar uma lei de reorganização do Judiciário federal, reduzindo o número de ministros da Suprema Corte (visando impedir uma nova nomeação pelo Presidente que assumiria) e criando novos cargos de juiz federal (que seriam preenchidos por aliados de Adams), além de lei autorizando o Presidente a nomear quarenta e oito juízes de paz. Os atos de investidura dos novos juizes foram assinados no seu último dia de governo, à véspera da posse do novo presidente, o republicano Thomas Jefferson. Marshall, então Secretario de Estado, não conseguiu fazer chegar às mãos de todos os interessados os atos de nomeação. Trocada a Presidência, o

novo secretário, Madison, por ordem do Presidente Jefferson, recusou-se a entregar os atos de investidura àqueles que não o haviam recebido. Entre os prejudicados, estava o nomeado William Marbury, que propôs ação judicial, dita writ of mandamus, para ter reconhecido o seu direito ao cargo de juiz de paz.

O Congresso, na situação acima, já estava com a maioria republicana, revogando então a lei de reorganização do Judiciário Federal, e extinguiu os cargos que haviam sido criados, porém o atual Presidente recusava-se a cumprir a decisão da Corte. Assim, a Câmara acabou instituindo o processo de impeachment de um juiz federal e ameaçou que estenderia o mesmo até os ministros constituintes da Suprema Corte. Dessa forma, Marshall estava sendo acuado pelo poder público em relação aos ocorridos, porém ele decidiu usar uma nova habilidade, reconhecendo o direito de Marbury denegando a ordem em razão de uma incompetência da Corte. Assim, acabou reconhecendo o direito a inconstitucionalidade de dispositivos do ordenamento, dando a competência para a Suprema Corte julgar as ações dessa espécie (BARROSO apud SCHULZE; GONÇALVES, 2013, s.p.).

O direito americano deu início ao controle difuso de constitucionalidade, dando a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal, como acontece no Brasil, analisar a constitucionalidade de um ato administrativo ou de uma normativa legal, desde que esteja vinculado ao caso concreto e seja submetido ao seu julgamento.

1.2 Sistema Austríaco de controle de constitucionalidade

Após o sistema americano se manter com a sua forma de controle de constitucionalidade instalada, agora é a vez do sistema austríaco, que tem como precursor Hans Kelsen, conceber então a ideia de controle através da Constituição da Áustria de 1920, sendo aperfeiçoado em 1929. Kelsen (apud SCHULZE; GONÇALVES, 2013, s.p.) em sua obra referente à Teoria Pura do Direito, diz:

Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como ‘inconstitucional’ não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do Direito.

Através da obra de Kelsen foi que a Europa conheceu e adotou o controle de constitucionalidade, com estrutura diversa do controle americano, pois aqui o sistema de inconstitucionalidade tinha como base a própria ação, ou seja, os efeitos recorrentes da decisão passariam a valer a partir da publicação do julgado ou do que fosse determinado pelo mesmo, não podendo retroagir. A eficácia seria geral, afastando a aplicação da normativa tida como inconstitucional e todos os demais casos que dela fossem abrangidos. O controle concentrado atribuiu competência a um único tribunal para exercer a jurisdição constitucional, ou seja, para que o controle judicialmente possuísse a constitucionalidade dos atos normativos e da legislação. (MORAES, 2014, p. 739).

2 Controle de contitucionalidade e as constituições brasileiras

O controle de constitucionalidade sofreu diversas modificações ao longo do tempo. A Constituição Política do Império de 1824 nem previa o controle de constitucionalidade dentro do Poder Judiciário, estabelecendo que a responsabilidade fosse da Assembleia Nacional para a preservação da Constituição. Assim, era possível a existência de um quarto poder, conhecido como moderador que era de responsabilidade do Imperador, devendo manter a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia entre os poderes. (BRASIL, 1824, art. 98, s.p.), conforme afirmam Bulos e Mello (apud SCHULZE; GONÇALVES, 2013, s.p.):

Teoricamente, pois, o controle de constitucionalidade deveria ser exercido pelo Poder Legislativo. Contudo, ele se manteve inerte diante da onipotência do Poder Moderador [...]. É de recordar-se, que os homens públicos do Império ao elaborarem a Carta de 1824 sofreram a influência dos doutrinadores políticos da Inglaterra e da França, e os juízes, de então, estavam pouco afeitos ao Direito Constitucional dos E.E.U.U. Por isso, não obstante, de há muito, nesse país, o Judiciário exercesse o controle da constitucionalidade dos atos dos outros poderes, no Brasil se ignorava essa prerrogativa, ou mesmo conhecendo-a os governantes, não se afeiçãoaram a ela.

A Constituição Republicana de 1891 adotou o controle de constitucionalidade, com influência no direito americano, tirando da ideia do controle difuso, extinguindo o poder moderador, e dando ao Poder Judiciário a competência de analisar as questões referentes à constitucionalidade das leis. A Constituição de 1891 (BRASIL, 1891, s.p.), em seu art. 59, faz referência ao poder do Supremo Tribunal Federal no rol do § 1º:

Art. 59, §1º: Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

Em uma de suas emendas, mais precisamente em 1926, acabou por alterar alguns dispositivos constituintes da mesma, mantendo a ideia do conhecido controle difuso. Mas mesmo com todas essas modificações para que o avanço acontecesse, existiam deficiências conflitantes entre os órgãos do poder judiciário que eram competentes para julgar o controle de constitucionalidade, o que acabou gerando uma incerteza acerca dos direitos (SCHULZE; GONÇALVES, 2013, s.p.).

O poder concentrava-se na mão do executivo, sendo assim, o mesmo mantinha-se no poder do Estado ditatorial, onde o controle de constitucionalidade se manteve, porém, com algumas regressões dentro do ordenamento de 1937. Se fosse declarada uma inconstitucionalidade dentro da legislação, conforme exposto no art. 96, parágrafo único da Constituição de 1937, a juízo do Presidente da República, sendo esta necessária para o bem estar do povo e à promoção de seus direitos, poderia o mesmo submeter-se a novo exame no parlamento, e se conseguisse dois terços dos votos das câmaras a decisão tomada pelo tribunal não possuiria nenhum efeito. (BRASIL, 1937, s.p.). O controle de constitucionalidade aqui faz com que deixe de existir a representação interventiva e a possibilidade de que o Senado atribua aos efeitos das declarações de inconstitucionalidade, sendo um retrocesso para o controle difuso constitucional.

A Constituição Federal de 1946 reaviva a mesma trazendo novamente o controle judicial de constitucionalidade dentro do ordenamento brasileiro, com o sistema difuso sendo mantido, e assim a emenda de nº 16/65 engloba o controle abstrato que advém do sistema austríaco. A norma que era compreendida no art. 96 da Constituição de 1937, deixa de existir no ordenamento de 1946, passando a ser de responsabilidade do Senado Federal as leis e decretos que eram considerados inconstitucionais, levando em conta a restrição ao objeto da resolução suspensiva, passando o Senado ser comunicado pelo Supremo Tribunal Federal das suas decisões de inconstitucionalidade (CARVALHO, 2011, p. 364-365). Em contribuição a ideia transmitida pela Constituição, Bulos (apud SCHULZE; GONÇALVES, 2013, s.p.) destaca:

Permitiu que o controle difuso fosse exercido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário (art. 101, II, a, b e c). [...] Preservou a exigência de maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 200). [...] Emprestou nova configuração à representação constitucional interventiva,

introduzida, no Brasil, pela Carta de 1934, deixando-a sob os auspícios do Procurador-Geral da República (art. 8º, parágrafo único, c/c o art. 7º, VII).

A emenda constitucional de nº 16/65 introduziu no ordenamento o controle abstrato de normas em face ao Supremo Tribunal Federal, dispondo que esse órgão julgue e processe, tanto em área federal como estadual. Passou-se então a conviver com o modelo difuso e abstrato do controle de constitucionalidade. Em concordância com a normativa do controle de constitucionalidade presente na Constituição de 1946, manteve-se o misto da Carta Magna com poucas mudanças. A emenda nº 07/77, no rol dos seus artigos, mais especificamente no art. 119, inciso I, afirmou mais uma vez que o Supremo Tribunal veio analisar o pedido de medida cautelar dado devido às representações oferecidas pelo procurador da república (CUNHA JUNIOR apud SCHULZE; GONÇALVES, 2013, s.p.).

A última Constituição promulgada e sancionada deu-se em 1988, no dia 05 de Outubro do referido ano, consolidando aquilo que já se conhece, uma mistura entre o controle de constitucionalidade, podendo este ser difuso ou concentrado, que demonstra a influência do sistema austríaco, predominando com suas diversas posições sobre este sistema de controle. Barroso (apud SCHULZE; GONÇALVES, 2013, s.p.), acerca do controle de constitucionalidade, refere-se aos moldes do mesmo desde a primeira Constituição em 1891:

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. Por outro lado, a denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal - abstrato ou concentrado -, foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 16, de 1965, que atribuía a legitimação para sua propositura exclusivamente ao Procurador-Geral da República. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura no controle concentrado, fazendo com que

este deixasse de ser mero instrumento de governo e passasse a estar disponível para as minorias políticas e mesmo para segmentos sociais representativos. A esse fator somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, com a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A Constituição de 1988 trouxe mudanças dentro do seu texto constitucional, assim, ocorreu a preservação da representação interventiva, com o intuito de verificar a compatibilidade do direito estadual, previsto em seu art. 34, inciso VII. A competência para reconhecimento de causas e conflitos ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal (STF), como consta no art. 102, inciso I, “f”. Também ocorre a previsão dos remédios constitucionais no rol do art. 5º, incisos LXVIII, LXIX, LXXII e LXXI, referentes ao habeas corpus, mandado de segurança, habeas data, mandado de injunção, que por hora, introduziu ao lado deste o processo de controle abstrato da omissão, elencado no art. 103, §2º, da Constituição Federal de 1988. A ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal faz-se presente também nas mudanças, estando elencado no rol do art. 102, inciso I, “a” c/c com o art. 103, CF, sendo que foi ampliado o direito a proposição da ação direta, ainda dentro do rol do art. 103. (BRASIL, 1988, s.p.).

A competência de responsabilidade do STF para realizar a análise dos pedidos de medida cautelar, que suspendeu a eficácia da norma que era considerada inconstitucional, manteve-se, e assim, no texto constitucional do art. 102, surge a arguição de descumprimento de preceito fundamental, instituído pela Lei nº 9.882 de 1999, prevendo ainda no art. 125, §2º, a competência dos Estados para a representação das ações de inconstitucionalidade das leis ou atos normativos conforme a esfera que se encontra (SCHULZE; GONÇALVES, 2013, s.p.).

Com a influência que o ordenamento jurídico brasileiro sofreu em relação aos controles de constitucionalidade americano e austríaco, fez com que o mesmo acabasse por adotar um controle

repressivo, onde os órgãos judiciais são competentes para as averiguações das compatibilidades das leis e atos normativos da Constituição Federal de 1988.

3 O sistema de constitucionalidade do controle difuso

O controle difuso pode ser verificado no caso concreto, embora o controle de constitucionalidade seja via ação direta e tenha se expandido no país, conforme se pode notar dentro das diversas Constituições que fizeram parte do ordenamento, o controle incidental ainda é a maneira mais acessível de que o cidadão comum possa tutelar seus direitos subjetivos constitucionais (BARROSO apud SCHULZE; GONÇALVES, 2013, s.p.). O controle é difuso, por existir toda a instância judiciária acerca da constitucionalidade, podendo este decidir de forma concreta, visto que somente os cidadãos atingidos diretamente pela norma inconstitucional é que poderão propor a busca da solução do ocorrido. O controle por exceção ou incidental dá-se através do pedido de declaração de inconstitucionalidade devendo o mérito ser julgado anteriormente, apreciando a preliminar de forma incidental, e assim, Siqueira Jr. (apud ACHULZA; GONÇALVEZ, 2013, s.p.) caracteriza o controle difuso como:

O controle de constitucionalidade difuso caracteriza-se pela possibilidade de qualquer juiz ou Tribunal, ao analisar um caso concreto, verificar a inconstitucionalidade da norma, arguida pela parte como meio de defesa. Nesse caso, o objeto principal da ação não é a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sendo a mesma analisada incidentalmente ao julgamento de mérito. A declaração de inconstitucionalidade torna-se necessária para a solução do caso concreto em questão, ou seja, a apreciação de inconstitucionalidade tem o condão de decidir determinada relação jurídica, objeto principal da ação.

Conhecido como controle por via de exceção ou defesa, a pronúncia do judiciário sobre a questão da inconstitucionalidade não

é relativa à manifestação do objeto principal da lide, mas é relativa à questão prévia que é indispensável para o julgamento do mérito. Assim, o outorgado terá que obter a declaração de inconstitucionalidade para o efeito de isentá-lo dentro do caso concreto para cumprir lei ou ato normativo que estejam em desacordo com a Constituição Federal de 1988. Cappelletti (apud MORAES, 2014, p. 733), ao referir-se ao controle de constitucionalidade dos países Common Law ⁴, explana a questão de que estes são descentralizados ou difusos, confiando a todos os tribunais do país qualquer processo tendo a facultadde e a obrigação de não aplicar a um caso concreto as leis e atos normativos considerados inconstitucionais.

Devido a uma forte relação entre os controles difuso e incidental, às vezes eles chegam a ser confundidos, pois se usa o raciocínio de que a constitucionalidade da lei pode ser examinada como uma forma prejudicial possível para a solução dos conflitos para então concluir que nos sistemas isso é admissível, sendo o controle difuso. Ele é difuso, pois toda a instância judiciária decide acerca dessa constitucionalidade, podendo ser objeto do mesmo o controle das normas, como as leis ou atos normativos em relação a cartas estaduais, ou as leis ou atos normativos em face da Carta Federal, ou até mesmo as leis ou atos distritais, ressaltando que quando possível o controle difuso poderá ser em sede de ação civil pública (SARLET; MARIONI; MITIDIERO 2016, apud SCHULZE; GONÇALVES, 2013, s.p.).

Para declarar a inconstitucionalidade do ato normativo ou da lei, basta a decisão de um juiz singular, assim, quando tratar-se de tribunal, seja por competência originária ou recursal, deve ser obedecida em relação ao ser arguido o incidente de inconstitucionalidade. A Constituição Federal brasileira (BRASIL,

⁴ É o direito que se desenvolveu em certos países por meio das decisões dos tribunais, e não mediante atos legislativos ou executivos. Constitui portanto um sistema ou família do direito, diferente da família romano-germânica do direito, que enfatiza os atos legislativos. (DIREITO LEGAL, 2008, s.p.).

1988, s.p.), em seu rol de normativas, traz acerca do trabalho o art. 97, referente as declarações de inconstitucionalidade:

art. 97 da Constituição Federal de 1988, prevê a cláusula de reserva de plenário, podendo os tribunais declararem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público apenas pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial^[2]. Observa-se que a exigência de quórum especial é destinada apenas à declaração de inconstitucionalidade. Se o tribunal entender pela constitucionalidade de lei ou ato normativo não é necessário este quórum e o que ocorre, no caso, é o julgamento do mérito, ou seja, a decisão do objeto principal da ação.

O controle difuso vai poder ser suscitado perante o STF através de recurso extraordinário, recurso ordinário ou quando fizer a apreciação à inconstitucionalidade das normas fundadas em decisões recorridas. Dessa forma, a eficácia desse controle esta apenas nas partes do processo, pois a lei ou ato normativo será declarado inconstitucional quando houver o intuito de garantir os direitos subjetivos das partes, onde a decisão acerca dessa constitucionalidade vai ser necessária apenas para solucionar o conflito pelo qual invocou o judiciário, tendo assim a eficácia inter partes. Bernardes (SCHULZE; GONÇALVES, 2013, s.p.) afirma que “o provimento judicial deverá pôr fim a litígio concreto e individualizado, numa verdadeira fiscalização e constitucionalidade”, com a tendência a resolver o conflito de interesses instaurado entre as partes. È o controle difuso que inaugura o controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

4 O sistema de constitucionalidade do controle concentrado

O controle de constitucionalidade concentrado não engloba as discussões sobre direito subjetivo de qualquer uma das partes. Assim, a fiscalização constitucional é a discussão em si desta ação. O

Superior Tribunal Federal é o órgão do Poder Judiciário guardião da Constituição Federal, já o Superior Tribunal de Justiça é o guardião da Constituição Estadual; dessa forma, cada qual irá julgar dentro da sua competência as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN). Segundo o próprio STF (apud MORAES, 2014, p. 756), a possibilidade de fiscalização da constitucionalidade de forma concentrada por meio da ADIN exige uma relação de contemporaneidade entre a edição de ato normativo ou lei e a vigência da Constituição. Todavia, se houver a ausência dessa relação, será permitida apenas a análise em cada um dos casos concretos de compatibilidade ou não daquela norma editada antes da Constituição e de seu texto. Desde que estejam presentes todos os requisitos exigidos para que se possa ingressar com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o STF entendeu que é possível o controle concentrado a lei anterior à edição da Constituição Federal de 1988, conforme os termos da Lei nº 9.882/99, criando o verdadeiro controle concentrado no ordenamento jurídico brasileiro.

As ações de inconstitucionalidade serão propostas por quem de fato tem a legitimidade, assim, nas previsões elencadas dentro dos artigos 102, inciso I, “a”, e 125, § 2º, deixa aberta a possibilidade de impugnação em relação objeto, relativo à competência para o processo julgar. Dessa forma, será inadmissível ação de inconstitucionalidade perante o STF ou perante o Tribunal de Justiça local, inexistindo assim um controle concentrado de constitucionalidade, pois o único controle de lei e de ato normativo municipal em face da Constituição Federal que admite é controle difuso. Assim, o STF entende não ser possível o controle concentrado nessa hipótese pelo Tribunal de Justiça, pois em âmbito estadual o efeito seria erga omnes, que deixaria de exercer sua missão constitucional de guardião da Constituição Federal (MORAES, 2014, p. 754-755).

A Constituição Federal não foi clara na previsão do controle de constitucionalidade concentrado de suas leis ou atos normativos,

porém, o art.32 da Carta, fala que o Distrito Federal possui suas competências administrativas e legislativas cumuladas com os Estados e Municípios. O STF entendeu que, em casos assim, é possível a ação direta de inconstitucionalidade em face da lei ou ato normativo do Distrito Federal, desde que no exercício da competência estadual afronte a Constituição Federal de 1988. Porém, será inadmissível o controle concentrado de lei ou ato normativo distrital, dentro da Constituição Federal (STF apud MORAES, 2014, p. 755)

Casos em que não cabe a ADIN: Leis anteriores a atual constituição- se propõe em casos de leis contemporâneas a atual Constituição. É permitido a análise em cada caso concreto da compatibilidade ou não da norma editada antes da atual constituição com seu texto. É o fenômeno da recepção, quando se dá uma nova roupagem formal a uma lei do passado que está entrando na nova CF. Contra atos administrativos ou materiais. Contra leis municipais Quem estiver com legitimidade para propor uma ADIN, não pode pedir a sua desistência, pois a mesma é regida pelo princípio da indisponibilidade, nem cabe a sua suspensão. No controle concentrado também não cabe a intervenção de terceiros.

Assim, a compatibilidade dos atos normativos e das leis que são anteriores a nova Constituição Federal serão resolvidas pela recepção, pois a ação direta de inconstitucionalidade não é um instrumento juridicamente idôneo ao exame da constitucionalidade dos atos normativos advindos de edições em momentos anteriores a Constituição Federal de 1988, vigente no ordenamento jurídico brasileiro. Em análise, Brossard diz que a razão de que as leis que são anteriores à Constituição Federal não podem ser inconstitucionais em face da mesma, que veio entrar em vigência mais tarde. Se ambas não entraram em consonância uma delas será revogada, levando em conta que a lei posterior revoga a lei anterior que com ela não for compatível (BROSSARD apud MORAES, 2014, p. 756).

A ação direta de inconstitucionalidade não é um instrumento tão hábil para realizar o controle dos atos normativos infralegais em relação às leis que estão por se referir, caracterizadas pela inobservância do dever jurídico de subordinação normativa à lei, escapando do objeto previsto pela Constituição Federal. Assim, o STF elenca que “se o ato regulamentar vai além do conteúdo da lei, ou se afasta dos limites, pratica a ilegalidade e não inconstitucionalidade, pois não se sujeita a jurisdição constitucional” (STF apud MORAES, 2014, p. 756).

Constituinte do controle de constitucionalidade concentrada tem ação direta de inconstitucionalidade, respaldada no art. 102, inciso I, “a” da Constituição Federal de 1988, sendo regulado também pela Lei nº 9.868/99, como já descrito anteriormente, e através dela que será examinada a norma que se deseja impugnar. Assim, a mesma é dividida em três espécies conhecidas como: genérica, por omissão e interventiva.

A ação declaratória de inconstitucionalidade genérica tem por objetivo retirar do ordenamento lei estadual ou federal incompatíveis com a Constituição federal para que esta lei seja invalidada, pois as relações não podem fundar-se em normas inconstitucionais, onde o STF tem a função de processar e julgar esses casos genéricos. O rol do art. 103 da Constituição elenca quem são os legitimados a propor essa ação, e assim, ao ser proposta, a mesma não está sujeita a nenhum prazo prescricional ou decadencial, pois os atos constitucionais não invalidam-se com o passar do tempo. Portanto, de acordo com Machado (2005, s.p.) após ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, os efeitos serão os seguintes:

Os efeitos serão: Ex tunc, retroativo como consequência do dogma da nulidade, que por ser inconstitucional, torna-se nula, por isso perde seus efeitos jurídicos; Erga omnes, será assim oponível contra todos; Vinculante, relaciona-se aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal. Uma vez decida procedente a ação dada pelo STF, sua vinculação

será obrigatória em relação a todos os órgãos do Poder Executivo e do Judiciário, que daí por diante deverá exercer as suas funções de acordo com a interpretação dada pelo STF. Esse efeito vinculante aplica-se também ao legislador, pois esse não poderá mais editar nova norma com preceito igual ao declarado inconstitucional; Repristinatório, em princípio vai ser restaurada uma lei que poderia ser revogada.

O juiz não poderá desconsiderar a decisão dada como inconstitucional pelo STF. Sendo assim, deve passar a cumprir o que foi determinado, pois se mesmo assim o juiz insistir e descumprir a nova ordem, ocorrerá a reclamação constitucional, buscando que se preserve a competência e a garantia do STF (MACHADO, 2005, s.p.).

É de competência do Poder Público adotar as medidas necessárias para a efetivação de determinada norma constitucional; sendo assim, quando a obrigação atribuída pela Constituição Federal foi cumprida, esta sendo garantida a sua finalidade de aplicação e eficácia da normal constitucional, podendo o Poder Público criar ou regular uma nova lei ou ato normativo, ocorrido de uma inconstitucionalidade por omissão, resultado da inercia do legislador na falta de uma ação que regulamentasse a lei. Assim, essa forma negativa do Poder Público em manter-se omissos faz com que se resulte na inconstitucionalidade por omissão. Os legitimados a propor são os mesmos da genérica, e para que seja evitada a inércia, existem os mecanismos utilizados como o mandado de injunção no controle difuso, e como ação direta de inconstitucionalidade por omissão dentro do controle concentrado, conforme versa Machado (2005, s.p.):

Ao declarar a ADIN por omissão, o STF deverá dar ciência ao Poder ou órgão competente para, se for um órgão administrativo, adotar as providências necessárias em 30 dias. Caso seja o Poder Legislativo, deverá fazer a mesma coisa do órgão administrativo, mas sem prazo preestabelecido. Uma vez declarada a inconstitucionalidade e dada a ciência ao Poder Legislativo, fixa-se

judicialmente a ocorrência da omissão, com seus efeitos. Os efeitos retroativos da ADIN por omissão são *ex tunc* e *erga omnes*.

As ações diretas de inconstitucionalidade com caráter interventivo são previstas pelo art. 34, inciso VII da Constituição Federal de 1988, fundamentando-se na defesa dos princípios sensíveis, sendo denominados assim devido a não observância do estado ou Distrito Federal no exercício das suas competências, acarretando sanção política grave. O Presidente da República é quem vai decretar essa inconstitucionalidade interventiva, dependendo de requisição do STF, limitando a suspender a execução do ato impugnado. Esta ADIN pode ser provocada ou espontânea, decretada por vontade própria ou por algum poder ou órgão. Assim, uma vez que seja decretada a intervenção, não haverá um controle político onde a Constituição Federal exclui a necessidade de que o Congresso Nacional faça a apreciação. Através de Decreto presidencial é que serão publicados a duração e os limites, até que retorne a normalidade (MACHADO, 2005, s.p.).

Com a finalidade de afastar a incerteza jurídica e evitar as interpretações e contrastes que estão nos textos normativos, encontra-se a ação declaratória de constitucionalidade (ADC). Gilmar Mendes conceitua essa ação como uma “ação direta de inconstitucionalidade com o sinal trocado”. Pois aqui o Supremo Tribunal Federal se transforma em uma espécie de legislador de segunda instância, onde sua tarefa é a de carimbar as leis que protejam e respeitem a jurisdição através do seu controle. Só poderão ser o objeto dessa declaração de constitucionalidade os atos normativos abstratos que emanem da União e sejam posteriores à Emenda Constitucional. Os legitimados para a propositura da ação são o Presidente da República, o Procurador Geral da República, o Senado Federal e a Câmara de Deputados. Após a decisão do mérito, seja para acatar a constitucionalidade dessa lei ou ato, seja para impugna-lo, vai produzir efeitos vinculantes além do efeito *erga omnes* (COELHO, 2011, s.p.).

A conhecida ADPF ou arguição de descumprimento de preceito fundamental é ação constitucional, presente na Constituição Federal, integrada ao sistema constitucional concentrado. A finalidade de uma ADPF é a de evitar ou reparar lesão não só ao preceito fundamental, mas também de ato do poder público, seja ele normativo ou administrativo. Assim, a doutrina elenca duas ADPF, veja-se:

a) Arguição autônoma- pode ser inserida no artigo 1º da lei em questão, por ter como objetivo prevenir ou reprimir lesão a algum preceito fundamental, resultante de ato do poder público. Logo, essa espécie tem como pressuposto a inexistência de qualquer outro tipo de meio eficaz que possa evitar a lesividade. b) Arguição incidental- essa espécie enquadra-se no inciso I do artigo e lei anteriormente citados. A arguição incidental, ou por equiparação em relação ao seu objeto, é mais restrita e exigente. Isso se justifica pelo fato de que para propô-la deve existir controvérsia de extrema relevância a lei ou ato normativo federal, estadual, ou municipal e também as anteriores a atual constituição. (MACHADO, 2005, s.p.).

Em ambas as ADPF, o STF irá processar e julgar a ação de acordo com a maneira correta, na qual irá apreciar a questão posterior, se achar procedente, processar e julgar. Poderá ajuizar a ADPF os mesmos legitimados da ADIN previstos no rol do art. 103 da Constituição Federal de 1988, sendo que o princípio da subsidiariedade presente na Lei nº 9.882/99, apresenta os requisitos específicos para a propositura da ADPF, quando não existir nenhum outro meio para acabar com as controvérsias constitucionais, de maneira ampla, imediata e geral. (MACHADO, 2005, s.p).

Conclusão

A Constituição Federal é o pilar do ordenamento jurídico brasileiro, onde se deve buscar a efetivação na aplicação das normativas nela contidas, não podendo que as demais normas do

ordenamento a contrariem sem ser analisadas. Assim, todo o conjunto constituinte do sistema do controle de constitucionalidade visa manter o equilíbrio da legislação.

No controle difuso as normas estão dentro de um conjunto que envolve os interesses subjetivos divergendo do controle concentrado, que se analisa o texto da norma. Assim, diante dessa complexidade do controle de constitucionalidade dentro do ordenamento jurídico, pode-se enfatizar que o mesmo faz um trabalho de controlar a qualidade das normas oferecidas e perceber se as que estão em existência não afrontam a Constituição Federal.

Referências

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoComplado.htm>.

Acesso em: 20 de nov. de 2016.

BRASIL, **Constituição de 1891** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24_fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>.

Acesso em: 20 de nov. de 2016.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

COSTA, Alexandra Araújo; CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de; FARIAS; Felipe Justino de. Controle de constitucionalidade no Brasil: eficácia das políticas de concentração e seletividade. **In: Revista Direito GV**, n.1, v. 12, Jan-Abr 2016. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/43305047/59459-125960-1-PB.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAJ56TQJRTWSMTNPEA&Expires=1480259820&Signature=TE4xXP8uuTUe494tKerjA7ycYWE%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DControle_de_Constitucionalidade_no_Brasi.pdf>. Acesso em: 28 Nov. 2016.

COÊLHO, Bruna Fernandes. Sistemas de Controle de Constitucionalidade. **In: Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 20 Abr. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31804&seo=1>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

CORRÊA, Daniel Marinho. O Controle de Constitucionalidade das Leis a partir da Constituição de 1988. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9845>. Acesso em: 28 Nov. 2016.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Mariana de Moura. Controle de constitucionalidade: Abordagem sistemática no tocante aos temas centrais do controle de constitucionalidade: conceitos, modalidades, legitimidade e tipos de controle, por via incidental e ação direta. **In: Direito Net**, 18 Fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1924/Controle-de-constitucionalidade>>. Acesso em: 28 Nov. 2016.

MENDES, Gilmar. O controle da constitucionalidade no Brasil. **In: Superior Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 28 Nov. 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHULZE, Clenio Jair; GONÇALVES, Yáskara Luana. O controle de constitucionalidade brasileiro. **In: Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3703, 21 ago. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24965>>. Acesso em: 28 Nov. 2016.

Direitos civis na contemporaneidade

**Liberdade de expressão e o direito à sátira no
direito brasileiro:
abusos, limites e tensões
no Brasil contemporâneo**

*Bruna Marques Wojahn*¹

*Iuri Bolesina*²

“Então, quando você faz uma piada politicamente incorreta, no sentido, quando você é racista, você não está fazendo nada de transgressor. Nada de transgressor. Você está assinando embaixo da realidade. Você está falando assim: o mundo é desigual e eu estou rindo disso” (Antonio Prata – O Riso dos Outros).

¹ Acadêmica de Direito da IMED.

² Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Meridional - IMED. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogado. Professor. Coordenador da Escola de Direito na Faculdade Meridional - IMED. Endereço eletrônico: iuribolesina@gmail.com.

1 Introdução

A ficção do âmbito jurídico faz com que todas as áreas da vida em sociedade sejam alcançadas pela noção de norma jurídica. Norma jurídica, como resultado da interpretação, é um elemento fluído que, de tempos em tempos, por influxos diversos, gera como consequência revogações, adaptações, atualizações e criações.

O direito à liberdade de expressão não é imune deste contexto. A alteração de seu conteúdo perpassou por mecanismos nem sempre institucionais. No passado brasileiro, por exemplo, quando a censura predominava, aparecia a sátira como uma forma de revolução. Era a forma da liberdade de expressão estar sendo usufruída, através de desenhos, expressões, metáforas, piadas, etc. Era necessário se valer dessa ferramenta para que a opinião pública pudesse ser de alguma forma propagada, mesmo que indiretamente, sem que viesse a contrariar de forma explícita o governo ditatorial da época.

Atualmente, findado o período ditatorial, a sátira permanece como um mecanismo de crítica, mas também pode aparecer como meio de opressão. Não raro, o direito fundamental à liberdade de expressão desarmoniza-se constitucionalmente diante de outros direitos fundamentais, como a imagem, a honra e a identidade, por exemplo. Inicia-se, então, um processo de averiguação do abuso de direito à liberdade de expressão, o qual pode levar a sua restrição parcial e posterior, em face de dado caso concreto.

A questão que se põe para análise é, pois, em que sentido tem-se apontado o abuso de direito à liberdade de expressão veiculada em sátiras? Para tanto, vale-se do método dedutivo, observando-se casos concretos, jurisprudência e a doutrina.

Nessa linha, será estudado no presente artigo o direito de livre expressão com ênfase na sátira, tal como aqueles direitos em que preponderantemente entram em mais conflito, e por fim uma análise de casos específicos da atualidade.

2 Contornos atuais do direito à liberdade de expressão

A noção jurídica contemporânea de liberdade de expressão encaixa-se no âmbito das denominadas liberdades comunicativas, as quais abrangem, dentro outros direitos, a liberdade de imprensa, a liberdade de cátedra e a liberdade artística, a liberdade científica. Como se percebe, todos estes direitos são, de fato, formas de expressão. No Brasil, diversas são as previsões legais que tutelam as liberdades comunicativas. Só na Constituição Federal de 1988, por exemplo, aparece claramente nos arts. 5º, IV, VI, VIII, IX e XIV; 206, 215, 220 a 224.

Expressam eles, na verdade, um conteúdo intelectual e/ou sentimental, individual ou coletivo, em geral, um pensamento. Daí a razão de dizer-se que a liberdade de expressão é a concretização da liberdade de pensamento, pois a primeira anda na direção da exterioridade, enquanto a segunda caminha no sentido da interioridade. Há, portanto, uma inter-relação direta entre ambas o que impõe sua análise conjunta.

Contudo, diferentemente do que possa parecer, tanto a liberdade de pensamento quanto a liberdade de expressão estão inseridas em um campo político e de controle social. É falaciosa a ideia de que o pensamento cabe somente a própria pessoa³, tendo ela total controle sobre ele. Bem sabe-se que não há neutralidade nas instituições e institutos criados em sociedade; eles sempre partem de alguma premissa que privilegia certas posições em detrimento de outras. Neste sentido, desde sempre há um pré-condicionamento da forma de pensar⁴ (COELHO, 2003, p. 397-398).

³ Para ilustrar, note-se a passagem de Bueno (1958, p. 384), na qual ele afirma o seguinte: “[...] a liberdade de pensamento em si mesmo, enquanto o homem não a manifesta exteriormente, enquanto o não comunica, está fora de todo poder social, até então é do domínio somente do próprio homem, de sua inteligência e de Deus”.

⁴ Apenas para exemplificar, note-se o que é lecionado – ainda no ensino fundamental – em certos livros de história do Brasil, algo como: “o Brasil foi descoberto pelos portugueses”. Esta linha de raciocínio leva a crer que antes o Brasil não existia; que nele não habitavam vidas humanas significantes; que a vida civilizada começa com os portugueses. A reiteração de tal raciocínio pode/tende a tornar a análise

Inobstante tal questão seja intrínseca a sociedade, a percepção jurídica contemporânea da liberdade pensamento avança em direção ao *forum internum* (MURDOCH, 2007), equivalendo ao direito de pensar livremente e poder fruir deste pensamento. Assim, quanto ao “pensar livremente”, tem-se como sendo perversas as formas de “lavagem cerebral” ou “doutrinação” que podem ser operadas dissimuladamente por Estados ou instituições (BULOS, 2010, p. 798). Por seu turno, o “poder fruir” conecta-se a uma dimensão positiva e outra negativa. Na positiva tem-se a possibilidade de expressar o pensado. Na negativa, tem-se a questão de não ser obrigado a pensar (de uma forma) ou expressar o pensamento (SILVA, 2006, p. 244).

Ambas, liberdade de pensamento e liberdade de expressão (em um sentido amplo de liberdade comunicativa) são elementos centrais dos Estados adjetivados de democráticos. Isto porque, por um lado, atendem aos anseios da individualidade pessoal, preservado e possibilitando o aparecimento de identidades pessoais ou coletivas; e, por outro lado, viabilizam a arena pública-política do debate da pluralidade de ideias e racionalidades que convivem em uma sociedade (MATSUI, 1991, p. 13). Quanto a isto, então, é função de um Estado Democrático de Direito agir em três sentidos concomitantemente: respeitar, proteger e promover (não ser discriminado, nem violado pelo exercício regular destes direitos, bem como poder gozar de mecanismos para a fruição destes direitos). É o que se tem denominado amplamente como “dever de proteção aos direitos fundamentais”, neste caso, aplicado as liberdades de pensamento e de manifestação.

Tradicionalmente em Estados Democráticos de Direito, a censura é vista como a grande inimiga das liberdades comunicativas. Ela age como policiamento político (em sentido amplo) de certas ideias criando tabus de “certo” e “errado”, ou seja,

da colonização e das colonialidades menos crítica do que se privilegiada a ideia de que o “Brasil foi invadido, abusado e explorado pelos portugueses”.

de temas que podem e que não podem ser tratados⁵ (AGRA, 2010, p. 190).



(CASSIANO, 2007)

A censura – apesar de próxima – não equivale a noção de “licença”, que é o meio pelo qual o Estado autoriza ou não certas formas de manifestação, a partir do atendimento prévio de certas exigências (que podem ser pertinentes, por exemplo, quando visam a segurança do público ou impertinentes, caso em que se está diante da prática da censura travestida de licença – a licença pode aparecer como um mecanismo de concretização da censura). Ainda, diferente é a “regulamentação prévia” e a “classificação indicativa” que, no Brasil, por exemplo, são utilizadas como meios de informar e

⁵ “Censura é o uso pelo Estado ou grupo de poder, no sentido de controlar e impedir a liberdade de expressão. A censura criminaliza certas ações de comunicação, ou até a tentativa de exercer essa comunicação. No sentido moderno, a censura consiste em qualquer tentativa de suprimir informação, opiniões e até formas de expressão, como certas facetas da arte. O propósito da censura está na manutenção do status quo, evitando alterações de pensamento num determinado grupo e a consequente vontade de mudança. Desta forma, a censura é muito comum entre alguns grupos, como certos grupos de interesse e pressão (lobbies), religiões, multinacionais e governos, como forma de manter o poder. A censura procura também evitar que certos conflitos e discussões se estabeleçam [...] Muitas vezes a censura se justifica em termos de proteção do público, mas na verdade esconde uma posição que submete os artistas ao poder do estado e infantiliza o público, considerado como incapaz de pensar por si próprio” (MORAES, 2008).

orientar o público acerca da natureza de certa manifestação – especialmente artística –⁶.

A vedação à censura e à licença prévia está prevista na Constituição Federal no art. 5º, IX, corporificando-se em um direito fundamental. Logo, enquanto direito fundamental, tem-se que não é absoluto e, em certos casos, pode sofrer limitações, sobretudo quando os interesses afetados mostrarem-se mais pertinentes. É o caso das publicidades que incitam ódio, discriminação ou comportamentos nocivos para o desenvolvimento de crianças e adolescentes. Porém, nem toda restrição é mansa, algumas trazem consigo grandes polêmicas, especialmente aquelas justificadas em elementos vagos como “bons costumes”, “interesse público”, “bem-estar social”, “moral” e “paz social” (MARMELSTEIN, 2013, p. 122-127). Sublinha Mello (2005, p. 603) que, visando elidir qualquer tipo de censura, as restrições preferencialmente ocorrem posteriormente (em geral pelo Poder Judiciário) e diante de elementos que efetivamente demonstrem o prejuízo a outros interesses. Segue-se a lógica das restrições aos direitos fundamentais, as quais são sempre contextuais.

Por oportuno, percebe-se que o pensamento e a sua manifestação podem ser limitados com base no seu conteúdo (difamação, discriminação, apologias à ilegalidade), bem como em vista da sua forma (barulho excessivo, pôsteres que atrapalham o tráfego, manifestações que causem obstruções desmedidas das vias

⁶ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. [...] § 3º Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

públicas, fogos de artifício que expõem terceiros ao perigo) (MATSUI, 1991, p. 21-37).

Por fim, vale notar que, em certas oportunidades, a liberdade de pensamento e manifestação pode veicular uma violação a direito alheio que, jurídica e socialmente está invisibilizada, isto é, aparece como legal e socialmente aceita e, portanto, como se nada viola-se. Por ilustrativo – mas não exaustivo – ilumina-se o caso de algumas falas polêmicas e das comédias *stand up* que, escudadas pela justificativa da liberdade de opinião ou da piada, defendem a possibilidade de realizar falas opressoras e discursos de ódio⁷, ainda que assim não as percebam. E esse não-perceber é a caricatura da alienação no que tange ao fato de se residir em uma sociedade opressora.

Atualmente alguns os movimentos sociais, bem como formadores de opinião, também estão denunciando estas violações que podem ser diretas, indiretas ou simbólicas. São taxados por alguns como “politicamente corretos” ou “geração mimimi”. Cabe questionar: “mimimi” é o negro/obeso/gay/mulher/pessoa com deficiência que defende condições de respeito a sua condição (não opção) ou o “aquele” que se indigna de não poder mais se apropriar

⁷ “[...] vivemos todos numa sociedade impregnada pelo preconceito, cujas práticas sociais tendem a reproduzir e reforçar as suas estruturas de hierarquia e dominação. Assim, como seres enraizados, somos todos de alguma maneira racistas, machistas e homofóbicos, ainda que às vezes sem saber. Por isso, grande parte dos nossos atos expressivos certamente contém, ainda que de maneira velada, os traços destas nossas pré-compreensões desigualitárias.” (SARMENTO, 2006, p. 52). Os discursos de ódio (*hate speech*) podem ser entendidos como as falas que manifestam e/ou incitam ódio, preconceito e/ou discriminação contra certas pessoas ou grupos, notadamente àqueles entendidos como minorias, em razão de suas identificações de etnia, de gênero, de sexualidade, de crença, de consciência, dentre outras igualmente sensíveis (TRAVASSOS, 2013, p. 291). Juridicamente, a discussão desenvolve-se em torno do acolhimento ou não dos discursos de ódio pelo direito à liberdade de expressão. De um lado defende-se que Estados Democráticos devem tolerar toda e qualquer manifestação. De outro lado, entende-se que Estados Democráticos devem manter certas limitações, com fito à respeitarem-se as diferenças e prestigiar-se a igualdade. Na conclusão de Mendes (2008), trata-se de questionar os próprios limites da (in)tolerância e do (des)respeito: “O tema é, sem dúvida, um tanto paradigmático, pois nos leva a questionar a respeito dos próprios limites da liberdade de expressão, nos obriga a refletir sobre a necessidade de se diferenciar a tolerância do dissenso e a examinar a impossibilidade de se tolerar a intolerância, em vista de seu potencial disseminador do ódio em sociedades democráticas”.

de um contexto histórico-sociocultural de aviltamento do negro/obeso/gay/mulher/pessoa com deficiência para poder fazer uma manifestação desrespeitosa? Logo, as irresignações daqueles que manifestam discursos opressores parece inverter a lógica: realiza uma inversão ideológica em nome da liberdade de expressão para, a partir dela, violar direitos de terceiros (BOLESINA, 2017, p. 218-220). Afinal, é engraçado para quem?



(BECK, 2015)

E isso não significa que toda e qualquer piada, crítica, manifestação polêmica seja uma opressão. Deve-se ser crítico para perceber que, sem um filtro democrático, é possível enxergar violações ou preconceitos em tudo (SARMENTO, 2006, p. 52). Trazendo para o concreto, por exemplo, o problema não está na piada com o “gay”, está, na verdade, no fato de uma piada manter os preconceitos e estereótipos negativos sobre o “gay”, ao invés de enfrentá-los.

A discussão, portanto, perpassa a questão dos limites da liberdade de expressão, em um ambiente substancialmente democrático. É fácil defender a liberdade de expressão, até mesmo a necessidade de certos limites a ela. O árduo, por seu turno, é a fixação dessas restrições. Certas limitações ou mesmo punições podem advir de determinadas falas e, salvo melhor juízo, tais restrições são necessárias para o exercício democrático da expressão.

3 (Há um) direito de sátira (?): abusos, limites e tensão no Brasil contemporâneo

3.1 A Sátira em si

Em um sentido comum e difundido gramaticalmente, a sátira é considerada uma espécie de gênero da literatura com origem na poesia e na prosa, tendo como objetivo a ridicularização de vícios, preconceitos, detalhes e imperfeições. Volta-se para pessoas, grupos e/ou situações, visando o cômico e/ou o crítico-cômico.

Em outra esfera, há controvérsias em termos de definição da sátira, no sentido de que não é possível haver algo que a defina por completo, tendo em vista as diferentes formas em que ela pode estar demonstrada, sendo literária, artística, e ainda dentro do âmbito artístico e literário há subdivisões, as quais algumas delas seriam: teatro, cinema, *stand up*, caricaturas, sátira barroca, romana dentre outras. No que se refere a não conseguir elencar uma definição propriamente dita para a sátira, alguns autores posicionam-se pelo fato dela ser multiforme.



(DAHMER, 2014)

A sátira tem como potencial e desiderato provocar, ao mesmo tempo, o riso por meio da comédia e/ou da crítica. Em termos sociojurídicos, a sátira goza de certa blindagem, no sentido de que ser

tolerada culturalmente e não haver mais formalmente limites legais – os quais são contextuais⁸. Nesse sentido vale mencionar:

Ninguna definición estricta puede abarcar la complejidad de una palabra qui significa, por un lado, un tipo de literatura [...], y por el outro un ánimo o tono burlón que se manifiesta en muchos géneros literarios pero que también puede entrar en casi cualquier tipo de comunicación humana (ELLIOTT *apud* HERNANDÉZ, 1993, p. 16).

Sendo assim, a incertezas da origem do termo continuará, porém pode-se perceber que na verdade a sátira será sempre tendenciosa ao contexto em que ela se encontrar, havendo a diferenciação de seu termo nas categorias pré-existentes em que for usada, possuindo a verossimilhança em um principal objeto, a crítica.

Algo importante a ser mencionado é o fator de a sátira não confundir-se com a comédia, pois enquanto a primeira usa-se para firmar algum tipo de opinião/crítica, a segunda serve de instrumento para a outra ser exteriorizada. A sátira é o conteúdo e a comédia é o veículo que transporta esse conteúdo.

[...] o tema que é ridículo pela matéria pode tornar-se satírico pela maneira: se o cômico é produzido para atacar a reputação de outrem, não se pode evidentemente falar de deformidade sem dor, apenas ridícula. O inverso também é válido: a matéria satírica pode ser transformada em apenas ridícula se o jogo verbal não é mais feito para agredir, mas para brincar ou ironizar com certa amabilidade. (HANSEN, 1991, p. 6)

A caracterização como cômica ou satírica, dá a importância do tratamento à matéria, bem como as diferentes formas em que pode ser empregadas, conjuntamente como aliadas, ou separadamente como conflitantes, tendo como finalidade a exposição de conteúdo crítico, podendo ser cômico ou não. Muitas vezes atrelado à ironia, à

⁸ A sátira tem limites bastante imprecisos [...] possuindo uma enorme capacidade de adaptação e disfarce [...] (LEITE, 1996, p. 40)

paródia e ao sarcasmo, a sátira consegue expressar o seu repúdio àquilo que ridiculiza.

3.2 Abusos e limites do direito de sátira

A liberdade de expressão é o direito fundamental o qual abrange o direito de sátira, sendo ele um dos direitos fundamentais protegido pela Constituição Federal. Ocorre que, salvo em face de pontuais previsões infraconstitucionais, ele, assim como os outros direitos fundamentais, estão em mesmo grau hierárquico, portanto nenhum desses direitos é mais relevante que o outro, devendo haver equilíbrio entre eles e causando que sua análise apenas possa ocorrer em casos concretos.

Tendo em vista que a sátira é a uma forma irônica de trazer certas críticas em questão, onde na grande maioria das vezes vale-se da hipérbole, de imagens e interpretações, envolvendo grupos, pessoas, acaba tendo por consequência o conflito entre outros direitos, atualmente, possibilitando que o alvo da sátira caso sentir-se lesado possa buscar reparação no âmbito jurídico.



(OLIVEIRA, 2016).

Trata-se do caso do abuso de direito, previsto no art. 187 do Código Civil, o qual prevê que: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. A figura do abuso de direito, neste sentido, pode acontecer

independentemente da intenção de lesar e, portanto, de culpa (em sentido amplo). Por tal razão, parte da doutrina entende que o abuso de direito configura hipótese de responsabilidade objetiva (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 292-293/319).

Sendo assim, a caracterização do abuso do direito aparece como uma limitação à livre manifestação do pensamento, estando o exercício do mesmo submetido a apreço de merecimento protetivo em cada caso específico. Ora, direito à liberdade de expressão não significa direito de ofender ou oprimir (MELLO, 2005, p. 603).

A Sátira, por possuir limites imprecisos e capacidade de camuflar-se (LEITE, 1992, p. 40) torna austera a configuração do abuso de direito, pois, como não há “regra formal” – apenas diretrizes – para que o abuso propriamente dito seja caracterizado ao ponto de haver responsabilidade civil, a verificação de tal abuso se dá somente nas situações fáticas. É somente nelas em que é possível sopesar tais direitos e julgar qual tem mereço de sobrepor-se ao outro naquele caso específico como será analisado a seguir.

Quanto ao Judiciário, afim de verificar o merecimento da tutela que prevalecerá no caso concreto, é suposto que se estabeleça medidas as quais devem dirigir a performance não somente do intérprete, mas, igualmente, do humorista, quando estiver criando as sátiras (COELHO, 2013, p.103). Passa-se a verificar alguns casos concretos para avançar na análise do direito à sátira.

3.3 Direito à sátira x direitos da personalidade

Diversas são as situações onde o direito de sátira acaba em colisão com outros direitos, de mesma espécie conforme já mencionado anteriormente. Um dos que mais entram em conflito com a sátira é o direito a imagem, onde as montagens em fotos ganham espaço, o uso das mesmas descontextualizadas, o exagero, a ridicularização, que de forma geral é bem aceita ao público/sociedade o qual é provocado, obtendo na grande maioria das vezes o riso como resultado.

Os excessos que são atribuídos, em um primeiro momento não geram, por si, teor de abuso, exceto se, elementos “graves” que lesem a dignidade da vítima, tendo presente elementos que caracterizam o abalo moral no caso concreto.

Exemplo icônico foi a recente manifestação visual direcionada para ex-presidenta Dilma, logo depois de um aumento no preço dos combustíveis. Como forma de crítica a tal aumento (especialmente em face de seus discursos políticos prévios), criaram-se adesivos com o rosto da então presidenta em corpo de outra mulher, com as pernas abertas. O adesivo era colado na entrada do tanque de combustível, “brincando” com a penetração sexual por meio da mangueira de combustível:



(Imagem veiculada em crítica ao aumento do valor dos combustíveis em 2015, durante o governo Dilma – Fonte: Internet)

Importante frisar, que não são somente as imagens de cunho humorístico que podem ter caráter de abuso e/ou violação do direito, mas todas aquelas em que são repercutidas no âmbito que for. Sendo ela desautorizada pelo titular, também pode haver o dever de reparar, mesmo que não tenha ensejado abalo ou depreciação da mesma, em virtude não só da imagem, mas também de outros direitos da personalidade, como a honra, a boa fama, a respeitabilidade⁹.

⁹ “Ao contrário do que sugere o dispositivo a tutela do direito á imagem independe do direito a honra. Quem veicula a imagem alheia, sem autorização, pode até fazê-lo de modo elogioso e com intenção de prestigiar o retrato. Nada disso afasta a prerrogativa que cada pessoa detém de impedir a divulgação de sua própria imagem, como manifestação exterior de sua personalidade” (SCHEREIBER, 2011, p.101).

Conforme Ivana Pedreira Coelho (2013, p.117), há filósofos e filólogos alemães que mencionam o cuidado em relação ao tempo da piada, tendo como exemplo piadas a respeito de funeral atual, onde as famílias têm potencial de restar ofendida com tais prosas, tendo como base o princípio da solidariedade, menciona ainda no mesmo sentido as piadas em que são feitas relacionadas a doenças de políticos, onde o enfoque fica atrelado a pessoa, e não ao cargo público que ela exerce.

Percebe-se que, o abalo moral, o sofrimento psíquico, dentre outros, são sintomas do dano moral, mas não o dano em si, daí porque se diga que o dano moral independa do entendimento da ofensa ou da efetiva dor. O dano moral seria, assim, a própria lesão à dignidade humana. Se assim não fosse, pessoas de tenra idade, pessoas com discernimento reduzido, dentre outras, não sofreriam dano moral. É exemplo do caso envolvendo o humorista Rafinha Bastos, Wanessa Camargo e seu filho que estava sendo gestado à época. Depois de exibida uma reportagem sobre cantora que estava grávida, o co-âncora programa televisivo CQC, Marcelo Taz, elogia a beleza de Wanessa, ao tempo que Rafinha retruca dizendo: comeria ela e o bebê; não estou ne aí!”. Como consequência direta, Wanessa e o filho (ainda feto) ajuízam demanda reparatória moral em face do autor e logram êxito. Em síntese, o Poder Judiciário ratifica que o dano moral independe de compreensão da ofensa, pois, não fosse isso, o filho gestado de Wanessa não poderia ser indenizado.

Resta ainda mencionar, que a instrumentalização da pessoa – sua coisificação –, sendo esta núcleo central do ordenamento jurídico, não deve ser admitida, menos ainda quando tenha como objetivo a interesses de outros e até mesmo de cunho patrimonial. A repersonalização do direito civil traz com efeito mais notável a proteção da pessoa humana e sua dignidade em primeiro lugar, evitando-se, por exemplo, abusos aos seus direitos da personalidade (TEPEDINO, 2008).

De outro lado, existe uma grande probabilidade de o direito à honra ser aquele que mais entra em conflito com o direito de sátira.

Por sua vez, Anderson Schreiber salienta de forma sucinta tal confronto:

Por um lado, é evidente a necessidade de proteção à reputação da pessoa, que não pode sofrer arrefecimento pelo simples intuito humorístico de quem pública um texto, uma caricatura ou uma fotomontagem. Por outro lado, a sátira representa manifestação da liberdade artística e intelectual, também tutelada constitucionalmente e calcada, por definição, no brincar nos costumes sociais, valendo-se, com frequência, de certa abordagem jocosa dos fatos públicos e das pessoas notórias (SCHEREIBER, 2011, p.87).

Insta salientar, que não é a qualidade do humor o núcleo da análise pelo poder judiciário, até mesmo pelo fato de esta não ser sua atribuição, mas sim do enquadramento do direito aos abusos e limites, os quais também é imposto pelos outros direitos da personalidade inerente a cada pessoa.

4 Um caso emblemático para encerrar: Rafinha Bastos x APAE

Uma pesquisa mais profunda certamente revelará inúmeros casos envolvendo abusos do direito de sátira ou humor por parte de humoristas dos mais diversos âmbitos de atuação. Isso ocorre por variados motivos, mas, também e certamente, por uma maior percepção e sensibilidade do público e dos juristas para com as chamadas violências indiretas e simbólicas¹⁰⁻¹¹ (BOURDIEU, 1989).

¹⁰ “O poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem” (BOURDIEU, 1989, p. 7). “A violência simbólica se ‘infiltra’ por toda a nossa cultura, legitimando os outros tipos de violência” (SARDENBERG, 2011, p. 1).

¹¹ Cultura, mídia, religião, moral, sistema econômico, etc. criam elementos simbólico que se invisibilizam, ou seja, se “normalizam” (são vistos como normais e corretos) e se naturalizam (são tidos como “naturais” e não culturais), os quais são reproduzidos inadvertidamente gerando um “padrão”: o tradicional, que, em razão do poder simbólico, é tido como normal, natural e correto. As violências simbólicas aparecem na perpetuação destes modos de ser como o “padrão” e na consideração de outros modos de ser como “estranhos” ou “não-normais”. Não raro, o “diferente” sofre outras violências por desviar-se desse “padrão”, as quais podem ser físicas e/ou psíquicas, diretas, indiretas ou simbólicas. As violências

O contexto atual passou a rechaçar situações antes toleradas. Certas piadas, por exemplo, fundadas em estereótipos ou condições “não-padrão” que antes eram facilmente aceitáveis pelo público de um modo geral, hoje, passam a não ser aceitas ou, no mínimo, questionadas¹². Isso não passou despercebido, tanto o é que, como reação contrária sobrevieram discursos questionando esse “condão de sensibilidade” e epitetando-o sob vários rótulos, dentre os quais o do “politicamente correto”.

Como o tempo e o espaço deste estudo não permitem uma análise mais ampla de casos, reserva-se a apreciação de apenas um caso: aquele envolvendo Rafinha Bastos e a APAE-SP. De início, note-se que Rafinha Bastos é conhecido por ser polêmico ao abordar temas igualmente polêmicos. Não raramente acaba parando nos ambientes do Judiciário com réu.

simbólicas são atos de opressão invisibilizados por serem lidos como “normais” ou “naturais”. Tais violências podem subjazer preconceitos, discriminações e outras opressões. Geralmente, a violência simbólica é primeiramente percebida pelos oprimidos, ao tempo que os opressores a acham normal-natural. São exemplos: crer na meritocracia-capitalista (e achar a desigualdade social natural); ser religioso e ter medo/adoração a deus (achar que o não-religioso é pessoa questionável); usar expressões como meia/esmalte “nude”; criar “papeis” do como é certo/errado ser “homem” ou “mulher”; a ideia de que opinião/piada podem ser preconceituosas (toleradas) em certos contextos; em falácias como às conexões: crianças são o “futuro” (e não o presente) do país, “quem não deve não teme” (ser inocente não quer dizer que você não será processado) e/ou a criminalidade é culpa da pobreza (como se os mais ricos fossem imunes ao crime), etc.)

¹² “Em data recente houve uma polêmica acerca da instalação de uma estação de metrô em Higienópolis, tradicional bairro da cidade de São Paulo, que reúne grande concentração da comunidade judaica. Em síntese, alguns moradores do bairro, tido como elitizado, supostamente questionaram a necessidade da linha metroviária no local, frequentado por “gente diferenciada” que não necessitaria daquele meio público de transporte. Não desejavam, em realidade, a popularização do bairro. Diante da celeuma causada pela posição aparentemente segregadora, um humorista conhecido como “Danilo Gentili” utilizou-se das redes sociais para divulgar a seguinte piada: “entendo os velhos de Higienópolis temerem o metrô. A última vez que eles chegaram perto de um vagão foram parar em Auschwitz”, em clara referência ao campo de concentração nazista utilizado no período da Segunda Guerra para exterminar judeus” (BRASIL, TJSP, Proc. n. 0100503-06.2012.8.26.0100, 2014).



(RICE)

No caso concreto, a piada que deu ensejo a busca pela reparação de dano a dignidade da pessoa humana, em prol dos integrantes da APAE foi a seguinte:

Um tempo atrás eu usei um preservativo com efeito retardante... efeito retardante... retardou... retardou... retardou... tive que internar meu pinto na APAE... tá completamente retardado hoje em dia... eu tiro ele prá fora e ele *grunhidos ininteligíveis*.

A APAE entendeu que saiu de cena a arte e o humor, restando o condão de puro insulto a dignidade da pessoa humana, bem como a imagem das pessoas com deficiência mental. A associação ajuizou demanda reparatoria¹³ em face do humorista pleiteando: (a) condenação do réu ao pagamento de (i) indenização pelos prejuízos causados à imagem da associação, (ii) ao valor de R\$ 10.000,00 a cada associado que venha a se habilitar nos autos e, por fim, (iii) em quantia a ser destinada ao Fundo de Direitos Difusos (FDD); (b) tutela de natureza cominatória, para que o réu se absteresse de vender, dispor à venda ou fazer circular por qualquer meio ou forma o DVD com o show “A Arte do Insulto” ou, alternativamente, que retirasse a menção feita à APAE e a pessoas com deficiência mental.

¹³ Processo n. 0100503-06.2012.8.26.0100. Foro Central da Comarca de São Paulo. 2ª Vara Cível.

Em sede de defesa, Rafinha, preliminarmente, defendeu a ilegitimidade ativa da APAE, bem assim a inadequação da via escolhida para a defesa de direito individual da associação. No mérito, sustentou, em síntese, que não houve dano, sobretudo porque goza de direitos fundamentais (expressão e profissão) de proteção constitucional, os quais não podem ser censurados. Ainda, advogou que as piadas não refletem sua opinião pessoal, tendo apenas o objetivo divertir a plateia.

O processo foi julgado antecipadamente pelo magistrado Tom Alexandre Brandão. A preliminar foi afastada e o mérito foi julgado totalmente improcedente. Nas suas razões, em máxima síntese, afirmou o magistrado (re)afirmou o a importância e o valor do humor. Criticou a atual tensão polarizada em torno do politicamente correto. Asseverou que o aspecto jurídico do humor deve ser considerado ao máximo, independentemente da qualidade e do conteúdo. Advogou que os humoristas, como regra, não nutrem qualquer desprezo pelas pessoas, instituições ou situações que gozam, apenas realizam conexões cômicas e satíricas. Disse que uma piada é apenas uma piada – pode ser infeliz, mas não necessariamente ofensiva em termos jurídicos – ressalvados caso pontuais em que pode lesar. Por fim, pontuou que não cabe ao Poder Judiciário dizer se uma piada é boa ou ruim¹⁴.

¹⁴ “O humor é uma importante forma de manifestação artística e cultural, instrumento relevante de compreensão dos grupos sociais ao longo da História. [...] vedação ou limitação ao humor esbarra em valores constitucionalmente garantidos e direitos fundamentais, tais como a liberdade de manifestação do pensamento (artigo 5º, IV, da Constituição Federal), da expressão da atividade artística (inciso IX) independentemente de censura ou licença, bem como o livre exercício da profissão (nas hipóteses de comediante profissional). [...] Vivemos num mundo aparentemente contraditório: de um lado, expandem-se formas novas formas de humor eschachado, como se percebe em programas televisivos, sites na internet ou em espetáculos de show do tipo stand up comedy”, como retratado nos autos. Em contrapartida, é cada vez mais perceptível uma exacerbação da sensibilidade da opinião pública, avessa ao humor “chulo” (ou talvez à explicitação dessa forma de humor) ou mesmo a qualquer tipo de exploração das diferenças. É um reflexo do “politicamente correto”. [...] Considero que, no aspecto jurídico, a expressão humorística deve ser respeitada num grau extremamente elástico, independentemente do tipo, da qualidade e, inclusive, do assunto tratado. Mesmo os temas que consistem em tabus sociais podem ser objeto de humor. [...] Pode-se questionar se o referido humorista foi feliz, ou não, em fazer uma brincadeira com uma matéria tão sensível. Pode-se mesmo afirmar que demonstrou grande falta de tato [...] Não é admissível sequer cogitar que o réu nutra algum tipo de desprezo em

Críticas a decisão não foram poucas, em geral apontando que o magistrado foi solipsista (decidiu confirme sua consciência deixando de lado aspectos jurídicos relevantes, bem como segregando o direito de áreas como a sociologia) e que a decisão se tornou um precedente – também simbólico – de que opressões vestidas de piadas/sátiras tendem a ser toleradas pelo Poder Judiciário. É interessante notar que, ao dizer que não cabe ao Judiciário dizer se uma piada/sátira foi feliz ou infeliz, de fato, o que o Poder Judiciário está dizendo é que apenas fatos mais graves, onde claramente houver dano – dano direto – poderão ser avaliados. Por consequência, violências indiretas ou simbólicas permanecerão toleradas.

5 Conclusão

A liberdade de expressão no cenário brasileiro contemporâneo é juridicamente considerada um direito fundamental. Apresenta-se, em certo sentido, a manifestação da liberdade de pensamento. Goza de especial prestígio jurídico – especialmente por representar simbolicamente a instância de resistência mais clara à ditadura brasileira –, mas, ainda assim, não é absoluta. Pode ser limitada – mas

relação aos portadores de deficiência física ou mental, assim como não é possível afirmar que as pessoas em geral tenham efetivamente problemas em relação às loiras, aos portugueses, aos gogos... Qualquer piada, desde a mais singela possível, pode dar azo a uma interpretação cruel. Ora, quem brinca dizendo que “mulher no volante, perigo constante” (minha avó fazia essa brincadeira!) pode ser tachado de machista, sexista, insensível à igualdade dos sexos, às conquistas das mulheres nas últimas décadas etc. Tudo isso para dizer que uma piada é, afinal, apenas uma piada. Simples manifestação cultural, um costume social, um atributo da inteligência humana. Não há, em regra, uma ofensa a quem quer que seja. A pior consequência de uma piada infeliz, que cruza os limites toleráveis da audiência, é o desprezo, o silêncio. [...] afirmar que uma piada é um ato ilícito não me convence. Atribuir ao Poder Judiciário a função de julgar uma piada é um verdadeiro nonsense: interpretar, com critérios tradicionais hermenêuticos do nosso ordenamento, uma manifestação humorística, equivale a propor uma ação de divórcio de Bentinho e Capitu [...]. Essa é a linha que, portanto, impede a análise das piadas noticiadas na inicial. Penso que a intervenção do sistema jurídico nesse tema é inócuo. Não se quer dizer que o humor poderá servir como excludente de responsabilidade em toda e qualquer manifestação. Evidente que é possível admitir, em determinadas situações, a colisão entre princípios fundamentais da liberdade de expressão e a proteção dos direitos da personalidade. [...] Em conclusão: o juiz não pode dizer se a piada é boa ou ruim, se o humor tem qualidade ou não tem. Ante o exposto, julgo improcedentes os pedidos iniciais” (BRASIL, TJSP, Proc. n. 0100503-06.2012.8.26.0100, 2014).

nunca censurada – por questões de conteúdo ou forma que ofendam outros bens jurídicos igualmente relevantes.

Como fruto direto da liberdade de expressão está à liberdade de sátira. Sua definição sócio-jurídica não é precisa, fazendo com que seu conceito seja parcialmente indeterminado e fluído. Pode abarcar manifestações orais, escritas, desenhadas, performadas, dentre tantas outras. A sátira/piada pode aparecer em inúmeras formas e, por isso, é considerada um camaleão performático. Em seu bojo estão as sátiras em si, as piadas, os sarcasmos, as ironias, e outras que contenham um conteúdo voltado para o cômico e/ou para o cômico-crítico.

Essa multiplicidade formas é também quanto aos conteúdos e a forma de expô-los. Algumas são veladas e outras são expressas; algumas são sutis e outras agressivas. Fato é que a sátira/piada é sempre direcionada para uma pessoa, um grupo, uma instituição ou uma situação. Quando ela os atinge pode lesar outros direitos, em especial dos da personalidade. Daí que se diga que se comete abuso de direito: abuso do direito à liberdade de expressão.

Contudo, algumas sátiras/piadas jogam com estereótipos ou preconceitos que são tolerados por parte significativa da sociedade, mas que, não por isso, deixam de ofender/lesar certas pessoas. Assim, tais sátiras/piadas jogam de modo indireto ou simbólico. Quando questionadas, escudam-se no argumento do “é apenas uma piada”.

O caso analisado do processo judicial entre Rafinha Bastos e APAE-SP é um exemplo destes em que a violência perpetrada é indireta ou simbólica. Isto é, o humorista não apontou diretamente para um aluno da APAE, mas valeu-se da tolerância social para com o uso da expressão pejorativa “retardado” para reforçar o estereótipo negativo em relação as pessoas com deficiência mental.

Quando confrontado, a resposta foi simples: “é apenas uma piada”; e a resposta do Judiciário foi ainda mais clara: “foi apenas uma piada e não cabe ao Judiciário avaliar se as piadas são boas ou ruins”. Quando o Judiciário afirma isso está obliquamente reiterando a

tolerância social com certas violências indiretas ou simbólicas, pois reserva-se apenas a análise de violências ou lesões gritantes.

De fato, não se trata de impor aos tribunais avaliar a qualidade do humor ou mesmo a definição da sátira propriamente dita, mas sim a verificação se de fato houve a violação de direitos em cada caso concreto.

Por adendo, note-se que, quando fala-se em dano, logo cogita-se a reparação pecuniária. Todavia, a reparação de direito violado não necessariamente se resume a indenização, mas também possibilita cumulativamente ou singularmente que haja retratação por parte do ofensor, abstenção de algum tipo de piada ou propriamente de referir-se a determinada pessoa, tendo como relevância a repercussão causada a honra do ofendido.

Nas sátiras deve-se ter equilíbrio daquilo que seja socialmente aceitável com o exagero. A reflexão é no sentido de evitar-se o abuso, ultrapassando os limites, mormente em relação a estereótipos culturais pré-existentes, a fim de que seja evitado qualquer tipo de discriminação e humilhação que atentem com profundidade a dignidade da pessoa humana.

Referências

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BECK, Alexandre. **Politicamente correto**. 2015. Disponível em: <<http://www.facebook.com/tirasarmandinho>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

BOLESINA, Iuri. **O direito à extimidade**: as inter-relações entre identidade, ciberespaço e privacidade. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: DIFEL, 1989

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo n. 0100503-06.2012.8.26.0100**. Foro Central da Comarca de São Paulo. 2ª Vara Cível. Magistrado: Tom Alexandre Brandão. 2014.

- BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CASSIANO, Guto. **Censura Livre**. 2007. Disponível em: <<http://gutocassiano.blogspot.com.br/2007/06/censura-livre.html>>. Acesso em: 01 ago. 2017.
- COELHO, Ivana Pedreira. Direito de Sátira: Conflito e Parâmetros de Ponderação. *In*: SCHEREIBER, Anderson (Coord.) **Direito e mídia**. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.
- COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DAHMER, André. **Palestra sobre os novos tempos**. 2014. Disponível em: <<https://www.facebook.com/malvadoshq>>. Acesso em: 01 ago. 2017.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; e ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. Atlas. São Paulo, 2015.
- HANSEN, J. A. **Anatomia da Sátira**. Conferência apresentada na Faculdade de Ciências e Letras de Araraquara, 1991.
- HERNANDÉZ, Guillermo E. **La sátira chicana: um estúdio de cultura literaria**. Coyocan: Siglo Veintiuno, 1993.
- LEITE, S. H. T. A. **Chapéus de palha, panamás, plumas, cartolas**: A caricatura na literatura paulista (1900-1920). São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1996.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MATSUI, Shigenori. **Freedom of expression in Japan**. *In*: Osaka University Law Review, n. 38:13, pp. 13-42, 1991.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria. Liberdade de expressão. *In*: Rocha, Fernando Luiz Ximenes; Moraes, Filomeno (Orgs.). **Direito Constitucional Contemporâneo: homenagem ao professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, pp. 595-606, 2005.

MORAES, Júlio. **O que é censura?** 2008. Disponível em: <<http://juliomoraes.blogspot.com.br/2008/07/o-que-censura.html>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

MURDOCH, Jim. **Protecting the right to freedom of thought, conscience and religion under the European Convention on Human Rights**. Strasburgo: Council of Europe human rights handbooks - Council of Europe, 2012.

OLIVEIRA, Marco. **Politicamente correto**. 2016. Disponível em: <<http://www.overdosehomeopatica.com/2016/06/politicamente-correto.html>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

SARDENBERG, Cecília M. B. **A violência simbólica de gênero e a lei “antibaixaria” na Bahia**. 2014. Disponível em: <<http://www.observe.ufba.br>>. Acesso em: 01 ago. 2017.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**. 2006. Disponível em: <<http://docslide.com.br/documents/a-liberdade-expressao-e-o-problema-do-hate-speech.html>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

SCHEREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. Hate speech e Liberdade de expressão. *In*: SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, pp. 281-303, 2013.

**Conceito e substituição de
“produtos essenciais”:
considerações em face do código de proteção e
defesa do consumidor e do projeto de lei
nº 7.768/2014**

*Diogo Dal Magro¹
Valkiria Briancini*

1 Introdução

O advento da legislação consumerista em muito contribuiu para a regulação das relações de consumo, principalmente em se tratando das condições de vulnerabilidade que normalmente o consumidor apresenta, se comparado ao fornecedor. Os avanços também estão presentes no que diz respeito à substituição de produtos viciados, característica presente nos atuais moldes de produção e que deve ser levada em conta para que não sejam causados eventuais danos ao consumidor.

Nesse sentido, com o intuito de garantir ao consumidor maior eficiência na solução de problemas envolvendo produtos com vício, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor estipulou, em seu artigo 18, § 3º que “O consumidor poderá fazer uso imediato das

¹ Acadêmico de Direito da IMED.

alternativas do § 1^o deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.”. (BRASIL, 1990). Assim, em se tratando de produto essencial, o consumidor não é obrigado a esperar o prazo de 30 (trinta) dias para poder exigir do fornecedor, entre outras opções, a substituição do produto.

Ocorre que, ao referir-se aos produtos essenciais, o CDC apresenta-se totalmente vago, não preenchendo nenhuma lacuna quanto ao que pode ser configurado como produto essencial e o que não é possível enquadrar como tal.

No que tange à doutrina, embora os autores, em sua maioria, apresentem algumas considerações a respeito dos produtos essenciais, como conceito e exemplos, a mesma demonstra-se insuficiente para que, na prática cotidiana, alguns casos dubitáveis possam ter sua controvérsia sanada. Esta circunstância acaba por colocar o consumidor em uma situação de desvantagem perante o fornecedor, que pode se recusar a substituir imediatamente um produto viciado que, para o consumidor, tem caráter essencial.

É a partir disso que pode-se apresentar uma indagação que expresse o Problema de Pesquisa deste trabalho, qual seja: Como conceituar os produtos tidos como essenciais e qual a consequência da existência de um rol taxativos para os casos de substituição imediata destes produtos?

Como já exposto, embora a doutrina apresente um conceito para produtos essenciais, este mostra-se insuficiente para, faticamente, compreender-se o que pode ser configurado como produto essencial. Assim, como Hipótese para o Problema de Pesquisa, pode-se propor a necessidade de elaboração de um conceito que seja a síntese dos conceitos já postos pela doutrina, a

² “§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço.”. (BRASIL, 1990).

fim de que se possa configurar, *in concreto* – ou seja, caso a caso –, se o produto em questão pode ou não pode ser configurado como produto essencial.

Este trabalho tem como Objetivo Geral apresentar esclarecimento acerca de quais produtos podem ser tidos como essenciais. Para tal, conta-se com os seguintes Objetivos Específicos: a) propor um conceito que vise abarcar todos os produtos que possam ser considerados essenciais; b) explicar porque o rol taxativo de produtos essenciais do Projeto de Lei Nº 7.768/2014 pode prejudicar o consumidor em caso de substituição de um produto essencial; e c) expor entendimento doutrinal e jurisprudencial com a finalidade de suprimir a lacuna normativa sobre o tema.

Para o que o desenvolvimento do presente trabalho seja possível, utiliza-se o Método Dedutivo³. A viabilização do Método dá-se por meio das seguintes Técnicas de Pesquisa: Pesquisa Bibliográfica e Documental⁴, Categoria⁵ e Conceito Operacional⁶

2 Afinal, o que são produtos essenciais?

Tendo a finalidade de garantir ao consumidor a reparação de possíveis vícios apresentados por produtos – também serviços –, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor traz, em seu artigo 18, que:

³ “[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral.” (PASOLD, 2011, p. 205).

⁴ “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” (PASOLD, 2011, p. 207).

⁵ “[...] **palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia.**” (PASOLD, 2011, p. 25). Grifos originais da obra em estudo.

⁶ “[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos da ideia proposta.” (PASOLD, 2011, p. 205).

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. (BRASIL, 1990).

Para tal, o § 1º do respectivo dispositivo estipula que os vícios devem ser sanados em um prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de, decorrido o prazo, poder o consumidor exigir uma das três opções elencadas nos respectivos incisos: “I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço.” (BRASIL, 1990).

Ainda nesse sentido, verifica-se que o § 3º do mesmo artigo dá ao consumidor a possibilidade de “[...] fazer uso imediato das alternativas do § 1º [...] sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.” (BRASIL, 1990).

Considera-se, por oportuno, compreender que o produto com vício é aquele no qual o dano – problema do produto – mantém-se nos limites do produto.⁷ (TARTUCE e NEVES, p. 125).

Observa-se, portanto, que, ao tratar-se de produto essencial, o consumidor tão só não é obrigado a aguardar o prazo de 30 (trinta) dias para saneamento do vício, mas tem a prerrogativa legal de exigir do fornecedor, dentre outras alternativas, a substituição imediata do produto.

⁷ A diferença para o fato do produto consiste que, nesse caso, o dano do produto perpassa os limites do produto e pode vir a colocar em risco a vida, segurança do consumidor e terceiros. (TARTUCE e NEVES, p. 125).

Ocorre que, ao referir-se aos produtos essenciais, a norma consumerista não apresenta nenhum dispositivo que permita, seja ao consumidor, ao fornecedor ou ainda ao operador do Direito, estipular o que pode ser configurado como produto essencial. Diante disso, torna-se necessário um breve percurso pela doutrina em busca de esclarecimento.

Nunes (2013, p. 262), ao referir-se ao produto essencial, assume que “[...] é aquele que o consumidor necessita adquirir para a manutenção de sua vida, diretamente ligado à saúde, higiene pessoal, limpeza e segurança, tais como alimentos, medicamentos, produtos de limpeza em geral etc.”

Bessa (2012, p. 195), que apresenta posicionamento convergente à proposta deste trabalho, propõem que:

O bem essencial é aquele que possui importância para as atividades cotidianas do consumidor ou que foi comprado para um evento específico que irá ocorrer em breve. O consumidor que adquire um sapato para ocasião especial (formatura, casamento) não pode esperar o seu reparo, no prazo de 30 dias. Também, não é razoável exigir que o consumidor deixe seu novo computador pessoal para conserto pelo prazo de 30 dias, quando o bem é fundamental para desenvolver atividades acadêmicas. Em síntese, a análise da essencialidade do produto deve se pautar nas necessidades concretas do consumidor.

O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPCP (Ministério da Justiça), por meio da Nota Técnica n. 62, de 15.06.2010, interpretando o § 3.º do art. 18 do CDC, considerou que o aparelho celular é produto essencial, cabendo a troca imediata do bem ou devolução do dinheiro ao consumidor em caso de vício.

A conceituação de Bessa sobre produtos essenciais permite, por interpretação extensiva, que sejam reconhecidos como tais aqueles produtos que, embora indiretamente, são “auxiliares” para que um serviço essencial para o consumidor seja efetivado. Para elucidar, pode-se tomar como exemplo um aparelho de roteador. Para um advogado, que necessita cumprir prazos eletrônicos, ao

comprar um roteador para seu escritório, e este apresentar um vício, não se pode fazê-lo aguardar o decorrer do prazo de 30 (trinta) dias, visto que essa situação acarretaria prejuízos para sua atividade.⁸

Para Marques (2005, p. 1154/1155.), que apresenta proposta coadunada com Bessa,

O CDC não define o que é um produto essencial – a princípio todos os produtos comestíveis e de uso pessoal básico já podem ser aí incluídos. O critério deve ser lido sob o impacto do princípio da proteção da confiança: assim, se o consumidor compra um sapato, mesmo que para utilizar em festas, e o sapato apresenta um vício de inadequação, a loja não pode exigir, como ocorreu em Porto Alegre, “o prazo legal de 30 dias” para consertar o sapato ou “talvez depois substituí-lo por outro semelhante”. O produto é essencial, quanto à expectativa do consumidor de usá-lo de pronto; logo, deve o consumidor poder exigir de pronto a substituição do produto. Também em matéria de veículos de uso imediato ou algum tipo de solução de consenso, a evitar o dano moral.

Resulta destas considerações a constatação que, tal como a legislação, a doutrina também apresenta um conceito em aberto de produtos essenciais. E, ainda, observa-se que os conceitos doutrinários, embora escassos, apresentam grande grau de singularidade uns com os outros. Registre-se também, por oportuno, que o próprio conceito de Marques apresenta uma nova categoria em aberto. Isso porque a autora considera como produtos essenciais aqueles de uso pessoal básico, sem definir o quais ou o que são.

Almejando buscar uma aproximação, e ousando propor um conceito, pode-se compreender produto essencial como sendo aquele que o consumidor necessita imediatamente ou que não pode

⁸ Registre-se, por oportuno, que os Tribunais, especialmente o STJ, reconhecem, atualmente, a incidência da Teoria Finalista Mitigada para as relações de consumo. Assim, por exemplo, embora um advogado não é, em regra, reconhecido como consumidor final, quando este adquirir produto sendo o destinatário final, passa a ser reconhecido como consumidor.

esperar, sem consequência de prejuízos, materiais ou morais, o prazo de 30 dias para que um possível vício seja sanado. A espera por esse prazo acarretaria a exposição do consumidor a uma situação de desvantagem, prejuízo, ou implicaria nas condições de manutenção básica da vida.

Assim sendo, observa-se a necessária presença do princípio da confiança, especialmente nos casos pautados pela substituição desses produtos, sendo que, conforme Tartuce e Neves (2012, p. 39), “[...] a tutela da transparência e da confiança constitui um desdobramento da incidência da boa-fé objetiva nas relações consumeristas.”. Logo, a boa-fé objetiva não cabe apenas ao fornecedor, mas também ao consumidor que, no caso de produtos essenciais, não pode induzir o fornecedor a substituição imediata de qualquer produto, sob alegação de tratar-se de produto essencial. Faz-se necessário um motivo que pese para isso.

Tendo em vista o objetivo de dirimir a lacuna do CDC sobre o que são produtos essenciais, surge o Projeto de Lei Nº 7.768, de 2014, trazendo em seu texto quais são os produtos tidos como essenciais:

Art. 2º O art. 18 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, passa a vigorar acrescido dos parágrafos 7º e 8º, com a seguinte redação:
“Art. 18 (...)

§7º - São considerados produtos essenciais os seguintes itens: alimento, vestuário, medicamento, geladeira, fogão, máquina de lavar, aparelho celular, computador, televisor e automóvel.
(BRASIL, 2014).

Observa-se que o referido projeto de lei define quais são os produtos essenciais por meio de um método taxativo. Este modo configura-se um equívoco, visto que, por exemplo, se determinada pessoa, ao invés de querer adquirir um fogão – um dos casos taxados pelo Projeto –, resolve adquirir um micro-ondas, por questões de economia, rapidez e praticidade cotidiana, e supondo-se que o produto apresente um vício, o consumidor não terá a sua disposição

a possibilidade de substituição imediata do produto e terá que aguardar o prazo de até 30 dias para saneamento do vício, haja visto que este produto – micro-ondas – não encontra-se presente no rol dos produtos apresentados pelo projeto. Também quanto aos produtos taxados como essenciais, observa-se que a jurisprudência, reconhece a condição de produtos essenciais em guarda-roupa⁹, colchão¹⁰, forno

⁹ “JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. CONSUMIDOR. PRODUTO ESSENCIAL. DEVER DE REPARAR. RECLAMOS DO CONSUMIDOR NÃO ATENDIDOS. DESCASO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. [...] 5. Ademais, não teve a parte autora (consumidora) seus legítimos reclamos atendidos, malgrado a formalização de procedimento perante o PROCON, a revelar, destarte, descaso da fornecedora à resolução do imbróglgio; ressalta-se que o recorrente, diante de longa espera (9 meses), arcou com o serviço as suas próprias expensas para consertar o **guarda-roupa (produto essencial)**. Verificada, portanto, violação a direitos da personalidade. [...]”. TJ-DF - ACJ: 20150410052292, Relator: CARLOS ALBERTO MARTINS FILHO, Data de Julgamento: 02/02/2016, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 05/02/2016. Pág.: 324. Grifos nossos.

¹⁰ “RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. VÍCIO NO PRODUTO. CAMA BOX. PRODUTO ESSENCIAL. HIPÓTESE DO ART. 18, PARÁGRAFO TERCEIRO, DO CDC. CABÍVEL A RESTITUIÇÃO IMEDIATA DO VALOR PAGO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS EM CONCRETO. QUANTUM MANTIDO. [...] Inicialmente, cumpre salientar que, por se tratar de **colchão, bem essencial** cuja substituição das partes viciadas - tecido - compromete sua qualidade, é cabível a restituição imediata do valor pago pelo bem, não sendo necessário o envio à assistência técnica, nos termos do art. 18, parágrafo terceiro, do CDC. [...] Com relação aos danos morais, os mesmos restam configurados no caso concreto, haja vista se tratar de bem essencial, cuja privação pela ocorrência de avarias ultrapassa os limites do mero aborrecimento, adentrando na esfera da personalidade e ensejando a indenização. [...]”. TJ-RS - Recurso Cível: 71005197827 RS, Relator: Fabiana Zilles, Data de Julgamento: 30/06/2015, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/07/2015. Grifos nossos.

elétrico¹¹, freezer¹² (refrigerador¹³), bem como outros produtos que, no caso em tela, possa-se configurar a essencialidade do produto e portanto não é cabível a espera do prazo de 30 dias pelo consumidor. Contudo, observa-se que a jurisprudência também pode afastar-se, relativamente, da doutrina, estabelecendo como produto essencial, por exemplo, o ar-condicionado¹⁴.

¹¹ “RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. REPARAÇÃO DE DANOS. PRELIMINARES AFASTADAS. VÍCIO DE PRODUTO. **FORNO ELÉTRICO** QUE APRESENTA DEFEITO COM POUCO TEMPO DE USO. SUBMISSÃO DO BEM À ASSISTÊNCIA TÉCNICA, SEM, CONTUDO, OBTER ÊXITO NO CONserto. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS PELO PRODUTO QUE SE IMPÕE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 18, § 1º, II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DANO MORAL EXCEPCIONALMENTE CONFIGURADO. **POIS SE TRATA DE PRODUTO ESSENCIAL, UTILIZADO NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL DO AUTOR.** QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM SEDE SENTENCIAL (R\$ 3.000,00) QUE MERECE SER MANTIDO, EM RAZÃO DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. RECURSO DESPROVIDO. [...]”. TJ-RS - Recurso Cível: 71005161179 RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Data de Julgamento: 24/02/2015, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/02/2015. Grifos nossos.

¹² “RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA AFASTADA. AQUISIÇÃO DE **FREEZER** QUE APRESENTOU VÍCIO OCULTO. DEMORA SUPERIOR A TRINTA DIAS PARA EFETUAR O CONserto. DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 18, §1º, II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANO MORAL EXCEPCIONALMENTE CONFIGURADO, **POIS SE TRATA DE PRODUTO ESSENCIAL PARA ATIVIDADE LABORATIVA DA AUTORA.** QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO (R\$ 4.000,00), QUE MERECE SER REDUZIDO PARA R\$ 1.500,00 A FIM DE ADEQUÁ-LO AOS PARÂMETROS UTILIZADOS PELAS TURMAS RECURSAIS CÍVEIS EM CASOS ANÁLOGOS. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.”. TJ-RS - Recurso Cível: 71005137526 RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Data de Julgamento: 24/02/2015, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/02/2015. Grifos nossos.

¹³ “APELAÇÃO – CONSUMIDOR – FASE DE CONSEQUÊNCIAS – PRAZO DE SANEAMENTO DISPENSADO – PRODUTO ESSENCIAL. - A fase de saneamento (art. 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor) é dispensada expressamente quando se trata de produto "essencial" (art. 18, § 3º, da Lei n. 8.078, de 1990). **Refrigerador que constitui produto essencial** (precedentes), a autorizar a imediata opção do consumidor pela "fase de consequências"; - Manutenção da decisão por seus próprios e bem lançados fundamentos – artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo; RECURSO NÃO PROVIDO.”. TJ-SP - APL: 00130475420098260510 SP 0013047-54.2009.8.26.0510, Relator: Maria Lúcia Pizzotti, Data de Julgamento: 08/05/2017, 27ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 19/05/2017. Grifos nossos.

¹⁴ “CONSUMIDOR - INDENIZAÇÃO - **AR CONDICIONADO** - PRODUTO DEFEITUOSO - **PRODUTO ESSENCIAL** - ILEGITIMIDADE PASSIVA DO COMERCIANTE -AFASTADA - DANO MORAL - CONFIGURADO - QUANTUM ESTABELECIDO COM CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO - SENTENÇA MANTIDA. [...]” TJ-AP - RI: 00142214420118030001 AP, Relator: RUI GUILHERME DE VASCONCELLOS SOUZA FILHO, Data de Julgamento: 21/03/2012, TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS. Grifos nossos.

É necessário também constar um novo equívoco do Projeto de Lei, se comparado a Jurisprudência, visto que, de acordo com o Projeto, vestuário caracteriza-se como produto essencial. Todavia, há entendimento jurisprudencial que não configuram produtos essenciais as roupas de grife. É o julgado:

RECURSO INOMINADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONSUMIDOR. EXTRAVIO TEMPORÁRIO DE BAGAGENS. VIAGEM INTERNACIONAL. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS QUE ULTRAPASSAM OS PARÂMETROS DA NORMALIDADE, IMPLICANDO EM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. **AQUISIÇÃO DE VASTA QUANTIDADE DE PRODUTOS DE GRIFE, OS QUAIS NÃO CARACTERIZAM PRODUTOS ESSENCIAIS.** DANOS MATERIAIS ARBITRADOS, DE FORMA EQUÂNIME. DANOS MORAIS EVIDENCIADOS. QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO. [...] Analisando as notas fiscais colacionadas aos autos denota-se a aquisição de grande quantidade produtos de grife, não sendo crível a necessidade da autora de todos os bens pelo período de dois dias. [...].¹⁵

Além do já exposto, tanto a doutrina, bem como o Projeto de Lei, não trazem em pauta as ocasiões em que um produto é essencial em decorrência de necessidades especiais do consumidor, como é o caso, por exemplo, dos indivíduos que precisam fazer uso de óculos. Caso o óculos apresentar vício, é descabido obrigar o consumidor a esperar um prazo de 30 dias para solução do vício, havendo, nesse sentido, entendimento jurisprudencial:

RECURSOS INOMINADOS. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO MATERIAIS E IMATERIAIS. DEFEITO EM **ÓCULOS DE GRAU.** CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA. DANOS MATERIAIS, EM PARTE, COMPROVADOS. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS CONFIGURADOS PELO DESCASO NA SOLUÇÃO DO PROBLEMA, DEIXANDO O

¹⁵ TJ-RS - Recurso Cível: 71004970026 RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Data de Julgamento: 27/01/2015, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/01/2015. Grifos nossos.

AUTOR PRIVADO DO **PRODUTO ESSENCIAL PARA A VISÃO**.
VALOR DA INDENIZAÇÃO INALTERADO. [...].¹⁶

De forma análoga, pode-se estabelecer como produtos essenciais aqueles que, quando o consumidor – ou usuário – for pessoa com deficiência, sejam de algum modo intimamente ligados com a necessidade de amenizar ou auxiliar na superação da deficiência, tais como, cadeira de rodas, muletas e possíveis medicamentos.

Estas constatações permitem observar que os produtos essenciais devem ser analisados caso a caso, in concreto, sendo incoerente, insuficiente e errônea a tentativa de tentar elaborar um rol taxativo de tais produtos. A inclusão desse rol no Código de Defesa do Consumidor pode acarretar ainda mais complicações, visto que, como nos casos apresentados pela jurisprudência, o consumidor estaria desamparado pelas possibilidades oportunizadas a ele pela legislação consumerista.

Em que pese, a priori, seja possível a constatação de que um determinado grupo de produtos, nos quais incluem-se, alimentos, vestuário, medicamentos, etc., seja indispensável para a manutenção de uma vida sadia, a inclusão de bens como aparelho celular neste rol, pode mostrar-se equivocada. Para um adolescente de 13 anos, por exemplo, em regra geral, um celular não é um produto essencial para a manutenção da vida, sendo que, para um advogado, não é cabível fazê-lo esperar o prazo de 30 dias para saneamento do vício.

Ainda referente ao Projeto de Lei N^o 7.768, de 2014, este estabelece que “§ 8^a - O consumidor ao optar pela hipótese prevista no inciso I, §1^o deste artigo, o fornecedor localizado nas capitais disporá de prazo de 2 dias úteis para efetuar a substituição e quando localizado nas demais regiões o seu prazo aumentará para 5 dias úteis.” (BRASIL, 2014). Esta disposição configura-se contrária ao

¹⁶ TJ-RS - Recurso Cível: 71003676053 RS, Relator: Roberto Behrendorf Gomes da Silva, Data de Julgamento: 28/11/2012, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/12/2012. Grifos nossos.

disposto no § 3º, do artigo 18 do CDC, visto que o referido dispositivo prevê a possibilidade de substituição imediata dos produtos essenciais, e portanto estipular prazo de 2 e 5 dias úteis para os fornecedores localizados em capitais e demais regiões, respectivamente, configura-se como retrocesso e descaso com o consumidor.

Decorre do parágrafo anterior um novo problema: como proceder com a substituição de produto essencial com vício nos casos de aquisição via internet? É possível realizar uma substituição imediata nesses casos? Qual o prazo a estipular-se? Ou esta possibilidade já encontra-se, embora implícita, na garantia de arrependimento, quando da compra do produto – nesse caso, os essenciais – não for realizada no estabelecimento? Essas e outras questões tendem a surgir cotidianamente, em face da transformação e aperfeiçoamento das tecnologias e, conseqüentemente, das relações sociais.

3 Conclusão

As condições do viver cotidiano, modificadas ininterruptamente dia após dia, faz com que pessoas, seja para a manutenção da vida, seja para outro fim, necessitem de diferentes bens, em situações muito específicas. Essa constatação é a base para a não adoção de um rol taxativo de produtos essenciais, em função da especificidade de cada indivíduo. Contudo, pode-se também constar, a partir disso, que somente analisando-se o caso concreto poder-se-á concluir o caráter essencial de um determinado bem. Assim, a Hipótese de pesquisa confirma-se, bem como, os Objetivos do trabalho mostram-se atingidos.

A busca por esclarecimentos a cerca desta temática mostra-se indispensável para que agentes como consumidor, fornecedor, operadores do direito, órgãos públicos e outros possam posicionar-se de forma decisiva e sem margens para possíveis dúvidas que possam acarretar danos.

Um aproximação conceitual que tenha a finalidade de unificar e compreender quando um produto, em determinada circunstância, passa a ser essencial, é fundamental para a unificação jurisprudencial, a fim de que o princípio da igualdade, aplicado nas relações de consumo, adquira efetivação.

Novos estudos devem ser incentivados, visto que os modos pelos quais dá-se a aquisição de produtos também vão transformando-se, causando reflexos para o estudo exposto. Os estudos mostram-se duplamente necessários, em face do surgimento periódico de novos produtos que, possivelmente, possam adquirir caráter de essencialidade.

Diante do exposto, a perspectiva a ser seguida é a da observância ao princípio da boa-fé e da confiança, tanto do consumidor como do fornecedor, a fim de que seja analisado, caso a caso, in concreto, se naquela situação aquele produto é essencial ou não.

Referências

BESSA, Leonardo Roscoe. Vício do Produto e do Serviço. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 179-223.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Nº 7.768/2014**. Altera o artigo 18 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 14 maio 2017.

BRASIL. **Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**: Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 26 maio 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça. **TJ-AP - RI: 00142214420118030001 AP**, Relator: RUI

GUILHERME DE VASCONCELLOS SOUZA FILHO, Data de Julgamento: 21/03/2012, TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS.

_____. **TJ-DF - ACJ: 20150410052292**, Relator: CARLOS ALBERTO MARTINS FILHO, Data de Julgamento: 02/02/2016, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 05/02/2016. Pág.: 324.

_____. **TJ-RS - Recurso Cível: 71003676053 RS**, Relator: Roberto Behrendorf Gomes da Silva, Data de Julgamento: 28/11/2012, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/12/2012.

_____. **TJ-RS - Recurso Cível: 71004970026 RS**, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Data de Julgamento: 27/01/2015, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/01/2015.

_____. **TJ-RS - Recurso Cível: 71005137526 RS**, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Data de Julgamento: 24/02/2015, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/02/2015

_____. **TJ-RS - Recurso Cível: 71005161179 RS**, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Data de Julgamento: 24/02/2015, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/02/2015.

_____. **TJ-RS - Recurso Cível: 71005197827 RS**, Relator: Fabiana Zilles, Data de Julgamento: 30/06/2015, Primeira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/07/2015.

_____. **TJ-SP - APL: 00130475420098260510 SP**, Relator: Maria Lúcia Pizzotti, Data de Julgamento: 08/05/2017, 27ª Câmara Extraordinária de Direito Privado, Data de Publicação: 19/05/2017.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev., atual e ampl., incluindo mais de 1.000 decisões jurisprudenciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.m

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. Rio de Janeiro: Método, 2012.

Estatuto da pessoa com deficiência e uma (RE)leitura de artigos específicos dos códigos civis de 1916 e de 2002: compatibilidade, avanços ou retrocessos

*Eduarda Dal Osto Oliveira*¹

*Caroline Ramires Moreira*²

*Laura Oliveira Buss*³

Introdução

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) fora uma inovação legislativa ocorrida no ano de 2015. Nesse sentido, o mesmo surgiu a partir da necessidade de se proporcionar igualdade e respeito pela dignidade da pessoa portadora de deficiência. Desta forma, mostrou-se necessário, desde a edição da Lei até sua promulgação e publicação, sob o número 13.146, ocorrida, em 06 julho do ano supracitado, a realização de uma releitura do Código Civil de 2002, o qual sofreu diversas alterações, ante a necessidade de serem revogados e/alterados significativos artigos.

Diante disso, o artigo apresenta como tema central a referida releitura dos artigos 3º e 4º do Código Civil de 2002, os quais

¹ Centro Universitário Franciscano.

² Centro Universitário Franciscano.

³ Centro Universitário Franciscano.

protegem os direitos dos incapazes, à luz do advento da elaboração do Estatuto do Deficiente, visto que muitas mudanças ocorreram. Como consequência disto, surge o problema central do trabalho, qual seja: compreender se a entrada em vigor do Estatuto apontando a existência ou não de embates e retrocessos em relação ao Código Civil, na seara de pessoas com deficiência.

Para que seja possível responder tal questão, estabeleceu-se como objetivo geral estudar os artigos do Estatuto da Pessoa com Deficiência capazes de levar a uma releitura dos artigos do Código Civil concernente ao tema. Ademais, como objetivos específicos, buscou-se discorrer sobre a história dos artigos que protegem os incapazes na legislação civilista, desde o Código de 1916, bem como apresentar a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência, de acordo com a Lei 13.146/2015. Não obstante, fora realizada uma análise entre as diferenças que existem em relação à nomenclatura utilizada em ambas as leis, bem como uma comparação entre estas. Por fim, avaliaram-se os pontos negativos e positivos do EPD em sede de análise às críticas razoáveis ou não ao Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Para concretizar a realização de tais objetivos, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, partindo-se do geral, ou seja, de um estudo acerca da história do Código Civil, para o particular, isto é, analisando-se os efeitos que este sofreu a partir da vigência da Lei 13.146/2015. Já como método de procedimento, fora utilizado o monográfico, eis que o estudo e pesquisa doutrinária não foram apenas acerca do tema, mas também e, principalmente, da legislação vigente – ante à escassez de doutrina decorrente da inovação do objeto de estudo –, de maneira que foi possível abranger todos os prismas que envolvem o assunto tratado nesta produção científica.

Buscando uma estruturação coerente do tema, dividiu-se o artigo em três partes, tendo sido abordada na primeira a trajetória do Direito Civil Brasileiro do Código de 1916 até o presente Código, realizando um estudo no que tange as pessoas portadoras de necessidades especiais até os dias atuais. Já na segunda, tratou-se

das mudanças sofridas pelo Código Civil de 2002 após a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência e, por fim, foram analisadas as críticas razoáveis ou não ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. Diante disto, foi possível concluir que a releitura dos dispositivos legais é de extrema importância, uma vez que garantem a efetivação da proteção pretendida aos portadores de deficiência. Ante o exposto, passa-se de imediato a apreciação e desenvolvimento de construção dos tópicos, previamente, destacados.

1 A trajetória do direito civil brasileiro de 1916 até 2002: um estudo acerca das pessoas com deficiências até o dias atuais

Com a Proclamação da República em 1889, o Brasil foi forçado a criar leis próprias, a fim de deixar de seguir as leis impostas por Portugal. Nesse sentido, após diversos estudos e pesquisas, o jurista Clóvis Beviláqua, professor de Direito Comparado da Faculdade de Recife, em 1899, expôs o primeiro molde do que se tornaria em 1916, o Código Civil Brasileiro, o qual entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1917 (CIELO, 2013, n.p.).

Quanto a este, tem-se que sua principal característica era a de ser um Código que prezava por um direito marcado pelo viés individualista. Desta forma, há de se falar que a legislação civilista podia ser considerada excessivamente patrimonialista e que primava por reger tão somente as relações privadas. Por conta disso, passou-se a observar a necessidade de que tal Código fosse interpretado através de um contexto constitucional, de maneira que, conseqüentemente, a referida legislação, antes mesmo de ser revogada, já passou a sofrer constantes intervenções. Isto impõe em dizer que tal necessidade mostrou-se tão latente que levou à execução de mudanças profundas o suficiente para incorrerem na revogação total do Código Civil de 1916 (DINIZ, 2009, p. 51).

Nesse sentido, válido transcrever o entendimento de Reale (1998, p. 23), o qual versa que “se não houve vitória do socialismo,

houve o triunfo da sociedade”, ocorrendo que o Direito Coletivo fizesse frente ao individual, porém sem menosprezar o valor da pessoa na sociedade.

Com o passar dos anos, o legislador e atores juristas se viram na necessidade de revisar o conteúdo do vigente Código Civil, haja vista as constantes mudanças tanto sociais como econômicas que vinham ocorrendo no País. Porém, por diversas vezes, a tentativa de alterar o Código ficou adormecida, até que, em 2001, o Projeto do novo Código Civil foi levado à votação, onde saiu vitorioso, e em 11 de janeiro de 2002, sob a nomenclatura de Lei nº. 10.406/02, passando a entrar em vigor no território nacional, em 11 de janeiro de 2003, denominando-se, assim, como o Novo Código Civil – e, nesse sentido, de novo passa a ser o atual e entre inúmeras características marcantes pode-se destacar a unificação em relação às obrigações civis e comerciais, assim como a constitucionalização do Direito Civil.

Um das alterações que se faz notável ser revivida do então Código Civil de 1916 em direção ao CC de 2002, trata-se da incapacidade das pessoas. Primeiro, como incapacidade, tem-se “a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, devendo ser sempre encarada estritamente, considerando-se o princípio de que ‘a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção’” (DINIZ, 2009, p. 159). Ainda, em sede de retrocesso e peculiaridades históricas, é necessário ressaltar, que o Código Civil de 1916, trouxe a figura do incapaz classificando-o em níveis de incapacidade: os absolutamente e os relativamente incapazes, os quais estavam preceituados nos artigos 5º e 6º do Código Civil vigente em 1916.

É necessário esclarecer que por incapacidade absoluta, entende-se aquela em que há vedação plena do exercício do direito realizada pelo incapaz, ocasionando na nulidade do ato. A partir desse desiderato, os absolutamente incapazes não possuem discernimento essencial para praticar os atos da vida civil, uma vez que não dispõem de capacidade de fato. Porém, há de se falar que

estes detêm capacidade de direito⁴, a qual é adquirida no momento de seu nascimento.

Ainda, a legislação designa que para sanar a incapacidade daqueles que são classificados como absolutamente incapazes, é necessário que seja denominado um representante legal. Quanto a este representante, expõe França (2016, n.p.) que o mesmo “pratica o ato em seu nome, mas no interesse do incapaz, ou seja, não precisa de autorização ou participação no ato da vida civil”.

Já em relação aos relativamente incapazes, necessário esclarecer que estes possuem o direito de praticar os atos da vida civil, no entanto, necessitam, imperiosamente, estarem assistidos. Apensar disso, existem alguns atos que podem ser exercidos pelos relativamente incapazes sem a assistência de seu representante legal. Nesse sentido, Gonçalves (2012, p. 110) explana:

Certos atos, porém, pode praticar sem a assistência de seu representante legal, como ser testemunha (art. 228, I), aceitar mandato (art. 666), fazer testamento (art. 1.860, parágrafo único), exercer empregos públicos para os quais não for exigida a maioria (art. 5º, parágrafo único, III), casar (art. 1.517), ser eleitor, celebrar contrato de trabalho, etc.

Nos casos onde há tal obrigatoriedade de assistência, há de se assentar que em caso de inobservância desta regra, ocorre a anulabilidade do ato. Devidamente esclarecidas as diferenças postas entre os relativamente e absolutamente incapazes, aduz-se rememorar que, por muitos anos, o Código Civil de 1916 protegeu os direitos destes que frente à sociedade, visto que não possuíam força para lutar por seus direitos, por serem completamente estigmatizados pela coletividade, sendo sujeitos tachados como defeituosos e, portanto, fragilizados neste meio. No entanto, no ano de 2003, entrou em vigor o atual Código Civil, sob a Lei 10.406/02.

⁴A capacidade de direito todos possuem, pois é adquirida ao nascer. Significa a capacidade de adquirir direitos e assumir deveres perante os atos da vida civil.

Neste, há expresso, em seus Artigos 3º e 4º, quem são os absolutamente e relativamente incapazes, de modo que o Código Civil de 2002 demonstrou uma visão diferente sobre os incapazes, salientando que o nível de proteção se daria em relação ao nível de discernimento ou necessidade do incapaz em distinguir o que era melhor para si. Ademais, o referido Código tem por objetivo proteger o maior número de pessoas, que sozinhas não conseguiriam praticar os atos jurídicos da vida civil, pois não possuem discernimento para assimilar as circunstâncias ou expor sua vontade real.

Com o passar dos anos, a visão dos incapazes trazidas no Código Civil de 1916 foi transformando-se de modo que no atual CC o atendimento, a leitura e assentamentos feitos sobre os direitos dos absolutamente ou relativamente incapazes passou a ser mais humanista e, em acordo com as transformações das pessoas que vivem em sociedade. Entretanto com a entrada em vigor da Lei 13.146/15, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, o EPD em 02 de janeiro de 2016, o presente Código, de igual forma, sofreu importantes modificações no que tange a proteção dos incapazes. Alterações essas que passarão a ser delineadas no tópico subsequente.

2 As mudanças sofridas pelo código civil de 2002 após a vigência do estatuto da pessoa com deficiência (lei nº 13.146/15)

Em um primeiro momento cabe apontar-se uma diferenciação entre as nomenclaturas usadas para designar as pessoas que possuem deficiência. Com o passar dos anos, as terminologias e conceitos foram alternando-se e levando-se em consideração o desenvolvimento humano, social e econômico. Desse modo, as pessoas com deficiência já foram rubricadas por meio de diversas palavras ou expressões, desde “aleijado”, “inválido”, “deficiente”, entre outros (RONCHETTI, 2014).

Desde o fim da década de 1990 e a primeira década do século

XXI, ocorreram diversos movimentos mundiais coordenados por organizações de pessoas com deficiência com o intuito de romper com a estigmatização e a discriminação, para tanto, apresenta-se como exemplo a Declaração de Salamanca: Assim, de acordo com Sasaki (2014, n.p.):

A Declaração de Salamanca preconiza a expressão “pessoas com deficiência”, com a qual os valores agregados às pessoas com deficiência passou a ser o do empoderamento e o da responsabilidade de contribuir com seus talentos para mudar a sociedade rumo à inclusão de todas as pessoas, com ou sem deficiência.

Em relação à expressão mencionada na sobredita citação, frisa-se que o a palavra “portador” demonstra que o sujeito “porta” a deficiência, não havendo a possibilidade de deixar de portá-la, razão pela qual isso não se sustenta e, portanto, não se usa e nem tampouco se permite usar mais o termo “portador”. Nessa conjectura, há de se observar que a pessoa possui a deficiência, e não a porta. O uso do termo errado dá a entender que os deficientes poderiam optar por sair de casa e deixar sua deficiência lá, o que não é verdade (GOLDARB, 2009).

Quanto aos termos anteriormente utilizados, tem-se que “pessoa portadora de deficiência” em seguida deu lugar à expressão “portadores de necessidades especiais”, o qual também foi combatido e buscou-se a retirada de seu emprego no cotidiano, uma vez que se interligava com outros tipos de necessidades, as quais poderiam ser impostas pelos idosos, gestantes e outros grupos que dependiam de um tratamento especial (SOARES; MARTINS, 2016).

De mais a mais, a Recomendação nº 01, de 24 de abril de 2014, em sede de implemento de políticas de inclusão, sistematiza a orientação a ser dada aos gestores - tanto estaduais quanto municipais - em relação a criação de órgãos gestores da política da pessoa com deficiência. À vista disso, o CONADE (Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência) evidencia que a

nomenclatura oficial é “Pessoa com Deficiência”, de acordo com a postura adotada pela Organização das Nações Unidas e pelo Brasil.

A Constituição da República Federativa possui ainda em sua redação, a expressão “portador de deficiência”, em seu artigo 7º, XXXI quando preleciona a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

Não obstante, há de se falar que mesmo considerando a necessidade de uma leitura constitucional, desde sua promulgação, com base na expressão de portador ou portadora, já era possível perceberem-se entendimentos díspares e que em muito auxiliaram na atual concepção de libertação do caráter discriminatório albergado pela nova legislação (GOLDARB, 2009).

Por conseguinte, fica evidenciado que a deficiência é algo ligado ao corpo, isso é, pode ser algo inerente à condição física ou mental da pessoa, assim como algo que a pessoa carrega consigo e não, necessariamente, lhe conduza à condição real de sua deficiência. Nesse contexto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, aduz, com propriedade e empoderamento, aos cidadãos especiais, a correta utilização do termo “da pessoa com deficiência” com base em sua produção textual legislativa, qual seja, em seu artigo 2º o qual preceitua que:

[...] considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com uma ou mais barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, Lei nº 13.146/2015).

Quanto ao tema, para Soares e Martins (2016, p. 225), é louvável o reconhecimento dado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao definir a pessoa com deficiência aquela portadora dos parâmetros da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu entendimento. Entretanto, sinaliza ele, ainda

assim, a necessidade de ser entendido como um conceito de referência que está em pleno desenvolvimento, pois a dimensão do ser humano é evolutiva, a qual não pode ser estancada, mas deve, em sede de atenção, ser acompanhada e atualizada na curva do próprio desenvolvimento, referenciado acima.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inúmeras garantias aos portadores de deficiência, pois ele demonstra um progresso em relação à proteção destas pessoas. Destarte, diversos artigos do atual Código Civil foram revogados ou alterados, resultando em variadas mudanças sobre a teoria das incapacidades. Nesse sentido, fundamentando a necessidade de revogação, Rosenvald (2015, p. 05) versa:

O objetivo da CDPD é o de permutar o atual modelo médico – que deseja reabilitar a pessoa anormal para se adequar à sociedade –, por um modelo social de direitos humanos, cujo desiderato é o de reabilitar a sociedade para eliminar os muros de exclusão comunitária. A igualdade no exercício da capacidade jurídica requer o direito à uma educação inclusiva, a vida independente e a possibilidade de ser inserido em comunidade.

De resto, o artigo 6º do Estatuto, designa que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa [...]”, significa inferir que o EPD revogou os incisos II e III do artigo 3º do código civil, uma vez que aqueles dispunham, sucessivamente que a absoluta incapacidade poderia advir de enfermidade ou deficiência mental, ainda, aos que não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos” e “os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”. E com isso a revogação dos dois incisos se tornou imprescindível.

Visando a inclusão das pessoas portadoras de transtorno mental, em prol de sua dignidade – razão fulcral da legislação do Estatuto -, aqueles que antes eram tratados como incapazes, agora passam a ser considerados plenamente capazes para o Direito Civil. Nesse sentido, é possível trazer como exemplo a possibilidade

albergada pela nova Lei, visto que outrora eram impossibilitados, virem a contrair matrimônio. Entendeu-se que os deficientes não poderiam, nas palavras de Simões (2015, n.p.), ser “alijados da formação de família por meio do casamento ou mesmo união estável”.

Contudo, deve-se atentar que a completude de insurgimento de uma lei especial sobre uma já em vigor, pode desencadear interpretações divergentes a ponto de surgir, por exemplo, dificuldades de interpretações quando se destaca que o sujeito que possua deficiência apesar de, atualmente, ser considerado capaz e, podendo entretanto, apresentar, ainda objeção para praticar atos de sua vida civil em decorrência de sua deficiência, razão pela qual pode ser submetido ao regime de curatela ou ao procedimento de Tomada de Decisão Apoiada.

Nesse sentido, cabe explicar a conceituação de ambos os institutos. Assim, a curatela ocorre a partir do processo de interdição e tem como função proteger o sujeito incapaz, impondo limites à prática de determinados atos da vida civil, elegendo um curador que possa assisti-lo ou representá-lo perante os atos que venha a praticar. Alicerçado a partir do advento do Estatuto, o processo da curatela terá caráter de medida excepcional, extraordinária, sendo utilizada apenas quando for necessária. Sendo assim, foram revogados os incisos I, II e IV, do artigo 1.767, do Código Civil, o qual definia que os deficientes mentais estariam subordinados ao regime da curatela e no que diz respeito, em caráter excepcional da curatela a expressão *ipsis literis* do aludido artigo torna tal caráter totalmente inteligível, dispensando, pois, maiores apreciações. Cabendo, nesse sentido, lembrar apenas que as pessoas consideradas absolutamente incapazes eram representadas pelo curador e as relativamente incapazes eram assistidas pelo mesmo, segundo o Código Civil de 2002 e, agora, com a vigência do EPD, pessoas capazes também estarão, excepcionalmente, sob o regime da curatela. Nesse sentido, Requião (2015, n.p.):

A curatela passa a ter o caráter de medida excepcional, extraordinária, a ser dotada somente quando e na medida em que for necessária. Tanto assim que restaram revogados os incisos I, II e IV, do artigo 1.767, do CC, em que se afirmava que os portadores de transtorno mental estariam sujeitos à curatela. Não mais estão, podem estar.

A par disso, o instituto da curatela vale apenas para os aspectos patrimoniais, ou seja, o instituto não abrange o “direito ao próprio corpo, à sexualidade” dentre outros aspectos relacionados a vida do incapaz. Já em referência ao processo de Tomada de Decisão Apoiada (TDA), conforme preceitua o Art. 1.783-A do CC, trata-se do “processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessárias para que possa exercer sua capacidade”. (BRASIL. Lei nº 10.406/ 02)

A TDA é aplicada a pessoas que possuem deficiência, mas que resguardam a possibilidade de exprimir vontade, ou seja, mantêm a integridade de sua capacidade civil. É o caso de pessoas que possuam a Síndrome de *Down*, mas integrados a sociedade, tal qual aqueles, que, inclusive, trabalham ou de alguém com discernimento reduzido por qualquer razão médica (FARIAS; ROSENVALD, 2016). Com o intuito de reconhecer a independência da pessoa com deficiência e, desta forma, colaborar com a sua inclusão ao convívio social, respeitando-se suas necessidades, a Tomada de Decisão Apoiada, vem como uma possibilidade de ser necessária a utilização do processo da curatela.

Desse modo, é perceptível, que os artigos 3º e 4º do Código Civil foram reformulados de forma relevante e, por tal motivo, cabe, nesse momento, a apresentação de algumas das principais supressões e alterações, independente da ordem lógica dos artigos, pois aqui, o intento é o de fomentar-se a inteligência de forma mais simplificada. Desse modo, as pessoas que antes eram consideradas

incapazes por terem seu discernimento reduzido, agora não mais são referidas no inciso II do artigo 4º do CC, restando no corpo do ressaltado inciso somente os ébrios habituais (considerados como alcoólatras) e os viciados em tóxicos (patológicos). E, por derradeiro, nessa alteração, tais incapazes, dependem do processo de interdição relativa, com sentença judicial, a fim de que seja reconhecida a sua incapacidade (TARTUCE, 2015).

É de suma importância destacar, retomando-se à condição de ébrios e toxicômanos permanentes, que somente esses possuem direito de usufruir desta proteção, diferente daqueles que façam uso eventual, livre e espontâneo, de substâncias alucinógenas ou alcoólicas, pois nesse caso, responderão regularmente por seus atos (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Desta forma, há de se dizer que fora revogado o que estava disposto anteriormente no inciso III do Art. 3º do Código Civil de 2002, o qual versava que seriam absolutamente incapazes àqueles que não detivessem condições de exprimir sua vontade, ainda que por motivo transitório (BRASIL, 2002). Como consequência disto, a partir do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, fora realizada a modificação deste texto, o que sucedeu na incorporação à legislação civilista do Art. 4º, inciso III, a expressão “permanente”, de maneira que se deu a entender que seriam relativamente incapazes aqueles que não detivessem condições de exprimir sua vontade não apenas por motivo transitório, mas também permanente, senão veja-se:

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial. (BRASIL, Lei Nº 10.406 de 2002).

Segundo Farias e Rosenvald (2016, p. 335) “as pessoas que não puderem exprimir sua vontade deverão estar assistidas por um curador, que auxiliará na prática dos atos”. Pode-se citar como um exemplo, um sujeito que está internado momentaneamente na Unidade de Terapia Intensiva (UTI) e, nesse caso, ele não possui condições de expressar sua vontade, sendo dessa forma reconhecido como relativamente incapaz.

Nessa esteira, o inciso IV do Art. 4º não foi alterado, pois conforme o entendimento brasileiro, pródigo é o sujeito que desordenadamente consome seus haveres, prejudicando seu patrimônio. Em função da sua incapacidade, após a sua interdição, o pródigo não poderá praticar nenhum ato civil com relação patrimonial, sem a assistência de seus curadores.

Com o intuito de melhor apresentar as ponderações doutrinárias realizadas acima e, no transcorrer do projeto, entende-se pertinente a alocação das comparações existentes entre o Diploma Civil e a Lei em comento, tendo em vista que, conforme, já mencionado, quanto à escassez, nesse primeiro momento, de obras que se dediquem a este tema, nada mais apropriado que buscar, didaticamente, a apresentação de tais apreciações de forma comparativa.

Desta forma, segue abaixo um quadro comparativo com as principais alterações que o Código Civil sofreu a partir da vigência da Lei nº 13.146/15:

ABSOLUTAMENTE INCAPAZES (redação original do ARTIGO 3º DO CC)	ABSOLUTAMENTE INCAPAZES (redação alterada do CC pela Lei nº 13.146/15)
I os menores de dezesseis anos;	AGORA SOMENTE Os menores de dezesseis anos;

II os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;	FOI REVOGADO.
III os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade	FOI REVOGADO.
RELATIVAMENTE INCAPAZES (redação original do ARTIGO 4º DO CC)	RELATIVAMENTE INCAPAZES (redação alterada do CC pela Lei nº 13.146/15)
I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;	I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; NÃO FOI ALTERADO
II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;	II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; a) APENAS ÉBRIOS E VICIADOS EM TÓXICO DE FORMA PERMANENTE – PATOLÓGICOS; b) EXCLUEM-SE DE TAL CONDIÇÃO “E OS QUE, POR DEFICIÊNCIA MENTAL, TENHAM O DISCERNIMENTO REDUZIDO”;
III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;	III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
IV - os pródigos.	IV - os pródigos.

Desta forma, por intermédio do quadro comparativo acima exposto, tem-se que fica evidente que ocorreram mudanças significativas na legislação civilista com a partir da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, e que, através deste, é possível lançar um olhar mais digno aos deficientes, reconhecendo que estes são pessoas de direito e deveres, assim como os demais.

Sendo assim, realizadas as comparações pertinentes e necessárias ao correto entendimento do tema, mostra-se coerente suceder no desempenho da apreciação de críticas ou não ao referido Estatuto, conforme será efetivado na parte subsequente.

3 Críticas razoáveis ou não ao estatuto da pessoa com deficiência: apresentação e apreciação

Conforme já fora devidamente exposto no decorrer do presente trabalho, o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi editado na busca pela promoção de condições de igualdade e efetivação de direitos e liberdades fundamentais por parte das pessoas com deficiência, com o fulcro, inegável de gerar intentos inclusivistas. Nesse sentido, tem-se que a redação originária do Código Civil de 2002 que importava em discriminação das pessoas com deficiência, colocando-as em posição de inferioridade no exercício dos direitos civis, descuidou de impactos que foram produzidos em outras classes do Direito Civil (FARIAS; ROSENVALD, 2016). Ressalta-se, como outrora referido, que essa produção não intenta exaurir a inferência taxativa e prioritária do EPD em relação ao Código Civil, nem tão pouco majorar ou menosprezar qualquer das alterações.

Outrossim, é igualmente, relevante, acrescentar que tais alterações apresentadas não seguiram um propósito cronológico por ordem de importância, mas sim pela necessidade de serem apresentadas à medida que a compreensão, para essa articulista, melhor se mostrava, didaticamente, a fim de que fosse possível a elaboração desse construto, pois a acadêmica diante desse nebuloso contexto legislativo inovador, por vezes também, se debruçou com

inquietações e preocupação, no sentido, de auto inquerir-se se sua produção e inteligência das alterações estavam, devidamente, corretas, em especial, pelo fato de que a legislação do EPD aconteceu em momento posterior, as disciplinas concernentes a esse desiderato e, após a acadêmica ter cursada as disciplinas ordenadoras desse conhecimento.

Entretanto, seguindo essa esteira de raciocínio, apresenta-se mais um imprescindível efeito que decorreu do advento do EPD, o qual faz referência aos prazos de decadência e prescrição dos relativamente incapazes, tratados nos Artigos 198 e 208 do Código Civil de 2002. Em relação ao primeiro, versava que não corria prescrição contra os absolutamente incapazes – menores de dezesseis anos e os deficientes que não possuíam discernimento para praticar os atos da vida civil –, pois os mesmos não poderiam manifestar seus desejos. Nesse sentido, o segundo dispositivo versava que o mesmo se aplicava à decadência.

No entanto, com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, tanto a prescrição quanto a decadência continuarão incidindo contra os menores impúberes, haja vista que os menores de 16 anos não sofrem com a incidência de tais prazos. Ressalta-se que nenhuma pessoa com deficiência está no rol dos que possuem incapacidade absoluta. Logo, versa Santos (2016, n.p.) que “somente os menores impúberes é que estariam contemplados com a regra protetiva do Art. 198, inciso I, do aludido código, já que os demais deixaram de compor o rol do seu Art. 3º”.

Nesse sentido, considerando os incisos que foram eliminados da referida legislação, os quais dizem respeito aos enfermos e excepcionais, considera-se que são pessoas plenamente capazes, terão os prazos de prescrição e decadência correndo contra si normalmente.

O segundo efeito causado pela vigência do EPD, diz respeito ao casamento, pois foi revogado o inciso I do Art. 1.548 do CC/02, que previa que casamento realizado por enfermo mental sem o necessário discernimento era considerado nulo. Deste modo, os sujeitos que

possuírem algum tipo de deficiência poderão constituir família, seja por união estável, matrimônio ou por outra forma de constituição. Diante disso, surge o questionamento sobre como o Registrador Civil terá condições de avaliar se a pessoa com deficiência, sendo capaz ou não de decidir pelo casamento. A despeito disso, tem-se que o registrador é possibilitado, conforme versa Assumpção (2015, n.p.), “exigir laudos médicos e, persistindo a dúvida, deverá submeter a questão para decisão do Juiz competente para Registros Públicos, no próprio processo de habilitação para casamento”.

O artigo 6º do EPD, rapidamente apresentado em momento anterior assenta importantes alterações envolvendo o Direito de Família e as pessoas com deficiência. Conforme entendimento de Simão (2015, n.p.) “não é toda a deficiência que retira o discernimento para a tomada de decisão de constituição de família e de sua formação [...]”, portanto, o casamento realizado por enfermo mental que não possua discernimento para realizar atos na vida civil é considerado válido. Contudo, destaca-se que a decisão de se casar é um ato de vontade, ou seja, se não há vontade inexistente não será celebrado o casamento.

Ademais, os registradores civis das pessoas naturais, deverão atentar sobre as modificações ocorridas com o surgimento do Estatuto. Desta forma, casamentos realizados por pessoas com discernimento reduzido antes da vigência do EPD, continuarão sendo considerados nulos, eis que o Código Civil é anterior ao Estatuto e todos os efeitos produzidos sob a constância do CC, antes da entrada e vigor do EPD são atos perfeitamente constituídos segunda lei vigente (ato jurídico perfeito e direito adquirido), devendo pois prevalecer a lei que vigorava no momento da celebração do casamento (RIBEIRO, 2015).

À vista disso, outra relevante alteração do Estatuto, por sobre disposições do CC é a que faz referência a nulidade relativa do casamento. O artigo 1.550 do Código Civil, que se dedica as nulidades relativas do casamento, recebeu um novo parágrafo (§ 2º), no qual salienta que o incapaz deficiente possa expressar sua vontade em

contrair matrimônio através de seu responsável, curador ou até mesmo diretamente. Consequentemente, é possível concluir que o casamento do sujeito que for incapaz de consentir ou manifestar de modo inequívoco o seu consentimento poderá ser anulável⁵, porém não poderá ser nulo⁶. Isto porque a partir da incorporação do parágrafo 2º, ficou assentido que a vontade de casar pode ser manifestada pelo curador do deficiente. Contudo, resta evidente uma inconcretude legislativa eis que é consenso que a vontade é elemento essencial ao casamento e ninguém se casa senão por *sponte própria* (RIBEIRO, 2015).

Nesse sentido, tal pronunciamento vai contra o entendimento jurisdicional e afronta a natureza personalíssima do casamento. Além do que, contradiz o exposto no artigo 85 do EPD⁷, que admite que o exercício do curador do incapaz serve apenas para atos de natureza patrimonial e negocial. Ousa-se inferir a necessidade premente de ajustes em ambos os dispositivos legais eis que há uma colisão gritante de incompatibilidades, quais sejam, se um dispositivo legal sinaliza as possibilidades taxativas se atuação de curador e, em outro momento desconhece e refuta essa possibilidade como restará resolvida tal incongruência.

Ainda, o artigo 1.557 do Código Civil, que trata sobre as hipóteses de anulação do casamento por erro essencial quanto à pessoa, foi alterado. O inciso III do artigo, sofreu uma modificação em seu texto, sendo incluída a expressão “que não caracteriza deficiência”, ficando redigido que “a ignorância, anterior ao

⁵ O negócio jurídico será anulável, além dos casos previstos na lei, por incapacidade relativa do agente e por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores, conforme exposto no Art. 171 do Código Civil Brasileiro.

⁶ Segundo o artigo 166 do CC, o negócio jurídico é nulo quando celebrado por pessoa absolutamente incapaz; for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; não revestir a forma prescrita em lei; for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; tiver por objetivo fraudar lei imperativa; a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

⁷Art. 85, EPD. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

casamento, de defeito físico irremediável que não caracteriza deficiência ou me moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência” (BRASIL, Lei 10.406 de 2002).

Ademais, o inciso IV foi revogado, o qual permitia que houvesse a anulação do matrimônio em caso de desconhecimento de doença mental grave que prejudicasse a vida do casal. Assim sendo, a redação atual, dada pela Lei nº 13.146 de 2015, deu-se da seguinte maneira: “a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado” (BRASIL, Lei 10.406 de 2002).

Feitas tais considerações, torna-se prudente avançar para as considerações finais. Contudo, cabe ressaltar, mais detalhadamente algumas das críticas que se tornam plausíveis e carentes de suma observação, eis que mesmo que o Estatuto da Pessoa com Deficiência evidencie inúmeras proteções a seus destinatários, torna-se imprescindível, de igual forma, destacar a sua ingerência sobre o atual Código Civil, trazendo reflexos nem sempre possíveis de serem absorvidos e incorporados, de forma tão simples, seja com ampliações ou com alterações, visto que no ordenamento pátrio vários dispositivos legais, em especial do CC, quando alterados ou revogados passam a interferir de forma tão pontual sobre outros artigos correlatos tornando-se impossível a aplicação de um ou de outro.

Apontamentos esses ratificados pela intelegititude de Gagliano (2015, n.p.), que segundo ele, uma mudança desta magnitude - verdadeira “desconstrução ideológica” - não se opera sem efeitos colaterais, os quais exigirão um intenso esforço de adaptação hermenêutica.

É irrefutável que o Estatuto vem para proporcionar um tratamento mais humano e inclusivista às pessoas com deficiência. Entretanto, assevera ele, em seu bojo, muitos enfrentamentos e dificuldades os quais deverão receber uma interpretação acentuada, por conta da doutrina e da jurisprudência, visto que ainda são poucos os entendimentos pacificados capazes de nortear essa demanda tão

fulcral e, para tanto, conforme aduz Gagliano (2015, n.p.) “[...] retirem do Estatuto o que há de melhor nele, dando valor ao propósito que este fora criado”.

Partindo-se para o esteio conclusivo, salienta-se, numa leitura preocupante no sentido de ousar referir que quando do incremento de novas legislações, busquem os legisladores um maior e mais assentado diálogo, a fim de que incongruências e distonias possam ser evitadas. Segue-se, por derradeiro para a conclusão.

Conclusão

O Direito sempre esteve relacionado à busca pela igualdade e pela efetivação da dignidade da pessoa humana. Diante disto, surge a necessidade no ordenamento jurídico brasileiro de tutelar e garantir tais direitos às pessoas com deficiência, posto que não havia um regramento próprio capaz de efetivar o cumprimento destas garantias a esta parcela da sociedade.

Neste contexto, nasceu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei Federal nº 13.146/2015, a qual se mostra como uma verdadeira inovação legislativa, tendo esta entrado em vigor em janeiro de 2016. A partir disso, foram tuteladas diversas proteções aos portadores de deficiência, revolucionando o modo que estas pessoas eram tratadas pela legislação civilista.

No entanto, como consequência da vigência do EPD, houve a necessidade de que se fosse lançado um novo olhar (mais especificamente, uma releitura de alguns dispositivos) do Código Civil Brasileiro, Lei 10.406/2002, posto que neste encontram-se diversas disposições acerca das pessoas deficientes, tratando primordialmente das questões referentes à incapacidade dos atores envolvidos. Nesse contexto, mostrou-se imperiosa uma releitura, já apontada, em relação ao Código civilista vigente, ao passo que fosse possível se verificar a existência ou não de incompatibilidades e conflitos legislativos entre os dois textos.

Assim sendo, o presente trabalho buscou averiguar quais

seriam os dispositivos que foram modificados, ou até mesmo revogados, no Código Civil Brasileiro de 2002, de maneira a se ponderar as possíveis críticas a tal fato, considerando, ainda, quais seriam os pontos positivos e negativos da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Constatou-se que houve a revogação dos incisos II e III do Art. 3º do Código Civilista, o qual trata da incapacidade absoluta. Nesse sentido, a revogação destes trouxe como consequência que no ordenamento jurídico brasileiro restou apenas uma hipótese de incapacidade absoluta, dos menores de 16 anos, de modo que não existe mais a possibilidade de existirem maiores de 16 anos absolutamente incapazes.

Essa situação excluiu do rol de absolutamente incapazes aqueles que por causa transitória não puderem exprimir sua vontade – inciso II do Art. 3º do CC/02 -, bem como aqueles que por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem discernimento necessário para a prática de atos da vida civil – inciso III do Art. 3º do CC/02 -.

Já em relação ao Art. 4º do Código Civil, tem-se que houve a modificação dos incisos II e III deste, de modo que anteriormente os ébrios habituais, viciados em tóxicos e os que tivessem discernimento reduzido por deficiência mental eram considerados relativamente incapazes. Com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, houve a alteração da redação deste inciso, de modo que apenas os ébrios e viciados em tóxico de maneira permanente, ou seja, patológicos, passaram a ser considerados relativamente incapazes. Isto importa em dizer que foram excluídos desta condição aqueles que apresentam discernimento reduzido por consequência de qualquer tipo de deficiência mental.

No tocante ao inciso III do Art. 4º, este dispunha que os excepcionais, que seriam aqueles sem desenvolvimento mental completo, eram considerados relativamente incapazes, enquanto que a nova redação deu-se no sentido de que são incapazes relativamente aqueles que não puderem exprimir sua vontade, seja por causa

transitória ou permanente.

Há de se tratar, ainda, que outra mudança significativa trazida por esta nova legislação diz respeito ao processo de curatela, visto que com a entrada em vigor do EPC, aqueles que são absolutamente incapazes deixam de estarem sujeitos a esse processo. Desta forma, tem-se que a curatela se dará apenas com expressa indicação de um juiz, ficando limitada apenas a alguns atos que não podem ser praticados pelo curatelado sem a assistência do curador. Assim sendo, conclui-se que a curatela terá caráter excepcional, sendo determinada pelo julgador apenas quando necessária, visto que o EPD salienta que tal processo influencia diretamente aspectos patrimoniais da vida da pessoa curatelada, a qual deve estar sob o controle de atos que dizem respeito ao seu próprio corpo, sexualidade, educação, matrimônio, dentre outros.

Importante frisar, ainda, que com a entrada em vigor da Lei nº 13.145/15, originou o instituto da Tomada de Decisão Apoiada, através do qual a pessoa com deficiência pode escolher duas pessoas de sua confiança para lhe ampararem. Ressalta-se que a pessoa que toma a decisão apoiada não é incapaz, de modo que a pessoa com deficiência, que possui impedimentos para a prática de sua vida civil, poderá escolher entre o instituto da Curatela, devido a sua incapacidade relativa, ou pelo processo de Tomada de Decisão Apoiada.

Outro ponto importante alterado pela vigência do EPC, é em relação aos prazos de prescrição e decadência dos relativamente incapazes. Antes da entrada em vigor do Estatuto, tanto a prescrição quanto a decadência não corriam contra os absolutamente incapazes, uma vez que esses não eram capazes de demonstrar seus desejos. Contudo, a partir da entrada em vigor do EPD, os menores de 16 anos - únicos que permanecem no rol dos absolutamente incapazes -, serão os únicos que não sofrerão com os prazos de prescrição e decadência. Já os enfermos e excepcionais, sendo estas pessoas plenamente capazes, terão os prazos de prescrição e decadência correndo contra si, normalmente.

Desta forma, em relação a possíveis críticas a serem tecidas quanto ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, é possível versar que, mesmo que tenha se mostrado como uma importante inovação legislativa, garantindo diversos direitos e respeitando a dignidade das pessoas com deficiência, o mesmo apresentou interferências significativas e substanciais no texto do atual Código Civil. Dessa forma, tem-se que, como consequência de suas disposições, que o EPD trouxe reflexos que podem não ser tão facilmente acomodados à antiga legislação com simples ampliações, revogações e alterações, de maneira que se imputa prestar um olhar atento sempre que se positivam novos direitos em um ordenamento, para que não ocorram conflitos difíceis de serem ajustados a disposições passadas.

Referências

ASSUMPÇÃO, Letícia Franco Maculan. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência sob a Perspectiva de Notários e Registradores**, 2015. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=Njc3MA.>> Acesso em: 23 abr. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.> Acesso em: 15 mai. 2017.

———. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm.> Acesso em: 12 abr. 2017.

———. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. **Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm.> Acesso em: 11 mai. 2017.

———. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm.> Acesso em: 11 mai. 2017.

———. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/At02015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 11 mai. 2017.

———. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em 15 mai. 2017.

———. Recomendação nº 01, de 24 de abril de 2014. **Dispõe sobre a orientação a ser dada aos gestores estaduais e municipais para criação de órgãos gestores da política da pessoa com deficiência e dá outras providências**. Disponível em: <<<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/conade/atos-normativos/recomendacoes>>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

BUBLITZ, Michelle Dias. **Pessoa com Deficiência e Teletrabalho**: um olhar sob o viés da inclusão social – reflexões à luz do valor social do trabalho e da fraternidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele. **A Codificação do Direito Civil brasileiro: do Código de 1916 ao Código de 2002**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25739/a-codificacao-do-direito-civil-brasileiro-do-codigo-de-1916-ao-codigo-de-2002>> Acesso em: 05 mai. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSELVAND, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

FRANÇA, Arthur da Gama. **Os Últimos Cem Anos Do Instituto Da Incapacidade No Código Civil**, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47286/os-ultimos-cem-anos-do-instituto-da-incapacidade-no-codigo-civil>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Estatuto da Pessoa com Deficiência e sistema de incapacidade civil**. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2015. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

_____, **É o fim da interdição?** 2015. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/304255875/e-o-fim-da-interdicao-artigo-de-pablo-stolze-gagliano>.> Acesso em: 25 mar. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil:** Parte Geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOLDFARB, Cibelle Linero. **Pessoas Portadoras de Deficiência e a Relação de Emprego:** o sistema de cotas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** – parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 1998.

REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência altera regime civil das incapacidades,** 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/estatuto-pessoa-deficiencia-altera-regime-incapacidades>.> Acesso em: 15 mar. 2017.

RIBEIRO, Iara Pereira. **A capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual.** 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/oy1ux21y/8J38ic2GY5847PkM.pdf>.> Acesso em: 20 mai. 2017.

RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. **Estatuto da Pessoa com Deficiência:** a revisão da teoria das incapacidades e os reflexos jurídicos na ótica do notário e do registrador. 2015. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=NjlyMA>.> Acesso em: 22 mar. 2017.

RONCHETTI, Eduardo. **Deficiente, Portador de deficiência ou Pessoa com deficiência? Qual a terminologia correta?** 2014. Disponível em: <<https://eduardoronchetti.wordpress.com/2014/01/15/deficiente-portador-de-deficiencia-ou-pessoa-com-deficiencia-qual-a-terminologia-correta/>.> Acesso em: 23 mai. 2017.

ROSENVALD, Nelson. **Em 11 Perguntas e Respostas: Tudo que você precisa para conhecer o Estatuto da Pessoa com Deficiência - Nelson Rosenvald**. 13. Edição do Boletim Informativo do Centro de Apoio Operacional às Promotorias Cíveis, Fundações e Eleitorais – CAOCIFE. Agosto de 2015. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/conteudo/boletim/boletim_informativo_13.pdf> Acesso em: 05 mai. 2017.

SANTOS, Bruno Henrique Silva. **Prescrição e decadência contra as pessoas com deficiência após a promulgação da Lei n. 13.146/15: uma análise constitucional**. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/50234/prescricao-e-decadencia-contra-as-pessoas-com-deficiencia-apos-a-promulgacao-da-lei-n-13-146-15-uma-analise-constitucional>> Acesso em: 05 jun. 2017.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Como chamar as pessoas que tem deficiência?** 2014. Disponível em: <<http://diversa.org.br/artigos/como-chamar-pessoas-que-tem-deficiencia/>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

SIMÃO, José Fernando. **Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2)**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>> Acesso em: 15 mar. 2017.

SOARES, Roberto Carlos Ferreira; MARTINS, Guilherme Bittencourt. **As concepções adotadas para designar pessoa com deficiência no contexto da sociedade brasileira na perspectiva de inclusão e exclusão**. 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/2153uj07/L12dq06oGRg8D76x.pdf>> Acesso em: 19 mar. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC**. 2015. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

UNESCO. **Declaração de Salamanca**. Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

A teoria *Queer* como paradigma de reconstrução das questões de gênero no direito contemporâneo

*Leonardo Abido*¹

*Iuri Bolesina*²

1 Introdução

Diante das teorias estruturalistas que pregam uma construção de gênero presas ao critério sexual e, portanto simplesmente dicotômicas entre masculino/homem e feminino/mulher, surge, como uma das vertentes do feminismo, mais especificamente da “terceira onda” do referido movimento a chamada teoria *Queer*. Com um viés de completa desconstrução dos tradicionais conceitos de alinhamento entre gênero e sexo, o movimento *Queer* prega que a identidade sexual dos sujeitos não seria tão somente fruto de seu sexo biológico, mas sim o resultado de toda uma construção social e de uma repetição de condutas, algo performático. Nestes termos, o presente trabalho buscou analisar da teoria *Queer* como uma forma

¹ Acadêmico de Direito da IMED.

² Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Meridional - IMED. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogado. Professor. Coordenador da Escola de Direito na Faculdade Meridional - IMED. Endereço eletrônico: iuribolesina@gmail.com.

de desconstrução e/ou reconstrução dos paradigmas que envolvem as questões de gênero no direito e na sociedade contemporânea.

Inicialmente, apurou-se a questão envolvendo o binarismo masculino/feminino social. Indubitavelmente um dos pontos de maior crítica pela teoria *Queer*, tal dicotomia é oriunda principalmente da teoria dos papéis sexuais, que incute a homens e mulheres papéis distintos e invariáveis dentro de uma construção social. Dentro disso, verifica-se a supervalorização da condição biológica, o sexo masculino ou feminino como forma de distinção social, não levando em conta as inúmeras variações possíveis, já dentro de uma ideia de gênero.

Em sequência, trouxe-se a possibilidade de utilização do conceito de gênero já como forma de rompimento ao binarismo existente. Pelos conceitos de gênero trazidos, observa-se que a aplicação deste seria muito mais adequada na diferenciação dos sujeitos. Tal fato se deve ao gênero não levar em conta tão somente o caráter biológico do indivíduo, mas sim toda a construção social e a lógica performativa e repetida de condutas que levam tal sujeito a uma identificação com determinado gênero

Posteriormente, fez uma análise da teoria *Queer* em si, especialmente pelas obras de Judith Butler e Michel Foucault, dois dos principais expoentes desta teoria. De Butler, foi trazida principalmente sua crítica ao alinhamento tradicional ou heteronormatividade, que pregava que o sexo biológico definiria obrigatoriamente a sexualidade e o gênero do sujeito. Já de Foucault, trouxe-se a ideia da existência de um poder, que explicaria a existência de um sexo “privilegiado” em detrimento de um outro, renegado.

Assim, os objetivos do presente trabalho foram buscar a possibilidade de emprego da teoria *Queer*, no sentido da desconstrução dos ideais tradicionais de gênero, na busca de um direito contemporâneo que possa ser mais igualitário em relação aos mais variados sujeitos hoje identificados na sociedade,

independentemente de seu sexo, de sua identificação com determinado gênero ou de sua sexualidade.

2 A teoria queer e a desconstrução das questões de gênero

2.1 O binarismo masculino/feminino

Inicialmente, bastante necessária parece ser uma análise do binarismo existente na sociedade e como tal binarismo se relaciona em relação ao sexo (biologicamente falando) e ao gênero. Primeiramente em relação ao sexo, verifica-se que tal tema sempre foi carregado de discussão e controvérsias, tendo sua definição bastante atrelada ao campo biológico, onde pode ser definido como basicamente a capacidade reprodutiva de uma determinada espécie, a partir de dois sexos “distintos” (o macho e a fêmea, biologicamente falando). Nesse sentido “é possível distinguir homens de mulheres com base em uma análise de ordem reprodutiva (...) já que é indubitosa a distinção existente entre homens e mulheres sob o aspecto sexual” (BOFF *apud* PINSKY 2011, p. 12)

Adriano Senkevics também faz consideração semelhante, ao citar que:

Nessa abordagem, o sexo – aqui entendido como as características biológicas relativas à reprodução de uma espécie bissexuada – mantém-se assegurado em seu estatuto naturalizado, como se, ao pertencer à “natureza” humana, estivesse protegido de indagações de ordem sociológica. (2015, p. 22)

O sexo seria assim, basicamente entendido como uma lei natural, sendo, portanto, algo quase que inquestionável do ponto de vista sociológico.

Entretanto, verifica-se que essa definição meramente biológica, é de certo modo, carregada durante toda a caminhada da humanidade como um modo de distinção entre os dois sexos. Ora, o que se questiona não é essa distinção biológica, mas os papéis que

a própria sociedade atribui a cada sexo, conforme define Guacira Louro

Ao dirigir o foco para o caráter ‘fundamentalmente social’, não há, contudo, a pretensão de negar que o gênero se constitui com ou sobre corpos sexuados, ou seja, não é negada a biologia, mas enfatizada, deliberadamente, a construção social e histórica produzida sobre as características biológicas. (1997, p. 21)

Assim, o fato é que a distinção biológica deve sim ser considerada, tendo em vista que os corpos são sexualmente (biologicamente falando) distintos em masculino e feminino. Entretanto, o que se questiona é o fato de os gêneros serem construídos sobre esta noção de sexo biológico, que não pode ser considerada neutra e/ou inofensiva. Reiterando que o questionamento não é em relação a definição baseada na diferença biológica, mas sim em relação aos comportamentos que a sociedade incute a cada sexo. Neste sentido, Louro (1995, p. 22) “pretende-se, dessa forma, recolocar o debate no campo do social, pois é nele que se constroem e se reproduzem as relações (desiguais) entre os sujeitos”.

Tais relações desiguais, se devem essencialmente a uma supervalorização das diferenças, de modo a extrapolar o aspecto meramente biológico e abarcar dentro da própria sociedade, sob o argumento de que existiriam “papéis sexuais” diferentes, incutidos a homens e mulheres. Sobre isso, bastante oportuna é a colocação de Tamiris Gervasoni (2016, p. 21), que expressa que “o contexto social sempre superestimou esta diferença sexual biológica, valorizando algumas características em detrimento de outras, atribuindo aos dois sexos, masculino e feminino, papéis distintos com funções distintas”.

Acerca de tais comportamentos ou “papéis” esperados de cada sexo, entende-se que “seriam, basicamente, padrões ou regras arbitrárias que uma sociedade estabelece para seus membros e que definem seus comportamentos, suas roupas, seus modos de se

relacionar ou de se portar...” (Louro, 1997, p. 24). Tais padrões ou regras foram construídos, de maneira arbitrária ressalta-se, ao longo de toda a construção da humanidade, construção essa que se deu na imensa maioria dos povos e épocas, com base em uma sociedade patriarcal, onde o masculino seria o dominante e o feminino o dominado.

Outro aspecto bastante relevante da teoria dos papéis sociais reside no fato de esta não aceitar um “papel alternativo, ou se é homem, ou se é mulher. Nas palavras de Senkevics (2015, p. 39) “Tal tendência tem como efeito a homogeneização das categorias “homem” e “mulher”, visto que apenas duas possibilidades de papéis são vislumbradas: em suma, não nos permite enxergar as complexidades no interior de cada categoria.”

Assim, observa-se a criação de uma espécie de binarismo, onde do homem se espera um comportamento masculinizado e, historicamente, considerado como o ser forte da relação, o dominante e da mulher, um comportamento feminino, o “sexo frágil” o dominado. Além disso, não seria viável, dentro dessa posição absolutamente conservadora que um homem, que se identificasse com características do sexo oposto, tivesse a liberdade de “escolher” ser uma mulher, e o inverso se aplica perfeitamente, seria algo inaceitável uma mulher, “escolher” ser um homem, vestir-se como tal e passar a agir como se do sexo masculino fosse. Tal teoria dos papéis sociais, acaba por criar o chamado “alinhamento tradicional” ou heteronormatividade, segundo o qual, o indivíduo de determinado sexo, deve ser de um determinado gênero e ter um determinado comportamento sexual. Sobre tal ponto, Boff (2011, p. 12) ressalta que “[...] O fluir histórico acaba, inevitavelmente, refletindo sobre a vida de mulheres e de homens cujos comportamentos estão até dado ponto condicionados e pautados pelas experiências sociais”

Não obstante as críticas já feitas a tal binarismo e a ideia de heteronormatividade, existem outros problemas com tal classificação simplória. Observa-se atualmente, diante das teorias

pós-estruturalistas, especialmente a *Queer Theory*, que será trabalhada adiante, que muitas vezes, não se pode definir alguém simplesmente como masculino ou feminino, ou basear tal distinção tão somente no sexo biológico da pessoa, como se este sexo determinasse o gênero e o comportamento sexual que a existindo diversas classificações as quais não se encaixariam em uma teoria meramente estruturalista.

2.2 A ideia de gênero(s) como ruptura ao binarismo.

Uma das formas de rompimento e oposição a essa classificação meramente naturalista e binária é a utilização da expressão “gênero”. Dentro da expressão gênero, está muito mais do que apenas o sexo biológico do indivíduo, mas outras variáveis, como sua sexualidade e sua identificação social. Louro nos traz que

As justificativas para as desigualdades precisariam ser buscadas não nas diferenças biológicas (se é que mesmo essas podem ser compreendidas fora de sua constituição social), mas sim nos arranjos sociais, na história, nas condições de acesso aos recursos da sociedade, nas formas de representação. (1995, p. 22)

Ora, a maior abrangência da expressão gênero, acaba por facilitar a identificação de indivíduos os quais não teriam representação dentro da definição estruturalista binária e sexual de masculino/homem e feminino/mulher.

Inicialmente, bastante perspicaz faz-se a compreensão do que seria essencialmente o “gênero” dentro do contexto analisado. Guacira Louro (1997, p. 23) acentua que tal conceituação é bastante relativa ao resaltar que “observa-se que as concepções de gênero diferem não apenas entre as sociedades ou os momentos históricos, mas no interior de uma dada sociedade, ao se considerar os diversos grupos (étnicos, religiosos, raciais, de classe) que a constituem.”

O que a autora pretende esclarecer é que, muito embora o conceito de gênero, no campo dos estudos sociológicos realizados

seja de fundamental importância para sua compreensão, tais concepções variam muito, tanto entre culturas e povos diferentes, quanto no interior de uma única cultura, dadas as diferenças formadoras desta própria sociedade ou povo.

Um conceito bastante semelhante é trazido por Senkevics,

Em sua acepção mais comum, gênero usualmente nomeia as diferenças culturais construídas sobre os sexos masculino e feminino, isto é, um verniz sociocultural lançado sobre uma distinção supostamente biológica que segue inquestionada, sem que se rompa o dualismo aparentemente natural entre os sexos como a base para a constituição de indivíduos dicotômicos em variados aspectos. (2015, p. 22)

Ressalta o autor, entretanto, não concordar plenamente com tal conceito, por demonstrar este uma certa simplificação da questão. Tenderia, segundo ele, a seguir a conceituação da socióloga australiana Raewyn Connell, deslocando-se tal definição para as relações sociais e não para as diferenças oriundas do binarismo masculino/feminino. Deve, assim, ser o gênero “entendido como parte de uma trama histórica e complexa de relações sociais, dentro da qual indivíduos e grupos agem” (SENKEVICS, 2015, p. 23).

O surgimento do conceito de gênero é, indubitavelmente, fruto dos movimentos feministas do século XX, mais especificamente da chamada “segunda onda³” deste. Crédito deve ser dado a Simone de Beauvoir, que brilhantemente resumiu suas

³ [...] many early feminists (in the 1700s and 1800s) were involved in abolitionist movements and made the linkages between women’s bondage and slavery. Since the turn of the 20th century, the different historical surges of feminist political organizing have been referred to as “waves,” defined primarily by feminists in the Americas. The **first wave** of feminism focused on legal rights, such as the suffragettes struggle for the right to vote in the early 1900s; **second-wave** feminism focused on a broader range of forms of subordination in the private realm, including violence against women, reproductive rights, women’s roles in the family. **Third-wave** feminism, more heavily influenced by feminist movements around the world and post-structuralist thinking, recognizes that there are multiple feminisms operating and emphasizes diversity in theory and practice, demanding greater space and recognition of the feminisms shaped by different generations, ethnic and sexual groups, and different classes, among many other elements (JASS, 2013, p. 5).

ideias na máxima “não se nasce mulher, torna-se mulher”. Ora, o conceito trazido pela filósofa francesa, nada mais é que uma síntese extrema dos conceitos de gênero até aqui trazidos, pois remete que a definição do gênero do indivíduo não se dá tão somente por seu nascimento, mas por todo o contexto social ao qual o mesmo é submetido e de uma lógica de performatividade e de repetição de comportamentos.

A definição trazida por Beauvoir é, obviamente, voltada para o feminismo e ainda, de certo modo, presa ao binarismo homem/mulher. Aplica-se tal definição para os múltiplos gêneros hoje considerados, cabendo, entretanto, a ressalva que, dentro de uma lógica pós-estruturalista, a qual será posteriormente debatida, há uma variedade de gêneros a qual a própria autora não levou em consideração, muito em virtude da época na qual seus estudos foram publicados.

Como já expressado, o termo gênero foi um fruto dos movimentos feministas que efervesceram na segunda metade do século XX. Conforme Louro (1997, p. 17) “tornar visível aquela que fora ocultada foi o grande objetivo das estudiosas feministas desses primeiros tempos”. O objetivo primeiro dos movimentos feministas foi, sem dúvida, buscar uma maior visibilidade da mulher no âmbito social.

Tal invisibilidade, defendiam os movimentos feministas, era oriunda do já citado “papel social” que era inculcido às mulheres, que essa devia ser a “dona de casa”, responsável pela criação dos filhos. Quando essa trabalhava fora de casa, suas funções seriam sempre as de menor hierarquia, deixando as funções de gerência ou chefia para os homens.

Assim, o conceito de gênero surge como uma forma de combate a tais papéis sociais, inculcidos aos homens e às mulheres. Como oportunamente traz Senkevics

Em pouco tempo, o conceito de gênero se transformou em uma importante ferramenta analítica e política, por meio da qual se

desnaturalizar as opressões de gênero, desconstruir verdades absolutas e aparentemente imutáveis sobre os sexos e derrubar as falsas fronteiras que encerram os sujeitos em estereótipos sexuais. (2015, p. 23)

Outrossim observa-se que a adoção da expressão gênero, quando da necessidade de se fazer referências a mulheres ou homens, é a mais “politicamente e socialmente correta”, por levar em consideração não somente as características físicas e/ou biológicas inerentes ao ser, diferentemente da divisão em “sexos”. Tal avanço, possibilita a uma maior compreensão acerca das relações existentes na sociedade e nas próprias relações de gêneros, ou conforme Gervasoni

Gênero compreendido, então, como uma categoria analítica, proposto enquanto instrumento metodológico para o entendimento e reflexão da (des)construção e transformação das identidades de gênero, viabilizaria reflexões mais profundas sobre as relações sociais e as relações de poder que orbitam em torno das relações de gênero. (2016, p. 25)

Ao possibilitar tal tipo de compreensão e, principalmente, uma reflexão sobre o conteúdo de tais relações de gênero, ampliou-se a gama de questionamentos acerca de como e porque se construíram as relações sociais baseadas no binarismo e hierarquização dos gêneros.

Desta forma, o sexo se relacionaria tão somente ao critério biológico do sujeito, enquanto o gênero se ressaltaria em seu caráter sociológico. Em outras palavras, o sexo seria, via de regra, algo fixo, enquanto a caracterização do gênero varia de acordo com o espaço e o tempo fundamentalmente no que tange tomada a conscientização de distinções que oriundas de construções sociais, as quais necessitam nos mais variados casos serem desconstruídas, visando a igualdade sob a ótica social). Nas palavras de Judith Butler “Llevada hasta su límite lógico, la distinción sexo/género muestra

una discontinuidad radical entre cuerpos sexuados y géneros culturalmente construidos.” (2007, p. 54).

De tal modo, a definição do gênero deve ser tratada como algo próprio do sujeito, algo que a ele pertence, sua verdadeira identidade, ou, nas palavras de Guacira Louro

Ao afirmar que o gênero institui a identidade do sujeito (assim como a etnia, a classe, ou a nacionalidade, por exemplo) pretende-se referir, portanto, a algo que transcende o mero desempenho de papéis, a idéia é perceber o gênero fazendo parte do sujeito, constituindo-o. (1995, p. 25)

O que se depreende é que o gênero vai muito além de uma mera característica do sujeito, mas sim, algo intrínseco, algo que o constitui enquanto pessoa.

Após a compreensão do termo gênero, bem como de sua origem e aplicações, necessária se faz a compreensão de que, os gêneros, diferentemente do sexo, não se atrelam somente ao binarismo masculino/feminino. Conforme explana Adriano Senkevics

[...] o conceito de gênero permite, por um lado, uma compreensão mais abrangente das relações entre homens e mulheres, ao sublinhar o aspecto histórico e socialmente construído do sexo e dos sistemas de relações que o tornam mais ou menos relevante para a construção das diferenças socialmente percebidas entre indivíduos e grupos (CARVALHO, 2011a), além de possibilitar a reflexão sobre outros gêneros que escapam do binarismo excludente social e politicamente imposto. (2015, p. 30)

Conforme depreende-se e se verificará adiante, no estudo do pós-estruturalismo e da *Queer Theory*, é necessário se levar em consideração a multiplicidade de gêneros hoje existentes na sociedade, inclusive como forma de proteção destas minorias. Assim, o reconhecimento desta multiplicidade já demonstraria um

enorme passo no que tange a proteção aos direitos e a inclusão destas minorias no contexto social.

2.3 Teoria *Queer* como crítica ao gênero privilegiado

Na busca por romper os padrões construídos e o binarismo clássico existente na sociedade, sob o fundamento da inserção no contexto social das chamadas identidades sexuais alternativas, merece um importante destaque a teoria *Queer*. Tal teoria concentra-se em enxergar as identidades sexuais como algo plenamente mutável, não fixo aos padrões tradicionais, os quais, como já tratado, se baseiam exclusivamente na tradição, desconsiderando as mutações pelas quais as relações sociais passam.

A origem da Teoria *Queer* gera certo dissenso entre a doutrina, sendo entretanto majoritariamente tratada como oriunda das décadas de 1980 e 1990, mediante a atuação de universitários e ativistas que proclamavam suas manifestações de apoio ao movimento *Queer*.

O contexto na época era de preocupação, com avanço exponencial dos casos de AIDS e a ausência de medidas do Estado para conter tal epidemia. A AIDS era sequer vista como um problema de saúde pública pelo governo, o que acabou gerando um enorme descontentamento dos movimentos sociais, já efervescentes à época, com o próprio Estado. Sobre o cenário citado

Na época, especialmente na década de oitenta, os Estados Unidos enfrentavam a epidemia da aids, havendo recusa por parte do Estado em encarar a situação como problema de saúde pública. Desta forma, não haviam medidas estatais motivadas para o tratamento de tal situação emergencial, intensificando-se as divergências entre as demandas e movimentos sociais e a atuação estatal. (GERVASONI apud MISKOLCI, 2016, pág 78.)

Diante de tal contexto social, observou-se o aparecimento de valores e características que eram desde sempre oprimidas pelos

valores tradicionais da sociedade, gerando um cenário de embate sociológico entre os novos valores e aqueles tradicionais “tornando o cenário extremamente polarizado e impulsionando a radicalização de tais movimentos” (GERVASONI, 2017, p. 78).

O próprio termo *Queer* transmite essa noção de combatividade e de resistência, tendo em vista que a sua própria origem do inglês seria uma injúria, algo que, em uma tradução livre seria entendido como “esquisito”, “anormal”. Assim, o próprio movimento se assume como algo anormal, tratando o termo que seria utilizado para lhe diminuir, para atacar o movimento, como o seu nome.

O grande destaque no que tange o movimento *Queer* foi, indubitavelmente a postura extremamente combativa do movimento. Enquanto os demais movimentos homossexuais se furtavam a defesa da homossexualidade e a busca de que tal homossexualidade fosse visto na sociedade como algo natural, o *Queer* visava justamente o enfrentamento a esta heteronormatividade, representando “claramente a diferença que não quer ser assimilada ou tolerada e, portanto, sua forma de ação é muito mais transgressiva e perturbadora.” (LOURO, 2001, p. 546).

A teoria *Queer* incluía, demonstrando mais uma vez seu caráter vigorosamente contestador, críticas severas ao movimento homossexual, o qual já estava estruturado na sociedade quando da explosão do movimento *Queer*.

Seu alvo mais imediato de oposição é, certamente, a heteronormatividade compulsória da sociedade; mas não escaparia de sua crítica a normalização e a estabilidade propostas pela política de identidade do movimento homossexual dominante. (LOURO, 2001, p. 546)

O fato de o movimento *Queer* questionar o próprio movimento homossexual tradicional acaba por demonstrar mais ainda a característica revolucionária do movimento, pois suas ideias ultrapassavam questões já trazidas em relação a política e teorias sobre gays e lésbicas, sendo necessária a compreensão do movimento

sob a ótica pós-estruturalista, que também não se restringe a posições homossexuais tradicionais (LOURO, 2001, p. 547) O movimento assim, buscava um aprofundamento nas teorias e nas políticas homossexuais já existentes, “constituindo uma perspectiva muito mais ampla de análise das próprias relações de poder, problematizando e reinterpretando noções clássicas do pensamento ocidental contemporâneo como as ideias sobre identidade e sujeito” (GERVASONI, 2016, p. 79)

Outra característica do movimento *Queer*, que decorre diretamente de seu caráter contestador e anti-tradicional, é o de o movimento não se centrar em ideias ou pensamentos fundadores do movimento. Ora, obviamente a teoria *Queer* tem uma base de onde nasceu, mas os pesquisadores da teoria não ficam “amarrados” a tal base. Louro (2001, p. 548-549) cita o exemplo da teórica *Queer* Judith Butler a qual segundo ela “Ao mesmo tempo em que reafirma o caráter discursivo da sexualidade, ela produz novas concepções a respeito de sexo, sexualidade, gênero”. Butler defendia essencialmente o fato de o gênero ser uma construção social complexa (2007, p. 103), mencionando ainda que a sociedade é responsável pela construção de normas que regulamentam o sexo dos sujeitos, devendo tais normas serem reiteradamente e repetidamente impostas para a concretização dos chamados “papeis sexuais”.

Em seu livro *El género en disputa*, considerado uma das obras mais importantes sobre a teoria *Queer*, Butler realiza uma análise extremamente complexa do feminismo atual, criticando a ideia essencialista de imutabilidade das identidades de gênero e do caráter natural, normativo e obrigatório destas identidades. Em sua obra, Butler traz teorias de diversos autores, como Luce Irigaray e Michel Foucault como forma de explicar as questões relativas ao gênero e estabelecer as bases teóricas do movimento *Queer*.

Como já explicado anteriormente, um dos grandes focos da teoria *Queer* é o questionamento aos chamados papéis sexuais e a crença da naturalidade e do alinhamento tradicional entre sexo e gênero ou heteronormatividade. A teoria do papeis e sua consequente

explicação para este alinhamento tradicional trata o sexo, e a sexualidade como algo unitário. Em resumo, se o indivíduo tem pênis, o mesmo é do sexo masculino e, necessariamente, precisa sentir gostar (sexualmente falando) de mulheres, as quais tem vagina. O mesmo seria válido para as mulheres.

Em suma, o que pretende-se na teoria *Queer* é a desconstrução desta heteronormatividade, de modo que tal alinhamento não seria mais entendido como o naturalmente correto ou o melhor, mas sim como apenas mais um dos alinhamentos possíveis. Neste sentido, interessante é o que nos traz Butler, ao afirmar que

El género puede volverse ambiguo sin cambiar ni reorientar en absoluto la sexualidad normativa. A veces la ambigüedad de género interviene precisamente para reprimir o desviar la práctica sexual no normativa para, de esa forma, conserva intacta la sexualidad normativa. (2007, p. 16)

Assim, nota-se nitidamente uma crítica da autora, e consequentemente do movimento *Queer*, a ideia de que o sexo é algo natural e, portanto, livre de questionamentos, como trazido pelas teorias estruturalistas.

Além da crítica ao alinhamento tradicional ou heteronormativo e em completo a essa crítica, outro grande enfoque trazido pela teoria *Queer* encontra-se na desestabilização da ideia de existência de um gênero preferencial e/ou “padrão”. Para os teóricos *Queer* a mera categorização dos indivíduos nas tradicionais categorias sexuais é algo completamente inviável, pois não levaria em consideração a já citada mutabilidade dos sujeitos.

Em outras palavras, mesmo que os sexos pareçam de certa forma binários não haveria um real fundamento para se afirmar que os gêneros precisam necessariamente estar presos a esta dicotomia. A própria compreensão da independência entre o sexo e o gênero resulta, na construção deste gênero como algo plural, podendo a classificação em homem ou masculino significar tanto um corpo de mulher como um corpo de homem. (Butler, 2007, p. 55).

Da mesma forma que não se prende a um mero conjunto de normas fundadoras e basilares, o entendimento do movimento *Queer* em relação ao sujeito é também no sentido da completa mutabilidade deste, ou seja, sujeito “não é mais compreendido em termos estáveis ou permanentes” (GERVASONI apud BUTLER, 2016, p. 80). Logo, o que se denota é uma visão (avançadíssima para a época, diga-se de passagem), de que o próprio ser é livre à vivenciar sua sexualidade de uma maneira completamente singular, dentro de uma infinidade de maneiras, podendo escolher para si aquela que melhor lhe convir, ou nos termos de Guacira Louro (1995, p. 27)

Sujeitos masculinos ou femininos podem ser heterossexuais, homossexuais, bissexuais (e, ao mesmo tempo, eles também podem ser negros, brancos, ou índios, ricos ou pobres etc). O que importa aqui considerar é que — tanto na dinâmica do gênero como na dinâmica da sexualidade — as identidades são sempre construídas, elas não são dadas ou acabadas num determinado momento.

Tal ideal de liberdade irá influenciar diretamente o conceito de identidade do sujeito, tendo em vista que esta identidade agora “pode efetuar-se de múltiplas, incontáveis e incontroláveis formas, adstritas ou não aos papéis de gênero, sejam eles tradicionais ou não” (GERVASONI, 2016, p. 80). O grande fato então, é, conforme já previsto em relação ao feminismo por Simone de Beauvoir, que as identidades não são simplesmente entregues prontas e acabadas a um sujeito, mas sim são frutos de uma construção verificada e aplicada à sociedade como um todo, tornando inclusive as relações de gênero, o fruto de uma repetição de condutas, algo totalmente “praticável”, ao invés de serem tão somente a forma de se expressar uma realidade já preexistente (CONNELL, PEARSE, 2015, p. 141)

Outra menção extremamente necessária a se fazer, ao se tratar da Teoria *Queer* é a Michel Foucault, especialmente ao seu livro “História da Sexualidade”, também citado na obra de Judith Butler, onde faz uma análise bastante discutida atualmente sobre os gêneros e as relações de poder. Para Louro (1995, p. 38) “Foucault desorganiza

as concepções convencionais — que usualmente remetem à centralidade e à posse do poder — e propõe que observemos o poder sendo exercido em muitas e variadas direções, como se fosse uma rede que, ‘capilarmente’, se constitui por toda a sociedade.” O poder seria então concebido não como algo que alguém simplesmente tem, mas como fruto de uma série de estratégias, de manobras para o ter.

O poder referido por Foucault poderia ser concebido como algo sem forma definida, que sofre variações de acordo com o contexto histórico e social na qual está inserido. Além disso, percebe-se que o poder não é algo de exercício exclusivo de um determinado grupo, mas sim disseminado integralmente na sociedade, residente em todos as relações e espaços imagináveis, das mais variadas formas e modos.

Assim, a concepção analítica sobre o poder de Foucault revelou que é preciso enfrentar “o poder” na própria cultura, nas relações cotidianas, nas normas que criam e moldam os sujeitos, entre outras situações, pois, inequivocamente, as clássicas relações de dominação (verticalizadas) não albergam as infinitas relações de poder, nem estas reduzem-se àquelas (...) (GERVASONI, 2016, p. 82).

De tal modo, o que se denota é que o poder é algo subsidiário às relações de poder, ou seja, só há o primeiro quando houver o segundo, “não se ‘tem’ poder; o poder se exerce” (Foucault, 2013, p. 284)

Diante disso, conforme o próprio Foucault, havendo uma relação de poder, existe a possibilidade de resistência a tal poder. Havendo a possibilidade de resistência, os questionamentos e contestações propostos pelos diversos movimentos sociais, inclusive pelo movimento *Queer* recairiam justamente sobre a condição anteriormente defendida de que os sujeitos e especialmente o sexo seria uma condição determinada tão somente pelos critérios biológicos, defendendo, com base no próprio Foucault que o sexo e a sexualidade teriam sido institutos construídos ao longo da própria história da humanidade e pelas diferentes culturas. Sobre tal

Há nas relações de poder um enfrentamento constante e perpétuo. Como corolário desta idéia teremos que estas relações não se dão onde não haja liberdade. Na definição de Foucault a existência de liberdade, garantindo a possibilidade de reação por parte daqueles sobre os quais o poder é exercido, apresenta-se como fundamental. Não há poder sem liberdade e sem potencial de revolta. (LOURO apud MAIA, 1995 p. 39).

Sobre Foucault, um último ponto a ser destacado, já que é uma das principais bandeiras levantadas pelo movimento *Queer* se relaciona a questão da sexualidade. Ressalta ele que tal tema sempre foi envolto sobre uma espécie de véu, que as próprias pessoas evitavam tratar sobre sexo e sexualidade. Ao mesmo tempo, faz a ressalva que variados discursos sobre o tema eram feitos por instituições dos mais variados campos, tais como a psicologia, e a religião (LOURO, 2001, p. 547).

Os discursos sobre sexualidade feitos por estas instituições teriam sido os responsáveis pela conhecida classificação sobre “tipos” ou “espécies” de sexualidade e as maneiras de controlá-la. Entretanto

Tal processo tornou possível, segundo ele, a formação de um “discurso reverso”, isto é, um discurso produzido a partir do lugar que tinha sido apontado como a sede da perversidade, como o lugar do desvio e da patologia: a homossexualidade. Mas Foucault ultrapassa amplamente o esquema binário de oposição entre dois tipos de discursos, acentuando que vivemos uma proliferação e uma dispersão de discursos, bem como uma dispersão de sexualidades. (LOURO, 2001, p. 547).

Foucault demonstra-se assim, como um dos principais teóricos acerca da teoria *Queer*, entretanto, outros nomes, como o de Jacques Derrida, principal responsável pela desconstrução do binarismo existente merecem grande crédito acerca da difusão e fundamentação dos ideais do movimento *Queer*.

A teoria *Queer* assim, visava provocar o questionamento acerca das identidades atribuídas a cada gênero, os chamados “papéis sexuais”, provando a inexistência de uma predeterminação por uma

lei natural. Em outras palavras, demonstra que a inexistência de algumas premissas, tais como o sexo essencial ou a natureza masculina e/ou feminina (GERVASONI, 2016, p. 90). Tais aspectos de domínio ou hierarquização sexual serão as bases perfeitas para a instalação da violência de gênero, que será tratada no próximo capítulo e que buscará a manutenção dessa estrutura social, deste pensamento dicotômico e ao mesmo tempo hierárquico.

3 Conclusão

Levando-se em consideração os aspectos anteriormente tratados, concluiu-se que a teoria *Queer* possui um campo de aplicação bastante importante no campo jurídico atual. Pode a referida teoria contribuir na reconstrução dos problemas de gênero no sentido de trazer um tratamento igualitário entre os gêneros, rompendo-se o chamado binarismo clássico masculino/feminino, e trazendo ao campo jurídico de debates também indivíduos que não necessariamente se orientem por um ou outro gênero.

Outro ponto interessante ao qual a teoria *Queer* poderia colaborar, seria no sentido da criação de políticas públicas voltadas aos aspectos diferenciados de gênero. É um fato notório que tais políticas, se bem utilizadas, poderia contribuir para uma reconstrução das questões de gênero não somente em seu caráter jurídico, mas em um âmbito social como um todo.

Finalmente, analisando-se o conceito trazido de gênero em complementação ao sexo, a teoria *Queer* denota-se como uma forma de combate não somente a heteronormatividade clássica, mas também aos preconceitos que essa conceituação sexual simplória poderia acarretar. Casos de violência simbólica e física são extremamente preocupantes a sociedade brasileira atual, e próprio conhecimento da teoria *Queer* poderia, se não evitar tais casos, ao menos trazer ao debate reflexões sobre tais atos violentos.

Referências

- BOFF, Salete Oro. **Gênero, discriminações e reconhecimento**. Salete Oro Boff (org.). Passo Fundo: IMED, 2011.
- BUTLER, Judith. **El género en disputa. El feminismo e la subversión de la identidad**. Judith Butler. Barcelona: Paidós. 2007.
- CONNELL, Raewyn. **Gênero: Uma perspectiva global**. Raewyn Connell, Rebecca Pearse. Tradução e revisão técnica Marília Moschkovich. São Paulo: NVersos, 2015.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Michel Foucault. 26. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2013
- GERVASONI, Tamiris Alessandra. **Gênero Na Corte Interamericana De Direito Humanos: uma perspectiva decolonial e crítica para a (re)articulação das políticas públicas de gênero no Brasil**. 2016
- JASS. **Feminist movement builder's dictionary**. 2 ed. 2013. Disponível em: <www.justassociates.org>.
- LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação**. Uma perspectiva pós-estruturalista. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- _____. **Teoria queer - uma política pós-identitária para a educação**. Revista estudos feministas, Florianópolis, n. 2, 2001, p. 541-553. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n2/8639.pdf>. Acesso em 01/06/2017.
- SENKEVICS, Adriano Souza. **Gênero, família e escola: Socialização familiar e escolarização de meninas e meninos de camadas populares de São Paulo** / Adriano Souza Senkevics; orientação de Marília Pinto de Carvalho. São Paulo: s.n., 2015.

**Da privatização do serviço público
de fornecimento de água:
uma análise da responsabilidade civil
das concessionárias pela legislação civilista
e consumerista contemporânea
e o entendimento do tribunal de justiça
do Rio Grande do Sul**

Leonardo Losekann¹

Caroline Ramires Moreira²

Laura Oliveira Buss³

Introdução

O presente estudo aborda a relação jurídica existente no serviço de fornecimento e abastecimento de água realizado pelas concessionárias de serviço público. Nesse sentido, busca-se compreender de que maneira se concretiza a privatização dos serviços públicos, bem como de que forma se sucede a relação existente entre os fornecedores e sujeitos destinatários dos mesmos,

¹ Centro Universitário Franciscano.

² Centro Universitário Franciscano.

³ Centro Universitário Franciscano.

analisando que tipo de responsabilização ocorre quando a prestação do serviço se dá de maneira inadequada à população.

Ainda, busca-se compreender qual é a legislação aplicada nos casos concretos, posto que a legislação civilista e consumerista contemporânea dão cabo de tratar da responsabilidade civil e das questões envolvendo usuários e fornecedores de serviços. Desta forma, considerando que se trata de ramo em ascensão no direito brasileiro, o direito do consumidor merece atenção especial na comunidade acadêmica, bem como da população em geral, posto que a doutrina contemporânea busca garantir a tutela dos direitos e garantias preconizados pelo Código Civil de 2002 e Código de Defesa do Consumidor de 1990.

Sabe-se que o Código de Defesa do Consumidor surgiu para fortalecer a tutela do consumidor no mercado de consumo, pois em diversos enfoques este se encontra em visível situação de vulnerabilidade, o que não se mostra diferente quando analisada a prestação do serviço público de abastecimento de água. Diante disto, o trabalho busca enfrentar a questão da responsabilidade da concessionária de serviço público diante do negócio jurídico firmado entre si e os destinatários finais, realizando profunda análise não apenas da doutrina, mas de julgados emanados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como objetivo específico de verificar se há a incidência do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, em especial ao serviço de abastecimento de água.

Os métodos de procedimento utilizados foram o monográfico e o bibliográfico. O primeiro, utilizado na análise de doutrina concernente ao tema trabalhado, para fins de buscar a conceituação de serviço público, esclarecendo como ocorre a privatização deste, apreciando as questões atinentes a relação jurídica existente entre os fornecedores do serviço de abastecimento de água e dos destinatários finais do mesmo, sob o ponto de vista da legislação contemporânea, averiguando, ainda, qual é a responsabilidade da concessionária de serviço público diante dos negócios jurídicos que firma. O segundo fora utilizado para examinar a jurisprudência do

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e seus respectivos entendimentos sobre a matéria, por meio da análise das decisões do referido Tribunal entre os anos de 2014 e 2016.

Por fim, com base nos objetivos e métodos utilizados, estrutura-se o artigo em duas partes, sendo o primeiro item necessário para exercer a conceituação dos serviços públicos, analisando o fenômeno da privatização dos mesmos, considerando se estão estes sujeitos ou não a legislação consumerista, para fins de investigar a responsabilidade civil que incorrem. Já no segundo, analisa-se de que maneira o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se manifesta diante de casos concretos, para fins de investigar se o mesmo age em consonância com a doutrina e legislação contemporânea sobre os serviços públicos de abastecimento de água.

1 Da privatização dos serviços públicos: uma análise sob o ponto de vista da doutrina e legislação acerca da responsabilidade civil das concessionárias no fornecimento de água

Para tratar do fenômeno da privatização dos serviços públicos, mostra-se necessário, em um primeiro momento, compreender de que maneira o Poder Público pode transferir à particulares a realização e execução de serviços que são, em regra, de sua incumbência. Nesse sentido, é imperioso compreender o conceito de serviço público, o qual fora determinado por Meirelles (2011, p.289) como sendo “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade”, bem como por Mello (2015, p. 695) como sendo:

Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, portanto,

consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Dito isto, há de se falar que a própria Constituição da República Federativa de 1988, em seu Art. 175⁴, traz, ainda que de forma implícita, o conceito de serviço público, bem como regulamenta e dispõe sobre a possibilidade deste ser prestado sob regime de concessão ou permissão.

Nesse sentido, nota-se que é do Poder Público à titularidade para a prestação do serviço público, no entanto, isto não importa em dizer que necessariamente este é quem deverá realizar sua execução. Quanto a essa, poderá ser delegada mediante prévio procedimento administrativo, o qual será realizado por meio de um contrato de concessão ou de ato de permissão, em detrimento da descentralização administrativa. No que tange à concessão, fora definida em sentido amplo por Di Pietro (2015, p. 336) como sendo um “contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, obra pública ou de serviço de que a Administração seja a usuária direta ou indireta [...]”. Já em relação à permissão, fora conceituada no inciso IV do Art. 2º da Lei nº 8.987/95 como sendo a situação na qual o poder público concede à uma pessoa física ou jurídica capaz, a prestação de um serviço público, o qual deverá ser desempenhado por conta e risco daquele que recebeu tal delegação.

⁴ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Em relação à referida Lei, tem-se que fora enfática ao dispor sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsão do artigo 175 da Constituição Federal, tendo sido motivada pela necessidade de uma melhor regulamentação quanto ao processo de privatização das atividades econômicas estatais, visando transferir a execução dos serviços públicos, ou seja, da Administração Pública indireta – formada por Autarquias, Fundações Públicas, Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas –, para empresas privadas (AZEVEDO, 2002). Em relação ao fenômeno da privatização, Filho (2002, p. 115) discorre:

A privatização ocorreu no âmbito dos serviços públicos pela descentralização administrativa. Ante o acúmulo de atividades assumidas pelo Estado, com o acréscimo dos encargos nos campos econômicos e social, tornou-se inviável sua operacionalização com a qualidade e a presteza requeridas, revelando-se a ineficiência do Poder Público nesse setor. Sentiu-se, então, a necessidade de encontrar novas formas de gestão dos serviços públicos e das atividades privadas assumidas pela Administração.

Nota-se, através da análise acima exarada, que houve uma necessidade, por parte do Poder Público, em buscar outros meios de gerir os serviços públicos, posto que a realização destes, da maneira que se esperava, vinha se mostrando inexecutável. Desta forma, não era mais possível satisfazer às necessidades dos usuários – como são denominados os destinatários da prestação de serviço pelo inciso II do Art. 175 da CF/88 – da maneira adequada, conforme exigência trazida pelo inciso IV do mesmo dispositivo.

Diante disto, sabendo-se que os destinatários da prestação de serviço são entendidos como usuários, há de se versar que àqueles que prestam o serviço de fato são considerados fornecedores. Desta maneira, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 de 1990, conceituou, em seu Art. 3^o⁵, quem seriam tais fornecedores, dentre

⁵ Art. 3^o Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação,

os quais abarcou as pessoas públicas e privadas que prestam serviços. Sendo assim, é possível afirmar que a prestação dos serviços públicos previstos na Constituição da República Federativa, nos artigos 175 e 173⁶, estão inseridos na tutela jurídica do Código de Defesa do Consumidor, de modo que os serviços de telefonia, transporte coletivo, energia elétrica e água, serão sempre, disciplinados pela legislação consumerista.

Quanto ao tema, Fernando Luiz de Azevedo (2002, p. 85) discorre:

Em que pese a prestação de serviços públicos estar sob a titularidade do Estado, e submetida a regras jurídicas do direito público, bem como ao princípio da supremacia do interesse público, o fato é que a relação jurídica que se estabelece entre prestadores (públicos ou privados) e usuários é uma relação econômica marcada pelo vínculo obrigacional (muitas vezes, contratual) regido, desta maneira, por normas jurídicas de direito privado. Para o CDC interessa o equilíbrio das relações de consumo. No caso do consumo de serviços públicos, não se leva em conta a relação jurídica entre o Estado (leia-se Administração Pública) e as empresas concessionárias ou permissionárias, mas o regime jurídico de direito privado (relação obrigacional de consumo) entre a Administração Pública indireta ou empresas privadas (fornecedores, segundo o art. 3º, caput, do CDC) e os usuários de serviços públicos (art. 2º c/c art. 3º, § 2º, ambos do CDC).

Pela análise do disposto, compreende-se, claramente, que é necessário tratar os prestadores de serviço público como fornecedores, sendo estes o próprio Estado ou as empresas – concessionárias ou permissionárias –, bem como que àqueles sujeitos destinatários de tais serviços devem ser compreendidos

construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

⁶ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

como usuários, pela força da palavra trazida pela Constituição Federal, no Art. 175, mas também pela compreensão do conceito do termo usuário, trazido pelo Art. 2^{o7} do Código de Defesa do Consumidor, aplicando-se, à estas situações, as disposições da referida legislação, a qual mostrou-se, ao longo da história, protetora aos usuários, posto que partes mais vulneráveis nas relações de consumo.

Esta ideia de maior vulnerabilidade dos consumidores não surgiu apenas com o advento da legislação consumerista – a qual reconheceu tal situação explicitamente em seu Art. 4^o, inciso I⁸ –, o que se comprova pelo fato de que a própria Constituição da República Federativa de 1988, em seu Art. 5^o, inciso XXXII⁹ já tratava de garantir a proteção dos mesmos. Ainda, há de se falar que na contemporaneidade, os doutrinadores discorrem sobre as mais variadas teorias acerca da vulnerabilidade no mercado de consumo, o que serve, nas palavras de Filgueiras Gaudencio (2016, p. 08) para “buscar a aplicação da igualdade nas relações contratuais em busca de uma igualdade material”.

No que tange o instituto da responsabilidade civil, tem-se que existem duas modalidades recorrentes no ordenamento jurídico brasileiro, sendo estas a responsabilidade civil objetiva e subjetiva. Quanto à última, é adotada como regra pelo Código Civil Brasileiro

⁷ Art. 2^o Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

⁸ Art. 4^o 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: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

⁹ XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

de 2002, o que se infere pela análise dos artigos 186¹⁰ e 187¹¹ da referida legislação. Nesse sentido, versa-se que para que se caracterize a responsabilidade civil subjetiva, é necessário analisar se houve, por parte do sujeito que violou direito e causou dano ao outro, culpa ou dolo em sua ação – ou omissão –. Dessa maneira, o sujeito que se sentiu lesado, precisa comprovar a existência de tais elementos. No entanto, o mesmo Código traz como exceção o instituto da responsabilidade civil objetiva, por meio de seu artigo 927¹², o qual dispensa a análise dos elementos dolo ou culpa.

A responsabilidade civil objetiva fora conceituada por Arnaldo Rizzardo (2013, p. 25,26) da seguinte maneira:

A par da responsabilidade em razão de ato ilícito, há a responsabilidade desvinculada do pressuposto da conduta antijurídica, não se questionando a respeito da culpa. É a responsabilidade objetiva, pela qual a obrigação de reparar o dano emerge da prática ou da ocorrência do fato. Veio introduzida mais claramente no Código Civil de 2002, tendo a regra matriz no parágrafo único do art. 927, que preceitua: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” Foi uma imposição dos acontecimentos da vida o seu aparecimento.

Nesse sentido, importante esclarecer que o Código de Defesa do Consumidor adota, diferentemente do que faz o Código Civil, como regra, o instituto da responsabilidade civil objetiva. Isto fica

¹⁰ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹¹ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

claro com a análise dos artigos 12¹³, 13¹⁴ e 14¹⁵ da referida legislação consumerista, ocorrendo pela já referida proteção que é despendida aos consumidores na legislação brasileira. Neste sentido, tem-se que resta evidenciada a possibilidade dos consumidores do serviço de abastecimento e fornecimento de água acionarem judicialmente os prestadores toda vez que a má prestação deste serviço público acarrete algum dano aos mesmos. Ainda, é possível trazer à tona a disposição do § 6^o¹⁶ do Artigo 37 da Constituição da República Federativa de 1988, a qual demonstra a possibilidade de as concessionárias responderem pelos danos que seus agentes causarem.

Em uma análise mais específica ao serviço de fornecimento de água, tem-se que com o advento da Lei Federal de Saneamento, Lei 11.445/2007, regulamentada pelo Decreto Federal 7.217/2010, a qual estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, a responsabilidade no serviço público de abastecimento de água a toda a população recai sobre o Poder Público Municipal, podendo esse serviço ser concedido a empresas públicas ou privadas. Salienta-se, que mesmo sendo concedido, ainda se mantém a responsabilidade ao Poder Público de garantir condições adequadas para a prestação do serviço, sendo isso resguardado nos contratos firmados com as empresas de saneamento.

¹³ Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

¹⁴ Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis [...];

¹⁵ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos

¹⁶ § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Dessa forma, frisa-se que a responsabilidade da concessionária de serviço público de abastecimento de água se dá a partir do dano que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros diante do negócio jurídico de consumo. Ainda, o presente estudo vislumbra a importância da consciência de que o "ser consumidor", no sistema capitalista, é uma extensão do "ser cidadão", sendo que a consagração dos direitos básicos dos consumidores, sucedida de uma efetiva participação dos mesmos na luta pela efetivação desses direitos, representa uma parcela significativa do exercício da cidadania (AZEVEDO, 2002).

Delineada esta realidade, restando esclarecida a ideia central de que as concessionárias de serviço público são objetivamente responsáveis pela prestação de serviço de fornecimento de água, por meio do que impõe a legislação contemporânea brasileira, mostra-se imperioso analisar de que maneira o poder judiciário, mais especificamente o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vem decidindo acerca do tema.

2 Do entendimento jurisprudencial do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul sobre o tema

Realizada as análises e conceituações pertinentes acerca do serviço público de abastecimento de água, bem como sobre a responsabilidade da concessionária do serviço público no que tange o âmbito da legislação civilista e consumerista contemporânea, resta apreciar as decisões mais recentes acerca da matéria no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. De início, importante salientar que a jurisprudência pacificou a matéria de ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor às concessionárias de serviço público, uma vez que a relação jurídica tem natureza de Direito Privado¹⁷.

¹⁷ A pesquisa de jurisprudência baseou-se primordialmente na busca pelas expressões "serviço público", "abastecimento de água" e "responsabilidade concessionária", sendo selecionadas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entre os anos de 2014 e 2016.

É de se referir que o critério para a busca jurisprudencial fora objetivo. Partiu-se da análise da responsabilização da concessionária diante do negócio jurídico de consumo nas demandas que versavam sobre a solicitação da ligação de água e saneamento básico em imóvel diante da negativa da concessionária para prestar o serviço notadamente essencial, na suspensão indevida da prestação do serviço de fornecimento de água, bem como na cobrança majorada de faturas pela concessionária do serviço de abastecimento de água.

Houve a escolha de 10¹⁸ jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no período dos anos de 2014 à 2016, visando analisar a prestação do serviço público de abastecimento de água e a responsabilidade da concessionária de serviço público diante do negócio jurídico de consumo. As jurisprudências pesquisadas foram selecionadas por relevância jurídica para a comunidade em geral e, sobretudo, por demonstrar as diversas falhas da concessionária na prestação do serviço público de abastecimento de água.

Analisadas as jurisprudências, as quais variam entre Varas Judiciais do Estado do Rio Grande do Sul e Juizados Especiais Cíveis, verificou-se que 07 das 10 decisões de 1º grau foram procedentes, tendo os autores obtido êxito em seus respectivos pedidos. Ademais, nas outras 03 demandas, fora reconhecida a parcial procedência dos pedidos, só não obtendo a total procedência por terem sido reduzidos os valores de indenização pelos danos que as partes alegavam ter sofrido.

As referidas decisões tratam-se, basicamente, de ações ordinárias, ações cominatórias com pedido de obrigação de fazer, ações indenizatórias e ações civis públicas, pleiteando a responsabilização da concessionária diante do negócio jurídico de consumo. Os pedidos, em síntese, convergem em requerimentos de

¹⁸ A análise jurisprudencial deu-se sobre os acórdãos de número 70059409292; 70062792932; 70066060849; 71005528260; 71005098447; 70065749996; 70069972123; 71006136683; 70059992339; 70055405344.

solicitação da ligação de água e saneamento básico em imóvel diante da negativa da concessionária para prestar o serviço notadamente essencial, suspensão indevida da prestação do serviço de fornecimento de água, bem como a cobrança majorada de faturas pela concessionária do serviço de abastecimento de água.

Ainda, os pedidos indenizatórios, em suma, encontram respaldo na privação a que a concessionária submeteu os autores, configurando o abalo moral e o dever de ressarcimento por parte da demandada. O quantum indenizatório das demandas foi estimado e fixado de forma proporcional e razoável ao abalo sofrido, considerando-se as peculiaridades dos casos concretos.

Já nas decisões de 2º grau, 09 dos 10 recursos interpostos pela concessionária do serviço público de abastecimento de água foram negados, sendo mantidas as decisões de 1º instância. O único recurso que obteve a parcial procedência na 2º instância, fora para reajustar o quantum indenizatório que havia sido fixado inicialmente.

Neste sentido, colaciona-se entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em Apelação Cível analisada, pela qual se demonstra a legitimidade passiva da concessionária em casos que versem sobre o serviço de fornecimento de água, bem como a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos casos concretos (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2015):

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. PEDIDO DE LIGAÇÃO DE ÁGUA. CORSAN. LEGITIMIDADE PASSIVA. VIABILIDADE DO FORNECIMENTO DO SERVIÇO COMPROVADA PELO ABASTECIMENTO DE ÁGUA EM RESIDÊNCIAS CONTÍGUAS. CONDICIONAMENTO DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO À COMPROVAÇÃO DE PROPRIEDADE DO IMÓVEL. IMPOSSIBILIDADE. A CORSAN é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, uma vez que esta versa sobre o fornecimento de água na residência da parte autora. O abastecimento de água configura serviço essencial à população, sendo obrigação dos órgãos públicos, por si ou suas concessionárias, o fornecimento deste serviço, nos termos do art.

22 do CDC. Caso concreto em que o serviço já é prestado no mesmo local onde reside a parte autora, circunstância que demonstra a possibilidade de atendimento da pretensão. Impossibilidade de condicionamento da prestação do serviço de fornecimento de água potável à comprovação da propriedade do imóvel. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível N° 70066060849, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em 23/09/2015).

Neste seguimento, mostrou-se indubitável que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem entendimento consoante com a legislação pátria, posto que zela pela viabilidade da concessionária figurar no polo passivo de ações que versem sobre o fornecimento de água potável, a qual se constitui como um bem essencial para a preservação da dignidade humana. Nesse sentido, tem-se que a Constituição da República Federal de 1988, em seu artigo 225¹⁹, prevê a necessidade de se manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado para a população, devendo se compreender que a água é um bem indispensável e essencial.

Nesse sentido, as decisões costumam trazer à tona, em sua fundamentação, a Lei Federal n° 7.783/89, a qual traz no inciso I do Art. 10 a ideia de que “tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis” são considerados serviços ou atividades essenciais. Na análise do mérito da Apelação Cível n° 70059409292, o Relator versa acerca da água, de modo que frisa sobre sua importância. Nesse sentido, discorre o Desembargador Leonel Pires Ohlweiler (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2014, p. 07):

Trata-se de bem jurídico de grande importância para a coletividade, tanto que compete privativamente à União legislar sobre água (artigo 22, inciso IV, CF). Hodiernamente,

¹⁹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

considerando o atual estágio de desenvolvimento de nossa sociedade, a água é fundamental para uma vida digna. O seu processo de distribuição, com efeito, deve ser compreendido a partir deste horizonte de sentido, como serviço público essencial para os cidadãos. (Apelação Cível Nº 70059409292, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 23/10/2014).

Não obstante, versa-se que o Superior Tribunal de Justiça apresenta entendimento consolidado no sentido de que se aplica o Código de Defesa do Consumidor às concessionárias de serviço público, compreendendo que a relação jurídica tem natureza de direito privado, sendo o pagamento contraprestação sob a forma de tarifa. Desta maneira, ressalta-se que o referido código dispõe em seu artigo 22²⁰, sobre a obrigação no fornecimento de serviços corretos, eficientes, seguros e, em relação aos essenciais, contínuos.

Ainda, o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul acerca do tema se encontra sedimentado no sentido de que a suspensão do fornecimento de água como forma de coerção para o pagamento de débitos pretéritos não é possível, considerando a característica de essencialidade conferida ao serviço público, de maneira que se colaciona ementa da Apelação Cível nº 70062792932 para corroborar tal afirmação (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2015):

APELAÇÃO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE ÁGUA. CORSAN. SUSPENSÃO POR FALTA DE PAGAMENTO. PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE DA UNIDADE CONSUMIDORA. RESTABELECIMENTO DO SERVIÇO ESSENCIAL CONDICIONADO À EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA POSSE NA ESFERA ADMINISTRATIVA. EXCESSO DE RIGORISMO. APLICABILIDADE DO CDC. DANO MORAL. OCORRÊNCIA.

²⁰ Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos

QUANTUM MANTIDO. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. 1. Tratando-se de relação de consumo, o abastecimento de água destinado ao usuário residencial, como consumidor final, aplicável as disposições do CDC, cabendo, inclusive, a inversão do ônus da prova [...] Considerando que, para obter tanto a transferência de titularidade como o fornecimento do serviço público essencial, o autor se viu obrigado a ingressar em juízo para satisfazer a sua pretensão, em razão do excessivo rigorismo nas condições impostas pela concessionária ré na esfera administrativa, não se pode considerar o ocorrido um mero dissabor cotidiano, ainda mais quando a obrigação de fazer só foi cumprida pela parte ré mediante ordem judicial. 4. O dano moral resta configurado pelas privações a que a parte ré submeteu o autor e sua família, pois é inviável a concessionária negar-se a restabelecer o abastecimento de água na unidade consumidora onde o autor reside, sob o pretexto de necessidade de atualização cadastral, depois de quitadas todas as faturas pendentes de consumo regular. [...] NEGARAM PROVIMENTO AOS APELOS. (Apelação Cível Nº 70062792932, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 24/06/2015).

Outrossim, versa-se que a Lei 8.987/95 - a qual dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no Art. 175 da Constituição Federal - em seu artigo 6º, §3º, prevê as hipóteses que legitimam a interrupção da prestação do serviço público. Nesse sentido, existe tal possibilidade quando a interrupção é “I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações” e ainda, “II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”. Refere-se que previstas as hipóteses excludentes, as mesmas devem ser comprovadas, no caso, pela concessionária.

Diante do exposto, ficara devidamente demonstrado que diversas são as situações que ensejam a responsabilização das concessionárias de serviços públicos, as quais detêm legitimidade para figurar no polo passivo das demandas, no que tange o serviço de fornecimento de água. Nesse sentido, as decisões vão ao encontro da legislação, compreendendo que a responsabilidade das

concessionárias se dá de maneira objetiva, desconsiderando a análise do elemento do dolo ou da culpa. Corrobora-se tal análise pela fundamentação trazida na Apelação Cível nº 70059409292, na qual o consumidor buscava indenização pela demora na ligação de água em sua residência. No julgamento, o Relator Leonel Pires Ohlweiler (2014, p. 12) explana que “a responsabilidade decorrente desta relação é objetiva, e aperfeiçoa-se mediante o concurso de três pressupostos: a) o fato do serviço; b) evento danoso, e; c) relação de causalidade entre o defeito do serviço e o dano”.

A referida decisão, na própria ementa, já traz à tona o entendimento de que as concessionárias são responsáveis pelos danos causados por seus agentes, conforme se demonstra (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2014):

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. PEDIDO DE ABASTECIMENTO - LIGAÇÃO - DE REDE DE ÁGUA POTÁVEL [...] RESPONSABILIDADE CIVIL DAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Aplicação do artigo 37, §6º, da CF. Incidência dos artigos 14 e 22 do CDC. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS CONFIGURADOS. MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. [...] APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70059409292, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 23/10/2014).

Desta forma, diante da análise das decisões ponderadas e estudadas, mostrou-se possível afirmar que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acata toda a legislação que trata sobre o tema, de maneira que é fiel não apenas à lei, mas também à doutrina, posto que entende o consumidor como usuário digno de receber serviço adequado, considerando a essencialidade e importância da água, responsabilizando à concessionária objetivamente quando esta

deixa de cumprir com suas obrigações, ou vêm à ferir direito dos sujeitos, vez que a encara como fornecedora. Isto posto, não há de se falar em entendimentos dispares ou desuniformes no Tribunal Gaúcho, o qual mostrou-se bastante congruente em suas decisões, posto que respeita as determinações legais cabíveis nos casos práticos que julgou.

Conclusão

Vencidos os objetivos do presente estudo, obtidos por meio da análise da doutrina e da jurisprudência, adentra-se às considerações finais da pesquisa, de maneira que foi possível concluir que o fenômeno da privatização dos serviços públicos encontra respaldo na legislação brasileira, sendo este possível não apenas no que diz respeito ao fornecimento e abastecimento de água, mas também à serviços como telefonia, fornecimento de energia elétrica, transporte público, entre outros.

Diante disto, mostrou-se importante garantir um fornecimento adequado e seguro aos sujeitos destinatários destes serviços, de modo que a própria Constituição da República Federativa tratou de empregar o termo “usuário” aos mesmos, o que remete ao conceito trazido pelo Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, os destinatários passaram a ser considerados usuários, e os prestadores dos serviços, sejam eles o próprio Estado ou as empresas concessionárias e permissionárias, passaram a ser consideradas fornecedoras, de modo que a legislação consumerista veio a ser amplamente empregada em tais situações.

Quanto a esta, ficou demonstrado que tem a finalidade de proteger o consumidor, sendo protecionista em decorrência da maior vulnerabilidade destes nas relações de consumo, tanto que quando se trata de responsabilidade civil, o Código Civil traz como regra o emprego da Responsabilidade Civil Subjetiva, onde é necessário que se analise a culpa do sujeito que incorreu em um ato ilícito capaz de causar dano à terceiros, enquanto que a legislação

consumerista emprega a Responsabilidade Civil Objetiva, descartando a necessidade de se analisar a culpa dos agentes.

Dessa maneira, somando-se ao fato de o Código de Defesa do Consumidor entender que nos negócios jurídicos de consumo não se analisa a culpa do agente, a Constituição da República Federativa traz à tona a possibilidade de as concessionárias responderem pelos danos que seus agentes causarem, tendo ficado bastante assentado por meio da aplicação da legislação contemporânea, que nos casos em que existem problemas decorrentes do fornecimento de serviços públicos por parte das concessionárias, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, bem como o instituto da Responsabilidade Civil Objetiva, pelo qual as empresas respondem objetivamente pelos danos causados aos usuários de seus serviços.

Diante disso, ficou demonstrado que a garantia da defesa do consumidor na prestação adequada e eficaz de serviços públicos essenciais está para resguardar os indivíduos enquanto sujeitos de direito, de modo que a análise das jurisprudências emanadas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul serviu para corroborar as ideias que vinham sendo preconizadas pela legislação cabível em tais casos. Observou-se que o referido Tribunal entende a água como um bem essencial, importante e indispensável à vida humana, dirimindo os conflitos que envolvem os destinatários do serviço público de fornecimento de água e das concessionárias através da legislação consumerista contemporânea, aplicando o Código de Defesa do Consumidor e o instituto da Responsabilidade Civil Objetiva à estas, as quais, conforme corroborado pelo entendimento do Tribunal, podem figurar no polo passivo de ações que discutam o tema, ficando firmado o entendimento de que devem indenizar o usuário pela má prestação de serviço quando esta ocorrer.

Referências

- AZEVEDO, Fernando Costa de. **Defesa do Consumidor e regulação**: a participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2017.
- _____. Decreto nº 7.217 de 21 de junho de 2010. **Normas para execução da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>. Acesso em: 10 jun. 2017.
- _____. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 05 jun. 2017.
- _____. Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. **Lei das Concessões de Serviços Públicos**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 jun. 2017.
- _____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 jun. 2017.
- _____. Lei nº 11.445 de 05 de janeiro de 2007. **Lei Federal do Saneamento Básico**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 06 jun. 2017.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70059409292**. Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler. Julgado em 23/10/2014. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 06 jun. 2017.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70062792932**. Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 24/06/2015. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 06 jun. 2017

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70066060849**. Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em 23/09/2015. Disponível em: < <https://www.tjrs.jus.br/site/> > Acesso em: 06 jun. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FILHO, José Soares. **Serviço Público**: conceito, privatização. Revista *Jus et Fides*. Universidade Católica de Pernambuco. Ano 2. Nº 1. Julho 2002.

GAUDENCIO, Aldo Cesar Filgueiras. **(Hiper)proteção contratual do consumidor: consolidação da defesa dos consumidores hipervulneráveis no direito brasileiro**. In: FEITOSA, Raymundo Juliano. Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 1-22.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

**O princípio da afetividade
nas relações de família:
análise do abandono afetivo a partir
da dignidade da pessoa humana**

*Thábata Santa Catarina de Souza*¹

*Djéssica Kossmann da Silva*²

*Tamiris Alessandra Gervasoni*³

“ter um filho e reconhecer sua paternidade deve ser, antes de uma obrigação legal, uma demonstração de afeto e dedicação, que decorre mais de amar e servir do que responder pela herança genética”.
(BOEIRA. 1999, p. 53-54)

1 Introdução

À vista das diversas transformações ocorridas na história brasileira, tais como o reconhecimento da igualdade entre homens

¹ Graduanda em Direito na Faculdade IMED/RS.

² Graduanda em Direito na Faculdade IMED/RS.

³ Mestre com Bolsa Capes Prosup em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Graduanda em Direito pela mesma instituição.

e mulheres, da igualdade entre os filhos biológicos e adotivos, percebe-se o reflexo que essas mudanças acarretaram no ordenamento jurídico brasileiro. Esse conjunto de inovações interferiu diretamente e indiretamente no que tange a formação da família, isso porque, as normas que estavam vigentes no Brasil, precisaram adequar-se a real necessidade que as populações estavam apresentando. Desse modo, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a família pela união estável entre os cidadãos. Ao olhar simples não parece grande mudança ou até mesmo uma evolução da história, porém foi com essa introdução no ordenamento que se reconheceu a família não só formada pelo casamento, mas pelas suas diversas feições, como a família monoparental, socioafetivas, homoafetivas e multiparental. Assim, surgiu o entendimento de que para constituir uma família não é necessária apenas a compatibilidade sanguínea, mas de laços afetivos que envolvam seus membros.

Nesse contexto, o afeto ganha grande relevância no que concerne a preservação do bem-estar da família, tanto que o Estado cria medidas que minimizem de alguma forma as consequências geradas aos indivíduos que não possuíram em sua vida a presença da afetividade de seus genitores. O afeto nas relações da família surgiu a partir da interpretação dos princípios implícitos na Constituição Federal de 1988 e, isso, se tornou tão importante que ele foi elevado à condição de um princípio, denominado de princípio da afetividade. À vista disso, o presente artigo apresenta o seguinte problema: O que é o princípio da afetividade e qual a sua relevância para a caracterização do abandono afetivo?

A partir disso, o artigo possui como objetivo geral verificar a interferência da afetividade nas relações das famílias e na configuração do abandono afetivo. De tal maneira, com fundamento no objetivo geral, tornou-se viável a criação de objetivos específicos, todos que de algum modo contribuiriam para uma avaliação mais crítica acerca do problema e, conseqüentemente, auxiliariam em sua solução. Com os objetivos específicos, busca-se analisar as novas

formas de constituição da família brasileira em decorrências das transformações ocorridas na sociedade, partido da ideia que o afeto recebe grande destaque nessas relações principalmente após sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro. Após, busca-se observar a relevância do afeto nas relações familiares, bem como averiguar o seu reconhecimento como um princípio jurídico. Por fim, almeja-se realizar levantamento bibliográfico acerca dos direitos e deveres dos membros que compõem uma família e, correlacionar a afetividade com o abandono afetivo.

Dito isso, este artigo por meio de uma metodologia hipotético dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, possui a finalidade averiguar o que é a afetividade, denotando sua real importância na formação das famílias brasileiras, além de ressaltar os dispositivos que visam sua proteção e as consequências jurídicas geradas aos indivíduos que se omitem em realizar seus deveres. Todo esse processo de investigação e estudo torna-se justificado pelo fato da relevância que o tema exposto no presente artigo, possui perante o contexto social e acadêmico.

2 A transformação do modelo de família na sociedade brasileira e sua proteção jurídica

Ao se falar em família, torna-se quase impossível para muitas pessoas desvincular a imagem de um grupo social, o qual compartilha determinados costumes. Mas o que é família? Seria possível existir um conceito que abrangesse todas as formas que existem no mundo? Tais indagações tornam-se complexas de serem respondidas, na medida em que se analisa a forma que vem sendo constituída uma família ao longo dos séculos. Nesse contexto, cabe ressaltar que as diversas transformações que ocorreram na história do Brasil influenciaram diretamente nas feições das famílias do século XXI.

Assim, todas essas modificações configuram-se de extrema importância no que diz respeito à evolução histórica da família brasileira e, isto, reflete-se diretamente no contexto social no qual os

cidadãos convivem. Nessa perspectiva também ocorreram transformações nas próprias culturas que são compartilhadas entre os povos e, até mesmo, no ordenamento jurídico o qual ficou condicionado a uma “renovação” capaz de atender às necessidades da população.

Ante o exposto, é necessário lembrar que o conceito tradicional de família patrimonial e patriarcal, era caracterizado como o retrato de uma sociedade cuja dissolução do casamento era vetada, não havia igualdade entre seus membros, já que a chefia familiar era feita pelo homem, além de forte reprovação às pessoas unidas sem laços matrimoniais. Tal conceito foi ampliando-se ao decorrer da evolução social. Por outro lado, a família conceituada pela Constituição Federal de 1988 lançou uma nova base jurídica, passando esta a ser considerada uma união fundada no afeto e no amor recíproco.

Um exemplo de tais alterações legislativas é a Lei do Divórcio (EC 9/1977 e lei 6.515/1977) que “acabou com a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia de família como instituição sacralizada [...]” (DIAS, 2007, p. 30). Nesse sentido, também alude Gisele Leite quanto a mais importante das alterações como sendo “[...] aquela que diz respeito à isonomia conjugal, consagrando que pelo casamento homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, ou companheiros, e são responsáveis pelos encargos da família.” (LEITE, 2008, p. 120).

Houve uma variação na valorização jurídica da família, uma vez que a formalidade deixou de ser o foco predominante, passando a ser o afeto recíproco entre os membros que a compõem. Considerando o afeto como elo que une a família em um vínculo de liberdade e responsabilidade. Embora não exista um conceito taxativo de família capaz de abarcar todas as suas formas, pode se dizer que a mesma seria compreendida como um grupo de indivíduos que por alguma justificativa estão ligados entre si, seja por um laço sanguíneo ou afetivo. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves destaca que “[...] o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de

sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreendem os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins.” (GONÇALVES, 2012, p. 17)

Dessa forma, observando as modificações sociais e os vínculos de afetividade existentes entre determinados grupos de cidadãos, percebe-se que o novo conceito de família está diretamente relacionado com esses dois elementos. Vez que o Direito precisou se adequar perante o contexto social, para somente assim conseguir atender as demandas provenientes da sociedade. Nesse ponto, originou-se o novo formato do direito de família. Dessa maneira, foi reafirmada a perspectiva de proteção das famílias, principalmente, dos laços de afeto presente em suas relações. Assim, “surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista que busca a felicidade individual vivendo processo de emancipação de seus membros”. (DIAS, 2007, p. 52).

É a família eudemonista que deve ser protegida pelo ordenamento jurídico, um modelo familiar pautado no afeto, na capacidade de dar e receber amor, na solidariedade recíproca e na possibilidade de emancipação dos seus membros, uma vez que tem a possibilidade de buscarem formas de realização pessoal e profissional. Esta preocupação pode inclusive ser constatada na jurisprudência, demonstrando que doutrinadores e julgadores estão, cada vez mais, preocupados com o afeto nas relações de família. Desse modo, a afetividade existente entre os indivíduos que compõem a família, passa a ter extrema relevância, justamente porque é esse laço de afeto que irá influencia-los nas suas relações tanto pessoais quanto sociais. À vista disso, a família torna-se responsável pela modulação das pessoas, especialmente porque ela é a primeira instituição que o ser humano possui como referência, na qual ele constitui sua personalidade, princípios e identidade.

O Estado passou a assumir o dever de proteger esses vínculos originários do afeto, tanto que o ordenamento jurídico deixa de

demonstrar tanta preocupação com a dissolução de um casamento e começa a criar leis voltadas inteiramente nos resultados que essa “separação” pode acarretar nos integrantes de um grupo familiar. Além disso, o Ente Público também passou a preocupar-se com o amparo do indivíduo que, embora não vivenciou uma dissolução do casamento de seus entes paternos, se vê sendo prejudicado pela falta de afeto e preocupação em seu desenvolvimento físico, psicológico e emocional.

Uma série de deveres dos entes maternos e paternos em relação aos seus filhos podem ser observados, essencialmente, nos dispositivos elencados no Código Civil de 2002 e na Constituição Federal de 1988; ou, até mesmo, no Estatuto da Criança e do Adolescente. A inclusão desses direitos e deveres atribuídos aos indivíduos que integram a família pode ser justificada pelo fato de que o ser humano, até mesmo em suas relações mais íntimas é a principal preocupação do Estado, incumbindo a ele uma série de responsabilidades e deveres.

Nesse ângulo, a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer que a família não seria somente constituída pelo casamento, mas também pela união estável, onde ambas as formas de instituição seriam baseadas nos laços afetivos entre seus membros, reconhece, também, a construção familiar independentemente da orientação sexual dos indivíduos. Assim, tal prática acarretou diversas consequências na sociedade, no sentido positivo, é claro, como a ratificação da igualdade homens e mulheres. De tal forma, o reconhecimento dessas novas modalidades de construção familiar, abrangeria a família monoparental, homoafetivas, socioafetivas ou qualquer outra forma de união capaz de gerar responsabilidades. Neste sentido, PESSANHA (2011, p.03) destaca que:

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de família foi ampliado, acrescentado que, além do casamento, a família poderia ser formada pela união estável entre homem e mulher, bem como pela família monoparental, que é aquela formada por um ascendente e seus descendentes. Além disso,

através da interpretação constitucional, por meio de princípios constitucionais implícitos e explícitos, encontram-se outras entidades familiares, como as famílias socioafetivas, homoafetivas, entre outras, que são ancoradas em laços de afeto, com a finalidade de realização pessoal e familiar [...].

Logo, é nesse conjunto de renovações que surge o princípio da afetividade, o qual há desde sempre esteve presente nas famílias, mas somente com o advento da Constituição Federal de 1988 que ganha proteção. De tal modo, o afeto está vinculado à responsabilidade que os entes maternos e paternos possuem em relação aos seus filhos. Responsabilidades estas que se referem à educação, à formação, à alimentação, à guarda, à criação, à convivência, etc. Todavia, quando não existe esse afeto, caracteriza-se o abandono afetivo, acarretando o dever indenização pelo agente que o prática.

3 A relevância do afeto nas relações familiares e seu reconhecimento como um princípio jurídico

Em decorrência das diversas modificações ocorridas nas sociedades, seja na cultura, no próprio ordenamento jurídico ou até mesmo na prática de novos costumes, percebe-se que há uma valoração nos direitos da pessoa essencialmente no que tange à dignidade humana. Isto porque o ser humano passa a ser colocado no centro da entidade familiar e, a partir disso, o legislador estabelece responsabilidades com os membros desta, vez que tais obrigações originam penalidades àqueles que se omitem em obedecê-las.

O indivíduo passa ser a preocupação central do Estado, o qual além de assegurar-lhe direitos, também busca mecanismos capazes de garanti-los. Assim, por meio de um conjunto de interpretações de princípios, como por exemplo, aqueles firmados pelo Brasil nos Tratados e Convenções Internacionais, aqueles expressos e implícitos na Constituição Federal de 1988, no Código Civil de 2002 e na própria legislação brasileira, seria possível garantir a realização desses direitos.

Considerando, nessa perspectiva, o laço afetivo que envolve a instituição família, bem como as garantias atribuídas ao indivíduo, verifica-se que é ratificado o princípio da dignidade humana, o qual foi estabelecido como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme demonstrado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Ao se reconhecer que os cidadãos detêm direitos familiares e, estes estariam essencialmente, baseados na afetividade entre seus integrantes, ocorreu uma promoção dos direitos à personalidade, da liberdade sexual, da autonomia da vontade, do próprio desenvolvimento do ser humano, da igualdade entre homens e mulheres.

Conforme, Rehbeun e Schurmer (2010, p. 13) o princípio da dignidade da pessoa humana serviria com um eixo dos direitos e garantias atribuídas aos seres humanos, bem como a base do princípio da Afetividade, sendo este originário da “interpretação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, vez que ambos asseguram o digno desenvolvimento do ser humano perante a entidade familiar”.

O afeto é compreendido como elemento fundamental da família, tanto que é elevado a condição de princípio, o qual influencia diretamente a interpretação dos direitos e deveres dos indivíduos. Assim, “[...] o afeto ganhou status de valor jurídico e, conseqüentemente, logo foi elevado à categoria de princípio como resultado de uma construção histórica em que o discurso psicanalítico é um dos principais responsáveis [...]” (PESSANHA, 2011, p. 04).

No mesmo sentido, a família seria considerada como um mecanismo gerador de responsabilidades, respeito e compaixão entre as pessoas. A partir daí os vínculos que são ancorados sobre o afeto poderiam ser compreendidos como uma motivação capaz de justificar a construção da família brasileira. Desse modo, as pessoas começam a constituir uma relação baseada no afeto, inicialmente porque compartilham os mesmos interesses e buscam, essencialmente, a realização pessoal.

Dessa forma, o afeto torna-se a base da instituição familiar. De uma maneira mais informal, assim como o mar é essencial para a

existência de ondas, o afeto é fundamental para a existência de uma família, vez que quando não existe o principal elemento, não há em que se falar da existência do segundo. Havendo uma relação de interdependência entre ambos os elementos.

De tal modo, ao analisar-se as mutações que ocorreram nas famílias brasileiras, torna-se imprescindível realizar uma definição do que seria o afeto. Pois bem, o afeto resume-se em compaixão, respeito, harmonia que devem existir entre os cidadãos. Vez que a afetividade é responsável por manter a estabilidade em uma família, combatendo todo e qualquer tipo de discriminação no que concerne às obrigações atribuídas aos seres humanos, no sentido de dar atenção ao filho, auxiliando no seu desenvolvimento pessoal e principalmente na formação de sua personalidade. Havendo uma proteção desde o nascimento da criança, resumindo-se em uma forma de assistência no seu desenvolvimento.

Cabe ressaltar que existem diversas formas de compreensão do afeto, ou seja, dependendo da interpretação realizada, o afeto pode dar origem a diversos conceitos. Na concepção de muitos, o afeto estaria diretamente relacionado com a perspectiva dos sentimentos. Entretanto, para Tartuce (2012, p. 01) o afeto não estaria relacionado com os sentimentos, essencialmente, do amor ou muito menos se assemelha a este. Para ele o “afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio”. Assim, o afeto quando caracterizado pelo englobamento de diversos sentimentos sejam bons ou ruins, refere-se a um fator psicológico, razão pela qual as pessoas mantêm certo tipo de relacionamento.

Por sua vez o afeto é um conjunto de fenômenos psíquicos que se exteriorizam por meio de comportamentos amorosos e atitudes positivas. Desse modo, a família tem um importante papel no que tange a transmissão de afeto aos seus filhos influenciando diretamente em sua formação. Assim, a afetividade, o convívio e a demonstração de interesse da parte dos pais são necessários para o crescimento pessoal e saudável de seus filhos.

Todavia, quando ocorre uma separação de uma entidade familiar, os laços afetivos devem continuar presentes e, os deveres não deveriam condizer tão somente com a ideia de auxílio financeiro pelas partes envolvidas no caso, como por exemplo, uma pensão alimentícia, mas careceria pela presença dos mesmos na vida dos seus descendentes. Dessa forma, o afeto é o que dá origem à família e esta, é o ambiente que deve se manter de modo mais estável possível para posterior desenvolvimento físico e psíquico adequado do indivíduo.

Dito isso, percebe-se que o legislador se preocupa em assegurar aos indivíduos o direito à família e em amenizar as consequências resultantes da falta do afeto em suas vidas. A ausência da afetividade na vida das crianças e dos adolescentes dará origem ao abandono afetivo. De tal modo, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242 afirmou que “amar é faculdade, cuidar é dever”. De suma, os pais possuem a escolha de demonstrar sentimentos em relação aos seus filhos, mas possuem a obrigação de auxiliar no desenvolvimento dos mesmos.

Nas palavras de Maria Berenice Dias (2007, p. 107):

O conceito atual da família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade, como atribuição do exercício do poder familiar. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação [...] Assim, a convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas direito do filho. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo.

4 Os reflexos do reconhecimento social e jurídico do afeto perante o direito e a sua evolução jurisprudencial

Direitos novos surgem e estão sempre surgindo. A legislação recente vem dando sinais da inclusão da afetividade de forma mais nítida. A Constituição Federal de 1988 promove proteção a essa nova

visão de família possuidora de relações de afeto. Tal proteção pode ser visualizada de forma expressa em seu artigo 226, o qual prevê como obrigação do Estado dar uma proteção especial a entidade familiar. Além de estabelecer o caráter civil e gratuito do casamento, a efetividade do casamento religioso, a igualdade dos entre o homem e a mulher no casamento, a alternativa pela separação judicial e pelo Divórcio, a liberdade para realização do planejamento familiar e a assistência à família individualmente aos membros desta.

Além disso, no artigo 227, caput, assegura-se o direito à dignidade, à saúde e a convivência da criança e do adolescente como responsabilidade da família. No artigo 229, há a afirmação da igualdade dos pais no exercício de seus poderes perante a família, aceitando e regulamentando a guarda compartilhada. Para Lobo (2006, p. 03) são três os principais fundamentos do princípio da afetividade previstos na Constituição Federal de 1988:

[...] a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); não é relevante a origem ou existência de outro pai (genitor); d) o direito à convivência familiar, e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e o do adolescente (art. 227, caput).

Estas modificações também tiveram efeitos positivos nas legislações infraconstitucionais. A Lei nº 8.069 de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, elenca uma série de direitos àqueles que estão em processo de desenvolvimento. Tal Estatuto foi elaborado com a finalidade de proteger integralmente as crianças e os adolescentes, tanto que pode ser considerado como um desdobramento do artigo 227 da Constituição Federal de 1988. Vez que este artigo estabelece a responsabilidade da família, da sociedade

e do Poder Público no que concerne aos cuidados que um indivíduo necessita.

Esses três institutos formam a tríplice responsabilidade compartilhada, eis que todos seriam encarregados de assegurar o desenvolvimento e formação da personalidade do ser humano. Nessa perspectiva, a família prestaria amparo ao indivíduo no que concerne à sua formação. Para Willemam *et al.* (2007, p.5512) “[...] compete a ela, juntamente com o Estado, a sociedade em geral e a comunidade, “assegurar à criança e ao adolescente o exercício de seus direitos fundamentais”. Logo, caberia ao Estado o encargo de criar instrumentos capazes de assegurar a aplicação das leis no caso concreto e à sociedade o dever de exigir o cumprimento das leis.

Da análise do presente Estatuto, percebe-se que ele possui como base a Doutrina da Proteção Integral, a qual se vislumbra em três elementos referentes à criança e ao adolescente. O primeiro seria a proteção integral regido no artigo primeiro do Estatuto, já o segundo refere-se à prioridade absoluta, estabelecido no artigo 4º e § único e, por fim, o terceiro elemento refere-se ao superior interesse da criança e do adolescente. Todos esses princípios da Doutrina são de suma importância, vez que somente existem em razão da condição peculiar de pleno e constante desenvolvimento dos mesmos.

O Código Civil de 2002 acompanhou as transformações da sociedade, incorporando as mudanças ocorridas. Adaptando-se ao novo momento que o Direito de Família vive, mais preocupado com a intensidade das relações e as emoções individuais de cada um dos membros do núcleo familiar. E, muito embora não faça menção à expressão afeto, reestruturou seus dispositivos, com base no princípio da afetividade. Os artigos do Código Civil que seguem têm como base a afetividade: o dispositivo 1.593, admitindo a paternidade como digna seja qual for sua origem. O artigo 1.596, reconheceu a igualdade dos filhos. O artigo 1.511, estabeleceu a comunhão plena de amor e felicidade entre o casal na entidade conjugal. O artigo 1.597 resolveu questões relacionadas à inseminação artificial, principalmente quanto à paternidade. Por fim, segundo o art. 1.614, o filho maior para ser

reconhecido pelo pai de forma eficaz, precisa manifestar seu consentimento, tendo liberdade para rejeitar a filiação e o filho menor pode impugnar a paternidade até quatro anos após completar 18 anos.

O reconhecimento da afetividade como um direito implícito no rol de princípios constitucionais trouxe, como consequência, a admissão da reparação por danos em decorrência do abandono afetivo. A justificativa da indenização, que inclusive vem sendo adotada pelos tribunais em suas decisões, é a imprescindibilidade que o afeto possui na formação da personalidade da criança e do adolescente.

Cabe ressaltar que em diversos casos, o indivíduo quando adulto necessita de determinados tratamentos psicológicos para amenizar os danos gerados em sua vida em decorrência da falta de afetividade e auxílio na sua formação pessoal. Todavia, essa indenização, em nenhuma hipótese pode ser considerada uma forma de suprir a falta do afeto que a criança ou o adolescente deveria possuir no decorrer de seu desenvolvimento. Vez que, ela torna-se procedente na medida em que se analisa o sofrimento gerado e necessidade de tratamentos.

O julgamento STJ, REsp 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andriighi, Terceira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012, pode ser considerado como uma das primeiras decisões que demonstrou evolução quanto ao tema, vez que admitiu a reparação civil pelo abandono afetivo. Os ministros reconheceram o cuidado como valor jurídico objetivo que está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser observado no art. 227 da CF/88. A Ministra Nancy Andriighi em sua relatoria ressaltou que não há restrições à aplicação das regras concernentes responsabilidade civil e o dever de indenizar. A doutrina vem se posicionando no mesmo sentido, conforme Giselda Hironaka (2006, p.7) entende que:

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa,

dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada.

À medida que se analisa o afeto nessas relações é comum pensar que o abandono afetivo ocorre, tão somente, quando há uma separação entre os cônjuges. Entretanto, também se configura este tipo de abandono quando existe a presença física, mas não afetiva do ente paterno e materno. Ou seja, um dos entes deixa de exercer com os seus deveres, transmitindo-os a terceiros. Somente o fato de haver o convívio direto, não significa dizer que não há a obrigação de cuidado. Para Hironaka (2006, p. 04) “ainda que a presença dos pais seja uma constância na vida dos filhos, deve-se atentar para o fato de que não basta a presença física, sendo mister que a presença se consubstancie no bom desempenho das funções parentais”.

É fato que o abandono afetivo gera grave ofensa ao indivíduo e ao seu direito à personalidade. Além das necessidades básicas de alimento, abrigo e saúde, o ser humano precisa de apoio imaterial, uma vez que a integridade psíquica de um adulto resulta do cuidado e dedicação dos pais ao longo do seu processo de formação.

5 Considerações finais

Iniciou-se o presente artigo fazendo um breve estudo acerca da nova forma da constituição de família. A herança do modelo familiar patriarcal, patrimonial, antigo e matrimonial influenciou o Direito brasileiro, mais especificamente o Código Civil de 1916. Com as mudanças ocorridas nas sociedades, tais como a igualdade entre homens e mulheres e entre os filhos biológicos e adotivos, houve uma nova forma de construção da família, isto, pois, se coloca a afetividade com principal elemento da mesma, aquilo que da base e sustento para a ela existir. Essas transformações acarretaram

mudanças na Constituição Federal de 1988 que além de ratificar a importância do afeto na relação de família, também influenciou diretamente novas legislações, como por exemplo, o Código Civil de 2002 e o Estatuto da criança e do adolescente.

Dessa forma, o Direito acompanhou o desenvolvimento social. O Estado procurou assegurar efetivamente a proteção da família, oferecendo assistência de forma mais individualizada aos membros que a compõem. Além disso, se reconheceu a importância que os laços de afeto representam na vida de um indivíduo, principalmente aquele que está em fase de desenvolvimento físico e psíquico. A certificação do afeto como elemento fundamental na formação de uma pessoa, tornou-se um fato de extrema importância, justamente por ser ele o elemento que contribui para o desenvolvimento da personalidade dos seres humanos. Havendo, assim, uma afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como uma série de princípios expressos e implícitos firmados pelo Brasil em Tratados e Convenções Internacionais.

Cabe ressaltar que a Constituição Federal de 1988 e posteriormente o Código Civil de 2002 foram marcos históricos para o direito de família. Trouxeram a assunção de uma realidade familiar concreta, conseqüentemente alargando o conceito de família, onde os vínculos de afeto e os vínculos sanguíneos são compreendidos com o mesmo valor. De tal modo que o direito de família passa a ser regido pela solidariedade, pelo respeito à dignidade humana e todos os demais princípios constitucionais. Dentre esses princípios, localiza-se o da afetividade. O desenvolvimento desse estudo possibilitou uma análise da influência do princípio da afetividade e o seu papel na configuração do abandono afetivo. Procurou-se demonstrar o valor desse princípio, posto que o afeto aproxima as pessoas e vem se mostrando como um ingrediente basilar na formação e estruturação familiar.

Nas relações paterno-filiais a discussão do afeto se potencializa, em virtude dos deveres anexos a posição dos genitores na tutela de seus filhos. O ápice da discussão gira entorno da

possibilidade de indenização aquele que não possui a presença do afeto em sua vida, em decorrência da omissão ou negligência de um dos entes paternos. Essa indenização seria motivada pela violação de um direito fundamental da criança ou adolescente os quais sofrem as consequências do abandono afetivo. A possibilidade da reparação pelo dano moral vem ganhando força com o entendimento dos Tribunais Superiores, os quais afirmam a possibilidade de responsabilização dos pais, tendo em vista o dano causado e o descumprimento dos deveres básicos da criação, da proteção, da educação e da convivência harmônica.

O objetivo da indenização pelo abandono afetivo é fazer com que o ente materno e/ou paterno reconheça o dano causado ao seu filho. Busca, dessa forma, evitar os casos de abandono afetivo, garantindo aos filhos um desenvolvimento saudável.

Portanto, o afeto deixa de ser apenas sentimentos que uma pessoa possui em relação à outra, ele é reconhecido como um princípio jurídico que irá nortear, essencialmente, todos os direitos atribuídos às crianças e aos adolescentes. Assim, por todos os ângulos que se analisa o tema proposto percebe-se que o direito à convivência familiar requer uma reflexão minuciosa, pensada sempre em benefício da criança e do adolescente.

Referências

ALVES, Júlio Henrique de Macêdo. **A evolução nas definições de família, suas novas configurações e o preconceito**. 2014. 55f. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) – Departamento de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014. Disponível em: <<http://monografias.ufrn.br:8080/jspui/handle/123456789/892>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em:

Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.159.242, 2009**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/acordao-abandonofetivo.pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2017.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2013. 14 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Rio de Janeiro: Renovar, 2013. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

CUNHA, Marcia Elena de Oliveira. **O Afeto face ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Seus Efeitos Jurídicos no Direito de Família**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br> >. Acesso em: 30 jun. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual do Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Aguinaldo José da Silva; RESENDE, Vera da Rocha. O Pai Presente: O Desvelar da Paternidade em Uma Família Contemporânea. **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, Brasília, v. 20, n. 2, p.119-125, 01 ago. 2004. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/8640>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

GONÇALVES, Carlos. Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6 : direito de família** / Carlos Roberto. Gonçalves. — 7. ed. rev e atual. — São Paulo : Saraiva, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressuposto, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. IBDFAM, 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br> >. Acesso em: 12 jul. 2017.

KROTH, Vanessa Wendt; SILVA, Rosane Leal da; RABUSKE, Michelli Moroni. As Famílias e os Seus Direitos: o artigo 266 da Constituição Federal de 1988 como rol enumerativo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Ufsm**, Santa Maria, v. 2, n. 2, p.98-116, jul. 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

LEITE, Gisele. **O Novo Direito de Família**. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 9, n. 49, p. 120, ago-set. 2008.

LÔBO. Paulo Luiz Netto. Paternidade Socioafetiva e o Retrocesso da Súmula 301-STJ. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, n. 1036, 3 maio 2006. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/37.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2017.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas modalidades de família na pós-modernidade**. São Paulo: Atlas, 2010. 286p. Disponível em: <[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/TESE_COMPLETA_PDF_ADRIANA%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/TESE_COMPLETA_PDF_ADRIANA%20(1).pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2017.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. **A Família: Conceito E Evolução Histórica E Sua Importância**. Salvador. Disponível em: <http://www.pesquisadireito.com/a_familia_conc_evol.htm>. Acesso em: 29 jul. 17.

OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de; MELO, Bruna. Responsabilidade civil em razão de danos causados pelo abandono afetivo parental. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/10401>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

PESSANHA, Jackelline Fraga. A afetividade como princípio fundamental para a estruturação familiar. **O Instituto Brasileiro de Direito de Família (ibdfam)**, [s.l.], 19 dez. 2011. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Afetividade_19_12_2011.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2017.

PRADO, Camila Affonso. Responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo dos filhos menores. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/PRADO_Camila_Affonso_Respon

bilidade_civil_dos_pais_pelo_abandono_Versao_completa.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2017.

REHBEIN, Milene Schlosser; SCHIRMER, Candisse. O princípio da afetividade no estado democrático de direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 5, n. 2, p.31-48, 2010. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7052>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

REIS, Júnia Fraga. **Responsabilidade Civil Por Abandono Afetivo**: o verdadeiro valor do afeto na relação entre pais e filhos, 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia)- Universidade Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul, 2002. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/junia_reis.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2017.

SANTOS, M. A. S.; SANTOS, M. A. S. . **A natureza do afeto nas relações familiares: Estudo sobre a responsabilidade civil por abandono afetivo paterno/materno-filial**. 1. ed. Deutschland: Novas Edições Acadêmicas, 2015. v. 1. 122p. Disponível em: <<http://www.biblioteca.pucminas.br>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

SOUZA, Paula Feijó Pereira de. **A Relevância do Princípio da Afetividade nas Relações Familiares**. Disponível em: <<http://www3.pucrs.br>>. Acesso em: 08 jul. 2017

TARTUCE, Flávio. O Princípio da Afetividade no Direito de Família. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, p.28-29, 15 out. 2012. Matéria de capa: Direito de Família e Afetividade no Século XXI. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>> Acesso em: 30 jun. 2017.

WILLEMAM, Cyntia da Silva Almeida; POLICANI, Viviane Nogueira. RIBEIRO, Alessandra Florido da Silva; FERNANDES, Alana Gomes . O Estado, a Família, a Escola e a Sociedade: os Papéis Sócio Institucionais na Proteção da Criança e do Adolescente.. In: XVI Congresso Nacional do Conpedi, 2007, BELO HORIZONTE. **Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi**, 2007. Disponível em: <<https://s3.amazonaws.com/conpedi>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

**Direito penal, criminologia, vigilância e
controle social**

A (in)sustentabilidade do superencarceramento em massa e o papel do estado no uso da prisão preventiva

Lucas da Silva Santos¹

Felipe da Veiga Dias²

1. Introdução

O atual contexto prisional brasileiro é definido por uma palavra: crise. No entanto o caos instalado se deve a um processo extenso de inação estatal, irresponsabilidade na política criminal e omissão de políticas públicas centradas cumprimento da pena. Isso pode ser exemplificado nos massacres ocorridos no interior dos presídios brasileiros recentemente no início do corrente ano, em Manaus/AM e Boa Vista/RR, reacendendo os debates sobre a real situação de calamidade das casas prisionais e o gravíssimo problema da superlotação carcerária.

Assim, o presente estudo utiliza-se do método de abordagem dedutivo, junto ao método de procedimento monográfico, além da

¹ Graduando em Direito na Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo. Integrante do grupo de pesquisa em Criminologia, violência e sustentabilidade social (IMED). Email: lucassantospf@gmail.com

² Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Doutorado Sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha). Professor da Faculdade Meridional (IMED) – Passo Fundo. Coordenador do grupo de pesquisa em Criminologia, violência e sustentabilidade social (IMED). Advogado – felipevdias@gmail.com.

utilização da técnica de pesquisa da documentação indireta, alicerçando-se nos fundamentos basilares da criminologia e do processo penal para alcançar os aspectos específicos da (in)sustentabilidade do sistema prisional e do discurso de ódio que move o Estado brasileiro na sua via judicial. Posto isso se busca discutir a política criminal e modelo de justiça criminal incorporado atualmente pelo Brasil, e qual sua relação com uma sociedade fundada e enraizada em uma cultura punitivista, e conseqüentemente um processo penal de matriz inquisitorial, onde é manifesto ainda sua presença nos operadores do campo do direito.

A pesquisa ora proposta visa analisar as principais razões que levaram o Brasil a “ostentar” a marca de quarta maior população prisional do mundo, e discutir acerca das características culturais, discursos reproduzidos pelo senso comum punitivo, presentes na sociedade brasileira que acabam sendo incorporados pelo Judiciário. Tal perspectiva baseia-se na lógica responsabilização estatal pelas suas violações, ou seja, na tentativa ilusória de alcançar o controle social, patrocina-se a expansão punitiva, sob a justificativa de combate à criminalidade e que, por conseguinte acarretam nos altos índices de aprisionamento do país, estando presentes inúmeras violações de direitos humanos que são forçosamente de responsabilidade do Poder Público (crimes de Estado).

Nesse sentido são examinados os dados oficiais do levantamento nacional de informações penitenciárias (INFOPEN) produzidos em dois relatórios semestrais do mês de junho e dezembro do ano de 2014, no qual é apresentado o retrato das prisões no Brasil. Em complemento a esses levantamentos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apresentou no ano de 2016, dados que confirmam o aumento das penas de encarceramento, e o relatório produzido no início do ano de 2017, juntamente com os Tribunais de Justiça dos Estados, no qual se apresentam os números de presos provisórios e presos condenados no Brasil, e o plano de ação para conter tais números preocupantes.

Entretanto além da enorme população carcerária de presos

no Brasil, e o percentual assustador de presos provisórios apresentados através dos relatórios, almeja-se discutir, o perfil majoritário das pessoas em situação de privação de liberdade no Brasil, demonstrados pelos dados oficiais. Logo, é relevante abordar as características como, faixa etária, escolaridade, raça, e natureza do crime praticado, mostrando-se, a ação do processo de seletividade do sistema penal, e sua busca em etiquetar determinados estratos sociais. Soma-se ainda a definição de quais crimes receberão maior custódia/guarda, bem como após essa definição de bem jurídico mais “valioso” determinar qual receberá maior perseguição e, portanto, buscando a penalização dos indivíduos que buscam atingi-lo.

Por fim a crítica e pesquisa visa compreender a incorporação de discursos do medo/ódio produzidos pela mídia de grande massa, que instigam os desejos da sociedade pela expansão do poder punitivo, e que grande parcela da Justiça Criminal do Brasil vem adotando e reproduzindo na atualidade. Essa associação questiona a afetação do crescimento das penas de encarceramento, impostas principalmente através das prisões preventivas, e em complemento a isso, a baixa adesão da magistratura às penas alternativas que restringem direitos da pessoa condenada, mas não a retiram do convívio da sociedade.

2. O (in)sustentável modelo de superencarceramento em massa no Estado brasileiro

Antes de adentrar na seara do modelo punitivo nacional é relevante aludir a reflexão acerca do próprio objeto da criminologia, mais precisamente ao não mais adotar apenas a noção de crime como elemento definidor (ou mesmo o controle social do crime) e sim a de dano social permite-se atingir violações cometidas pelo próprio Estado (BUDÓ, 2016, p. 129). Seguindo os estudos dos crimes dos poderosos compreende-se que determinadas violações restam ocultadas por não serem definidas como “crimes”, mas que

geram violações de direitos humanos normalizadas pelo modelo social.

Com tal parâmetro torna-se viável abordar as responsabilidades do Estado não apenas com o superencarceramento, mas com a própria tortura ou eliminação de determinados indivíduos sujeitos ao seu poder, e que acabam por enquadrar-se como efeitos colaterais da atuação penal no país (BARAK, 2015, p. 105). Contudo, isso não impede a abordagem da justiça criminal, apenas amplifica o espectro de crítica diante das violações de direitos cometidas, seja por indivíduos, corporações ou Estados.

O Brasil atualmente ostenta a marca de 654.372 mil presos, sendo deste número 433.318 (66%) são presos condenados, enquanto 221.054 (34%) são presos provisórios (BRASIL, 2017), que ainda aguardam por julgamento, o que apresenta um quadro preocupante quando se observa a atual postura (obcecada) priorizando a prisão, e não buscando alternativas para estancar esses números. Desse modo, o país detém a quarta maior população prisional do planeta, ficando atrás somente de países como Estados Unidos, China e Rússia, no entanto o ritmo de encarceramento é acelerado, e a taxa de aprisionamento aumentou em 119% entre os anos de 2000 e 2014 (BRASIL, 2014a).

No ano de 2000, haviam 137 presos para cada 100 mil habitantes, em 2014, essa taxa chegou a 299,7 presos para cada 100 mil habitantes. Caso mantenha-se esse ritmo de encarceramento, em 2022, a população prisional do Brasil ultrapassará a marca de um milhão de indivíduos, em 2075, uma em cada dez pessoas estará em situação de privação de liberdade. O número de presos é consideravelmente superior às quase 377 mil vagas do sistema penitenciário, totalizando um déficit de 231.062 vagas e uma taxa de ocupação média dos estabelecimentos de 161%. Em outras palavras, em um espaço concebido para custodiar 10 pessoas, existem por volta de 16 indivíduos encarcerados (BRASIL, 2014a).

No entanto a insustentável crise que acomete o sistema

prisional brasileiro e que perdura por décadas é fruto de uma cultura punitivista enraizada na sociedade, que pressupõe que a pessoa em situação de privação de liberdade, mesmo sem deter condenação definitiva, deve vivenciar no cárcere um verdadeiro inferno, mergulhadas em um abismo de constantes sofrimentos e torturas. Por conseguinte, ao se tratar de um acusado, ou um indivíduo que responda por um crime, ou seja, sob o viés punitivista um inimigo social, consequentemente não deve possuir a remota possibilidade de receber tratamento digno, pois a ele deve ser atribuído um tratamento distinto de seres humanos e que lhes refutem a condição de pessoa (ZAFFARONI, 2007, p. 18).

Destarte é no mínimo preocupante quando tal discurso é posteriormente incorporado pelo Estado e mais detidamente pelo modelo inquisitório de justiça criminal nacional, reproduzido e ratificado por parte do Judiciário, que deveria atuar conforme suas prerrogativas de forma contramajoritária, ou seja, atue como garantidor dos direitos fundamentais. Todavia atualmente são evidenciadas posturas inversas as suas funções, autorizando que impere o populismo punitivo e o discurso do ódio frente às garantias individuais (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 106).

O encarceramento em massa acarreta na transformação de casas prisionais em verdadeiros depósitos de “lixos humanos”, que consequentemente convivem diariamente com tratamento igual ao de “refugos humanos” (BAUMAN, 2005, p.73), seres indesejados pela sociedade, que convivem com supressões e violações de direitos humanos diariamente. No entanto a massificação no encarceramento tem situação agravada pelo Judiciário por meio da banalização das prisões preventivas, visto que sua utilização deveria ser orientada pela ideia da *ultima ratio*, todavia com os expressivos 221.054 mil presos provisórios, torna-se possível questionar se a atual política criminal apresenta um viés punitivista, transformando a exceção em regra.

Denota-se a função da prisão na lógica punitivista, como a confirmação de um poder punitivo, ou seja, um instrumento capaz

de combater um inimigo social. Assim conforme ensinamentos de Zaffaroni, referindo-se ao inimigo do direito penal, explica que:

O poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como entes perigosos ou daninhos. Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente (ZAFFARONI, 2007, p.11).

Portanto, a face punitivista do Estado, utilizando de um modelo inquisitório que busca um etiquetamento de estratos sociais mais baixos, como jovens pardos ou negros com baixa escolaridade, para conferir a esta determinada camada, um perfil criminoso condizente a determinação de um inimigo social. Reforça-se assim a imagem de um criminoso de alta periculosidade frente à sociedade, para legitimar um tratamento punitivo não equivalente à condição de um ser humano. Na visão de Karam, a principal função da prisão:

[...] a mais relevante função real desempenhada pela pena privativa de liberdade, a permear toda a história, está na construção e propagação da imagem do criminoso – visto como o outro, o perigoso, o inimigo, o mau –, com o que se facilita a minimização de condutas e fatos não criminalizados ou não criminalizáveis socialmente mais danosos, com o que se ocultam os desvios estruturais, encobertos pela crença nos desvios pessoais, dos quais se nutre a reação punitiva (KARAM, 2006, p.102).

Denota-se a construção de um indivíduo perigoso, um inimigo social de fácil identificação, produzindo um perfil delinquente e definindo quais são suas respectivas condutas desviantes, perante a sociedade, para que após essa fácil identificação do perigoso ou inofensivo, a pena e conseqüentemente o encarceramento, produzam uma sensação de segurança social,

diminuição de criminalidade, e combate à impunidade frente a sociedade.

O discurso do medo, sintomas de uma matriz inquisitória são reproduzidos de forma excessiva, buscando a distinção entre os lados, ou seja, a identificação do inofensivo ou inimigo social, do bem ou do mal, possuindo a prisão a função de propagar, frente aos discursos do medo e ódio, um método persecutório de aniquilamento do inimigo, criando uma idealização de controle da marginalização, desta forma uma solução de todos os problemas, e resposta de segurança aos desejos individuais (KHALED JÚNIOR, ROSA, 2014, p. 25; KARAM, 2009, p. 3).

3. A população carcerária e os processos de seleção/eliminação de indivíduos

A faixa etária da população brasileira acima dos 18 anos de idade está distribuída na seguinte forma, pessoas entre 18 e 24 anos representam (11,16%), entre 25 e 29 anos (7,74%), entre 30 e 34 anos (8,17%), acima de 35 anos (46,09%). As características étnicas, raciais e de cor de pele da população brasileira está distribuída em (45,48%) de brancos, (53,63%) de negros e pardos, (0,49%) de amarelos, (0,40%) de indígenas, (0,32%) outras (BRASIL, 2014b).

Embora apenas (11,16%) dos brasileiros tenham entre 18 e 24 anos, quando se verifica a população carcerária brasileira, o perfil apontado é majoritariamente formado por jovens entre 18 e 29 anos representando o percentual de (55,07%), para uma sobre-representação de (61,67%) da população carcerária formada por negros, e ainda no que se refere à educação apenas (9,54%) da população prisional brasileira possui ensino médio completo. O perfil dos crimes praticados pela população prisional brasileira está dividido da seguinte forma, crimes contra o patrimônio (46%), lei de drogas (28%), crimes contra a pessoa (13%), estatuto do desarmamento (5%), crimes contra a dignidade sexual (4%), crimes contra a paz pública (2%), outros (2%) (BRASIL, 2014b).

O perfil majoritário da população carcerária brasileira, mostra a manifesta relação entre escolaridade/raça com sistema penal, através da reprodução das relações sociais e conservação da estrutura vertical da sociedade. Encontra-se nas funções exercidas pelo sistema penal mecanismos que visam selecionar estratos sociais inferiores, para sua marginalização, para posteriormente definir quais delitos receberão maior proteção pelo sistema. Resta assim notório que a partir do modelo de sociedade capitalista os crimes contra a propriedade privada obterão maior repressão, excluindo-se aqui as demandas empresariais ou mesmo ilícitos das classes mais abastadas (BARAK, 2015), conforme os interesses de ocultação de condutas do Estado. Em síntese, priorizam-se lesões individuais particularizadas em detrimento da ocultação dos danos coletivos, ficando explícita a relação, de quais crimes serão selecionados para receber maior proteção pelo sistema penal, e resultante dessa escolha, qual o perfil será selecionado para ser punido (BARATTA, 2011, p.175-176).

Diante disto, a natureza dos crimes que formam majoritariamente a população carcerária brasileira, são os crimes contra o patrimônio, representando o percentual de 46% de toda população carcerária brasileira (INFOPEN, 2014b). Deste modo identifica-se a seletividade do perfil da população carcerária brasileira, a partir da seleção do bem jurídico que receberá maior proteção do sistema penal, ou seja, características de uma sociedade capitalista avançada, que visa superior proteção aos bens patrimoniais que interessam aos cidadãos ditos de “bem”, conseqüentemente sendo esse bem jurídico, objeto que receberá maior guarida, persecução e pena aos indivíduos que buscam atingi-lo (ANDRADE, 2012, p.134).

Assevera o poder de seletividade do sistema penal brasileiro, uma população carcerária formada por homens, jovens entre 18 e 29 anos, formada em sua maioria por negros, de baixa escolaridade, Zaffaroni explica:

O poder seletivo do sistema penal elege alguns candidatos à criminalização, desencadeia o processo de sua criminalização e submete-o à decisão da agência judicial, que pode autorizar o prosseguimento da ação criminalizante já em curso ou decidir pela suspensão da mesma. [...] A escolha, como sabemos, é feita em função da pessoa (o “bom candidato”, é escolhido a partir de um estereótipo) (ZAFFARONI, 2001, p. 245-246).

A seleção de determinados indivíduos à criminalização, é a partir de uma preconceção, e a escolha pela persecução, busca pela punição de determinada conduta (a qual também passa por um processo de seleção, dentre os atos existentes), sendo tipicamente praticada por diversos indivíduos (nas mais variadas classes, etnias ou características), mas que terá sua seletividade determinada com base em um perfil marginalizado. Posto isso a aplicação de normas judiciais é aplicada de forma desigual, dependendo do estereótipo do escolhido.

Na população carcerária brasileira apenas 9,54%, possuem ensino médio completo, sendo 75,08% representadas por pessoas analfabetas, alfabetizadas informalmente e mais aquelas pessoas que possuem ensino fundamental completo (BRASIL, 2014b), mostrando que a intervenção do sistema penal começa anteriormente a prisão, ou seja, a partir de uma discriminação social e escolar, aduz Baratta:

O cárcere representa, em suma, a ponta do iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa (BARATTA, 2002, p.167).

Desta forma, o processo de seletividade do sistema penal não começa no momento em que o indivíduo é encarcerado, mas sua manifestação inicia a partir da segregação social. Demonstração

disso é apontada na intervenção dos institutos escolares, os quais acabam por discriminar indivíduos, gerando o etiquetamento como seres desviantes, deste modo com sua estigmatização que busca dividir os indivíduos em “bons” e “maus”. Portanto tal viés “classificatório” determina a negação aos “maus” do reconhecimento de dignidade/oportunidades, conseqüentemente atribuindo-lhes tratando desigual, tendo a prisão o simples caráter de confirmação de um inimigo social que deve ser excluído e separado do convívio da sociedade (KARAM, 2009, p.34).

Posto isso o sistema penal atua de forma seletiva, pois busca criar uma identidade, perfil de um criminoso, fabricado em grande parte pelos meios de comunicação de massa, que definem esse determinado estereótipo por meio da ostentação do horror, e discurso do medo frente a sociedade. Delineia-se assim o estereótipo que corresponde a um perfil criminoso, um inimigo social que deve ser combatido, mas o mesmo sistema penal seleciona quais estereótipos, perfis de criminoso deve-se deixar de lado, ou seja, alguns sujeitos não serão alvo da intervenção penal (como ocorre usualmente com as condutas de colarinho branco ou mesmo fraudes e outras condutas no nível de classes sociais mais altas) (ZAFFARONI, 2001, p.130).

Isso significa que o insustentável quadro do superencarceramento contém a marca da exclusão social das sociedades capitalistas e a eliminação de determinados indivíduos, o que denota igualmente a ocorrência de um crime de Estado por parte do Brasil. Essa alusão se dá exatamente pelo fato da política criminal contemporânea ocultar determinadas ações, bem como estimular tais processos de aprisionamento estereotipado e proporcionar repetidos casos de eliminação de sujeitos que se encontrariam na esfera de proteção estatal.

4. Responsabilização do Estado e a contribuição da prisão preventiva para o superencarceramento

No início do ano de 2017, após os massacres ocorridos no interior dos presídios brasileiros em Manaus/AM e Boa Vista/RR, realizou-se um levantamento dos presos provisórios no Brasil, através do Conselho Nacional de Justiça juntamente a vinte e cinco tribunais estaduais brasileiros, por meio desse levantamento foi identificado que o número total de presos no Brasil, corresponde a marca de 654.372, sendo deste número 433.318 (66%) são presos condenados, enquanto 221.054 (34%) são presos provisórios, sem condenação definitiva (BRASIL, 2017).

O percentual de presos provisórios por unidade da federação oscila entre 15% a 82%, sendo que sete estados brasileiros possuem uma população carcerária de presos provisórios superior a 50%, Sergipe (82,34%), Alagoas (80,92%), Ceará (66,92%), Bahia (59,64%), Goiás (58,00%), Rio Grande do Sul (55,68%), e Paraná (54,12%), ou seja, esses estados brasileiros, possuem uma população carcerária formada majoritariamente por presos provisórios, isto é, ultrapassando a população de presos que possuem condenação. Sendo que o percentual de presos provisórios que estão custodiados há mais de 180 dias oscila entre 27% a 69%, e tempo médio de duração de uma prisão provisória (sem condenação) no Brasil varia entre 172 dias a 974 dias (BRASIL, 2017).

A prisão preventiva é uma medida excepcional, isto é, possui um caráter de provisionalidade, na medida que deve ser priorizado sempre a via menos gravosa, e que cause menor limitação ao direito de liberdade, ou seja, a prisão preventiva deve ser somente decretada quando não for possível a sua substituição por nenhuma outra medida cautelar, ademais sua decretação exige a presença dos requisitos *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, isto é, quando desaparecida a estrutura fática legitimadora das “fumaças”, deve-se findar a prisão imediatamente (BADARÓ, 2015, p.960; LOPES

JÚNIOR, 2014, p.578).

Identifica-se com clareza, que com a atual postura do Poder Judiciário, não é capaz de auferir a prisão preventiva uma medida de natureza excepcional, tendo em vista que se ostenta uma população carcerária de 221.054 mil presos provisórios, aliado aos dados que mostram que o Brasil possui em sete estados da federação uma população carcerária com mais de (50%) de presos provisórios, superando a população de presos que possuem condenação, nem se cumpre considerar uma medida de caráter provisório, pois, verifica-se que a média de duração da prisão provisória oscila entre inicialmente com 172 dias e podendo chegar até 974 dias, ou seja, podendo a prisão provisória chegar a mais de assustadores dois anos e seis meses de prisão sem condenação.

Em complemento acerca da responsabilidade do Estado e do Poder Judiciário no superencarceramento, no dia 17 de outubro do ano de 2016, o Conselho Nacional de Justiça, apresentou o anuário da justiça, no qual estatísticas revelam aumento das condenações de encarceramento, com o objetivo de apresentar e debater os resultados do anuário justiça em números de 2016, ano base de 2015, o relatório formulado a partir dos dados fornecidos por Tribunais, distribuídos nos segmentos de Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Militar, Justiça Eleitoral, além dos Tribunais Superiores (BRASIL, 2016).

Através do resultado do anuário justiça, foi apontado, o crescimento das penas de encarceramento impostas pela Justiça no país. Em 2015, foram 281.007 mil penas privativas de liberdade que começaram a ser cumpridas em todo o país, totalizando quase o dobro do número de 2009 (148 mil). Tendo um crescimento de 6%, em relação ao ano anterior, e crescimento de 90% em relação a 2009. A população carcerária brasileira é a quarta maior do mundo, tendo crescido 267% nos últimos 14 anos. Além de aumentarem em termos absolutos nos últimos anos, as execuções penais privativas de liberdade também corresponderam a 62,8% das penas iniciadas da Justiça Criminal brasileira realizadas em 2015 (BRASIL, 2016).

Os magistrados de alguns tribunais de Justiça, como os do Rio de Janeiro (TJRJ), Ceará (TJCE) e Espírito Santo (TJES), aplicaram penas de privação de liberdade em mais 90% dos casos iniciados em 2015. Em complemento a esses dados o anuário estatístico da Justiça Criminal produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, confirma a baixa adesão da magistratura às penas alternativas que restringem direitos da pessoa condenada, mas não a retiram do convívio da sociedade, no ano de 2015, às execuções não privativas de liberdade representaram somente 37,1% de todas as penas aplicadas no país (BRASIL, 2016).

Posto isso, percebe-se que a compulsão do sistema punitivo pela prisão, é a ratificação de um discurso do ódio, e concepção de direito penal do inimigo, que está sendo incorporado por grande parcela do Poder Judiciário, e conseqüentemente, está propagando e confirmando uma mentalidade/espírito inquisitorial de justiça criminal, ou seja, através da ostentação do horror produzida pela mídia de grande massa, corroborando o ódio e medo na sociedade, o Poder Judiciário acaba reproduzindo o senso comum punitivo, quando busca concretizar o controle social através da prisão (ANDRADE, 2012, p.134).

Identifica-se através do relatório justiça, o baixo índice da utilização das medidas cautelares diversas da prisão, e o crescimento das penas de encarceramento impostas pela Justiça no Brasil. Tais comprovações vem fortalecer a postura de um Judiciário formado majoritariamente por julgadores que absorvem um discurso do senso comum punitivista, isto é, assumem um “papel” de responsáveis por uma “limpeza social”, ou seja buscando combater a criminalidade e conseqüentemente diminuir a impunidade, mesmo, que para concretização de tal resultado, seja necessário atropelar direitos e garantias fundamentais, apenas confirmando suas mentalidades inquisitoriais (LOPES JÚNIOR, 2014, p.112).

No entanto em um Estado Democrático de Direito, onde vigora um sistema acusatório, ou seja, um sistema onde verifica-se a clara divisão/separação de funções entre as partes e o julgador,

isto é, não há espaços para juízes que possuem “um quadro mental paranoico”, expressão de Cordero, que Coutinho utiliza para explicar posturas de juízes que por não possuem a gestão de prova como em uma matriz inquisitorial, quando detém a possibilidade de decidir antes, e posteriormente sair à procura do material probatório, para assim acabar confirmando sua “versão”, cultura a qual concebem pela “busca pela verdade” (COUTINHO, 2015).

O discurso do punitivismo penal é a situação, onde se pode revelar com facilidade os intensos anseios, desejos, que buscam justificar, legitimar a punição, ainda que característico dessa linguagem estar relacionada os melhores objetivos, como segurança, diminuição de criminalidade. No entanto tais discursos, mesmo que tenham revestimentos das melhores intenções, não revelam somente aquilo que exteriorizam, mas ocultam o manifesto desejo daquilo que verdadeiramente se busca, ou seja, pelo que se luta, o desejo do controle, o “poder” de definição do bem jurídico que requer maior proteção, conseqüentemente maiores punições (ROSA, AMARAL, 2015, p. 57).

Acerca da banalização do uso das prisões preventivas, e desrespeito pelos prazos processuais previstos no Código de Processo Penal, mostra-se a incorporação do Judiciário dos desejos manifestos da sociedade, que claramente mergulhadas em uma cultura punitivista, não querem esperar um processo que respeite as regras do jogo, e sim anseiam pela imediata punição do acusado, independentemente que dessa “aceleração” por respostas/punição, advenha supressão de garantias processuais, confirmando o “fascínio” pelas prisões, pois, através delas, conquista-se a concretização/viabilização da punição (KHALED JÚNIOR, 2016, p. 402; LOPES JÚNIOR, 2014, p. 140).

Posto isso, os desejos punitivos no qual busca-se atropelar, enfraquecer direitos e garantias individuais, sob a ilusória perspectiva do sistema penal atingir a diminuição da criminalidade. Conjuntamente a isso se intenta alcançar o controle da violência, utilizando-se como instrumento para tal resultado, a expansão do

poder punitivo como mecanismo que visa punir com maior severidade, mostrando a confirmação de uma cultura punitivista que possui como escopo, a inversão de direitos fundamentais, como a liberdade, e substituí-la, pela segurança, invertendo as premissas do Estado Democrático de Direito (KARAM, 2009, p. 4-6).

Não obstante é ainda cabível o registro da falta de coerência do Judiciário, pois afirma que o sujeito que é submetido a cumprimento de pena em condições desumanas merece ser indenizado, ao menos foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal em 2017 (EBC, 2017), mas ao mesmo tempo determina a execução antecipada da pena e usa de forma leviana a prisão preventiva como instrumento banal da persecução penal. Esses elementos denunciam os crimes cometidos pelo próprio Estado, e que são recrudescidos pela atuação judicial por meio de prisões, que por mais indenizações pontuais que sejam ofertadas não são capazes de esconder as violações de direitos cometidas no sistema prisional brasileiro.

5. Considerações Finais

A presente pesquisa busca descrever e analisar a situação carcerária brasileira, no qual é consabido sua insustentabilidade, e estado de calamidade o qual lhe é característico por diversas décadas. No entanto através do exame de dados oficiais produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça, e pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, é manifesto que grande parcela dos operadores do direito, e conseqüentemente, os julgadores da Justiça Criminal Brasileira, são influenciados pelos discursos de ódio disseminados pela mídia de grande massa. Essas falas contribuem de forma decisiva para incorporação de uma cultura encarceradora, tendo como reflexo o contexto atual, onde verifica-se a banalização da prisão preventiva, utilizada como instrumento para viabilizar a punição, visando produzir respostas para a opinião pública e sociedade.

Os números alarmantes de uma população carcerária brasileira formada por 34% de presos provisórios, sem condenação, e no qual sete estados da federação possuem uma população de presos provisórios superior a faixa de 50%, asseveram, o compromisso de uma Justiça Criminal, que incorpora uma cultura da punição. De modo que preocupa-se em atender a opinião pública, e invertendo sua função precípua de agir contramajoritariamente, na defesa dos princípios e garantias constitucionais, garantindo o próprio Estado de Direito Democrático, isto é, de assegurar direitos e garantias fundamentais inerentes a toda pessoa humana, frente a busca de atender interesse da sociedade.

Posto isso, o discurso do ódio e medo, buscam justificar, legitimar a expansão punitiva que possui o caráter instrumental de alcance do controle social. Todavia tal busca pelo “controle”, incide somente em determinados estratos sociais, os quais são representados majoritariamente por jovens negros, com baixa escolaridade, reforçando a seletividade do sistema penal. Assim por meio de uma cultura capitalista avançada, verifica-se a definição de bens jurídicos como, o patrimônio e propriedade privada, os quais necessitam de maior guarda por serem “mais valiosos”, e que necessariamente quem busca atingi-los, receberá maior punição.

Portanto o sistema penal atua de forma seletiva concentra-se em criar o perfil de um criminoso, e sua fácil identificação, ou seja, fabricado a partir da contribuição de grande parcela dos meios de comunicação de massa, um determinado estereótipo, por meio da ostentação do horror, e discurso do medo, e que expõem para a sociedade. Ademais, descrevem o estereótipo correspondente a um criminoso/inimigo social que deve ser combatido. No entanto o mesmo sistema penal seleciona quais estereótipos, perfis de criminoso devem-se deixar de lado, ou seja, alguns sujeitos não serão alvo da intervenção penal, por não buscarem atingir o bem jurídico definido que necessita de maior custódia (como ocorre usualmente com as condutas de colarinho branco, ou classes sociais mais altas).

Desta forma, conclui-se que o maior problema das superlotações, e seu estado da arte inconstitucional nas casas prisionais, não são resultantes apenas da falta de alternativas, propostas capazes de reduzir tal calamidade, pois, é consabido por todos (sociedade, operadores do direito), a verdadeira e efetiva situação das casas prisionais, e as consequências provocadas a partir de suas superlotações, que produzem como efeito a transformação de presídios em verdadeiros depósitos de lixo humano, e que conseqüentemente convivem com a supressão de direitos básicos, inerentes para garantia mínima de dignidade a pessoa humana.

Por fim, mesmo com alternativas/propostas que possam trazer mecanismos efetivos, e capazes de combater, e solucionar questões das superlotações dos presídios, e combater a visível seletividade do sistema penal para com os estratos sociais mais pobres, é importante compreender que para ocorrer verdadeiras mudanças, e que dessas mudanças advenham resultados eficazes, é necessário primeiramente a mudança de mentalidade. Entender que é preciso haver uma ruptura na cultura do encarceramento presentes nos operadores do direito e sociedade, isto é, compreender que a criação de leis ou alternativas, somente não possuem a capacidade de transformar ou produzir mudanças de forma isolada, caso não ocorra a ruptura com a visão punitivista e encarceradora que lesa não apenas o sistema prisional, mas todo e qualquer sujeito que responda a um processo penal no Brasil.

Referências

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARAK, Greg. The crimes of the powerful and the globalization of crime. **Revista Brasileira de Direito**. v. 11, n. 2, jul-dez., 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. Ed. Rev., atual. e ampl.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Reunião Especial de Jurisdição do CNJ com os Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados - 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2ede274f93861747304.pdf>>. Acesso em 03 de março de 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Estatísticas revelam aumento das condenações de encarceramento - 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83669-estatisticas-revelam-aumento-das-condenacoes-de-encarceramento>>. Acesso em 08 de Abril de 2017.

BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf> Acesso em: 28 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – junho de 2014. <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 03 de março de 2017.

BUDÓ, Marília De Nardin. Danos silenciados: a banalidade do mal no discurso científico sobre o amianto. **Revista Brasileira de Direito**. v. 12, n. 1, jan-jun., 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo Juiz no Processo Penal. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em 23 de abril de 2017.

EBC – Agência Brasil. STF decide que preso tem direito a indenização por condições precárias em cadeia. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-02/stf-decide-que-presos-tem-direito-a-indenizacao-por-condicoes-precarias-em-cadeia>>.

Acesso em: 07 de julho de 2017.

KARAM, Maria Lucia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/File/92/488>>. Acesso em 20 de março de 2017.

KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2 ed. Belo Horizonte. Letramento: Casa do Direito, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da, KHALED JÚNIOR, Salah H. **In dubio pro hell: profanando o sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da, AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da punição: A ostentação do horror**. 2.ed. Rev. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Feminicídio: instrumento de proteção às mulheres ou mais uma medida de direito penal simbólico¹

Anays Martins Finger²

Sandro Luís Meinerz³

1 Introdução

A violência de gênero é um problema estrutural que assola mulheres no mundo todo, inclusive no Brasil. Embora a mulher tenha conquistado espaço significativo na sociedade, adentrando no mercado de trabalho e adquirindo direitos, esse avanço não diminuiu os casos de violência. Tardamente, o legislador constatou a necessidade de criação de mecanismos de repressão à violência contra a mulher e, no ano de 2006, produziu a Lei nº 11.340 – Lei Maria da Penha – a fim de proporcionar maior proteção às mulheres. Apesar da perspectiva que se tinha à época, a Lei não erradicou, tampouco minimizou o problema. Após dez anos de vigência, é notável que o instrumento legislativo não conseguiu dar

¹ Este artigo é oriundo do Trabalho Final de Graduação apresentado ao Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel.

² Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA), pesquisadora em criminologia, direito e processo penal.

³ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, especialista em Direito Público, professor do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano.

uma resposta efetiva aos crimes cometidos contra a mulher. Então, sobreveio a necessidade de criar um novo instrumento de proteção às mulheres, optando o legislador pela inclusão da qualificadora do feminicídio.

Assim, elaborou-se o seguinte problema: é possível considerar a incriminação da qualificadora do feminicídio como uma medida capaz e eficiente para impedir que mulheres sejam vítimas da violência letal? Com base nesse questionamento, é objetivo deste estudo verificar se o advento da Lei nº 13.104/2015 produzirá efeitos similares aos da norma que lhe antecedeu ou se será capaz de trazer uma resposta efetiva à problemática. Portanto, essa pesquisa tem o propósito de investigar a eficácia da criminalização da figura do feminicídio, confrontando-o com a criminologia crítica e analisando os seus reflexos no direito penal, tendo como base entendimentos doutrinários, bem como a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Como método, utilizar-se-á a abordagem dedutiva, pois busca-se verificar se a criminalização específica pode ser considerada como um instrumento de proteção às mulheres ou se será apenas uma medida puramente simbólica de direito penal. Nesse sentido, destaca-se a necessidade de o problema da violência de gênero ser levado ao universo acadêmico para ser objeto de discussão em razão da importância que a temática tem no Brasil e no mundo, notadamente em função das diferentes culturas, nos diferentes estágios de avanço e inclusão da mulher nas mais variadas sociedades.

Este artigo será estruturado em três partes: a primeira abordará a violência contra a mulher e a utilização do direito penal pelo legislador como resposta ao problema. A segunda parte concentrar-se-á na função simbólica do direito penal, subdividindo-se em dois fragmentos: o confronto entre o direito penal simbólico e o princípio da *ultima ratio*, e o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal, salientando-se, neste último, a ineficácia do rigor excessivo. A terceira parte versará sobre a eficácia da norma penal

face à violência letal contra a mulher e a novel Lei do feminicídio, buscando-se verificar no primeiro subtópico quais foram os reflexos obtidos na sociedade após o advento da Lei nº 13.104/2015, além de analisar, no segundo subtópico, a “ilusão de segurança jurídica” gerada pelos mecanismos estatais repressivos e a busca por medidas alternativas para a resolução do problema.

2 A violência contra a mulher na sociedade e a utilização do direito penal pelo legislador como resposta ao problema

Não raras vezes, o Poder Legiferante no Brasil se depara com um cenário de violência que pode ser descrito como um verdadeiro caos. Na tentativa de modificar a situação, são criadas medidas, criminalizados comportamentos e aumentadas penas a fim de coibir e prevenir novas intercorrências. Não ocorre diferente em relação à violência contra a mulher, que já foi contemplada com a Lei nº 11.340/2006, usualmente conhecida como Lei Maria da Penha, e recentemente, com a Lei do feminicídio – Lei nº 13.104/2015.

A evolução da sociedade produziu resultados expressivos no que tange ao papel desempenhado pela mulher no contexto familiar. Além disso, com a chegada dos movimentos feministas, a figura da mulher desvinculou-se, gradativamente, da posição que ocupava na família patriarcal. Em vista disso, com o rompimento de um padrão preestabelecido, surgem os conflitos relativos às questões de gênero e as primeiras intercorrências de violência, oriundas da insatisfação com o panorama evolutivo, absolutamente necessário à época.

Nesse sentido, surgem os comportamentos hodiernos de violência contra a mulher, que comumente possuem como causa os mesmos motivos que ensejavam os conflitos no passado, sofrendo adequações apenas no que tange ao momento histórico. Em razão dessas novas intercorrências, a sociedade e o Estado parecem, finalmente, tomar conhecimento acerca da dimensão do problema. A primeira encarrega o segundo de resolver a questão em caráter definitivo, enquanto o segundo procura no direito penal uma saída.

2.1 O fenômeno da violência contra a mulher na sociedade hodierna

No desenvolvimento da modernidade, a mulher, que anteriormente tinha suas atividades limitadas ao serviço doméstico, dependendo forte e umbilicalmente do homem, tanto econômica como socialmente, conquistou grande espaço na sociedade. Primeiramente, com as duas grandes guerras e, em um segundo momento, com a Revolução Industrial, em especial com a consolidação do capitalismo, que permitiu que o trabalho da mulher fosse efetivado. Probst e Ramos explicam que (2003, p. 2)

Isso começou de fato com as I e II Guerras Mundiais (1914 – 1918 e 1939 – 1945, respectivamente), quando os homens iam para as frentes de batalha e as mulheres passavam a assumir os negócios da família e a posição dos homens no mercado de trabalho. Mas a guerra acabou. E com ela a vida de muitos homens que lutaram pelo país. Alguns dos que sobreviveram ao conflito foram mutilados e impossibilitados de voltar ao trabalho. Foi nesse momento que as mulheres sentiram-se na obrigação de deixar a casa e os filhos para levar adiante os projetos e o trabalho que eram realizados pelos seus maridos.

Em contrapartida, a remuneração percebida por esse trabalho não alcançou, de imediato, o patamar conquistado pelos homens e, notoriamente, essa situação persiste até a atualidade, em alguns setores. O desempenho de funções idênticas por parte de homens e mulheres permanece sendo remunerado de forma distinta, reafirmando a desigualdade de gênero.

Lamentavelmente, a independência econômica e social da mulher pouco colaborou para a desvinculação da posição de gênero mais frágil, que permanece até os dias de hoje e que contribui para que ela persista no pólo passivo da relação de violência. O preconceito continua a disseminar a ideia de que as características físicas, biológicas e – equivocadamente – intelectuais da mulher não

permitted que ela seja igualada socialmente ao homem, e justamente por esta última razão, é mais fácil repreendê-la quando julgar-se conveniente.

A reprimenda traz um significado mais amplo do que a princípio se denota. A expressão pode referir-se, por exemplo, não só à agressão física, mas também a situações em que a mulher percebe um salário inferior ao do homem no desempenho de funções idênticas, quando se sente insegura em andar sozinha pelos mais diversos ambientes ou quando tem a sua vontade restringida em vestir determinados trajes sem ser assediada sexualmente em virtude disso, situações frequentemente constatadas na contemporaneidade. Diz-se reprimenda, pois em todas essas situações coloca-se sob ameaça a liberdade da mulher. Diante dessa vulnerabilidade e pressionado pela necessidade de tutelar o direito das mulheres, o Estado opta pela edição de mecanismos legislativos com o objetivo de oferecer maior segurança às mulheres, transmitindo ao Poder Judiciário a responsabilidade pela solução dos conflitos.

2.2 As tentativas legislativas de aplacar os índices de violência contra mulher

A pressão por parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos resultou na edição de um novo mecanismo legislativo com o escopo de coibir a violência contra a mulher: a Lei Maria da Penha. Ao entrar em vigor no ano de 2006, a violência de gênero passou a ser preocupação do Poder Judiciário, que até então, segundo Dias (2008, p. 21), tratava o problema como uma questão a ser levada aos juizados especializados no julgamento das infrações de menor potencial ofensivo. Não havia intervenções estatais contundentes, até mesmo porque vigorava a ideia de que “em briga de marido e mulher não se mete a colher”. Contudo, passados dez anos de vigência da Lei, é incontroverso que o regramento não atendeu às expectativas

geradas. A violência contra a mulher, não só no âmbito doméstico, prosseguiu se expandindo de forma descontrolada, o que é notório, produzindo uma ideia de fracasso do instrumento legislativo, isto é, da Lei nº 11.340/2006.

As expectativas geradas pela Lei Maria da Penha são, atualmente, direcionadas à Lei nº 13.104/2015 – Lei do feminicídio –, que passou a vigorar em março de 2015 e alterou o texto do artigo 121 do Código Penal, tipificando o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, incluindo-o no rol dos crimes hediondos, a fim de punir mais severamente o autor da violência letal contra a mulher. O feminicídio consiste, portanto, na prática do homicídio qualificado por ser cometido contra uma mulher, em razão da condição do sexo feminino. Destaca-se que o próprio instrumento normativo explana o que se entende por “razões do sexo feminino”, as quais se tornam evidentes quando o crime envolve violência doméstica e familiar ou quando há menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Verifica-se que o dispositivo é dotado de imprecisão ao confundir a violência doméstica e familiar com a violência de gênero, como demonstram Bianchini e Gomes (2014, s. p.)

[...] feminicídio, não se confunde com a violência ocorrida dentro da unidade doméstica ou no âmbito familiar ou mesmo em uma relação íntima de afeto. Ou seja, pode-se ter uma violência ocorrida no âmbito doméstico que envolva, inclusive, uma relação familiar (violência do marido contra a mulher dentro do lar do casal, por exemplo), mas que não configure uma violência doméstica e familiar por razões da condição de sexo feminino (Ex. Marido que mata a mulher por questões vinculadas à dependência de drogas). O componente necessário para que se possa falar de feminicídio, portanto, como antes já se ressaltou, é a existência de uma violência baseada no gênero (Ex.: marido que mata a mulher pelo fato de ela pedir a separação).

Dessa forma, é evidente que a lei fraqueja no que se refere à observância do princípio da taxatividade. A norma incriminadora

não pode ser obscura de modo que os indivíduos não consigam compreender qual a conduta que o Estado pretende punir. Ademais, é perfeitamente possível que nem mesmo os membros do Poder Judiciário consigam compreender, por certo, a intenção do legislador. Nesse aspecto, surge o risco de uma criminalização às cegas, instituída para que se produza a falsa sensação de que o Estado não é omissor, como explica Zaffaroni (2007, p. 78-79):

[...] os políticos preferem apoiar-se no aparato autista e sancionar leis penais e processuais autoritárias e violadoras de princípios e garantias constitucionais, prever penas desproporcionais, [...] sancionar leis penais inexplicáveis obedecendo a pressões estrangeiras, ceder às burocracias internacionais que visam a mostrar eficácia, introduzir instituições inquisitoriais [...] e, definitivamente, constranger os tribunais mediante a moderna legislação penal *cool*.

Destarte, essas normas penais são criadas em tal grau de urgência que lhes faltam clareza e objetividade. Na verdade, prudente seria olhar para o passado quando da inclusão do feminicídio, espelhando-se nos resultados obtidos através da Lei Maria da Penha, de modo que a estratégia seja modificada e não mais se incorra no mesmo erro, tratando a questão com a seriedade que lhe é devida.

3 A função simbólica do direito penal

A função simbólica do direito penal pode ser definida como antagônica aos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade do direito penal. Através destes princípios, recepcionados pelo direito penal brasileiro mediante a influência da teoria do *labelling approach*, são submetidos ao controle do direito penal apenas os casos que efetivamente necessitam da sua tutela, o que inclui a comprovação de impossibilidade de utilização de outros meios de controle ou o exaurimento de outras esferas do direito. O direito

penal simbólico, por outro lado, apresenta-se como mera “aparência” de resposta à criminalidade, pois a controvérsia submetida a sua tutela poderia ser solucionada por intermédio de outros ramos do direito que não o penal. Esbarra, portanto, no sistema garantista criado por Ferrajoli, uma vez que contraria, ainda, o princípio da necessidade da norma, sendo este o primeiro critério político-criminal adotado na esfera da teoria da lei penal (CARVALHO & CARVALHO, 2004, p. 26-28). Evidentemente, uma norma penal de “aparências” não é uma normal penal de necessidade.

Conhecida pelo rigor excessivo e pela impossibilidade de ser estritamente colocada em prática, a função simbólica se manifesta em normas penais com o intuito de conceder à sociedade a falsa sensação de que o Estado não é omissivo em relação à determinada contenda. Isto se deve, em uma análise mais profunda, à sensação social de insegurança que é produzida nos cidadãos face à criminalidade. Desse modo, explica Silva Sánchez (2002, p. 33):

[...] um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos. É certo, desde logo, que os “novos riscos” [...] existem. Tanto é assim que a própria diversidade e complexidade social, com sua enorme pluralidade de opções, com a existência de uma abundância informativa a que se soma a falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau, sobre em que se pode e em que não se pode confiar, constitui uma fonte de dúvidas, incertezas, ansiedade e insegurança.

A função simbólica também se opõe ao princípio da *ultima ratio*, pelo qual se entende que o direito penal deve ser a última alternativa a ser buscada no processo de solução de conflitos, consubstanciando, assim o verdadeiro garantismo penal. Contudo, os símbolos parecem estar atrelados a um direito penal de *prima ratio*, em que a norma penal é a preferência do Estado, por ser medida de fácil implementação, demandando pouco esforço e

agradando, prontamente, à sociedade. Em vista disso, o direito penal simbólico é rigoroso de tal modo que não viola apenas princípios, ele outorga uma falsa percepção da realidade às pessoas, transgride e afasta, igualmente, um direito penal de garantias, porque desconsidera a necessidade da norma e leva a sociedade a crer que o Estado é diligente com a proteção de bens jurídicos que, embora relevantes, não devem ser submetidos à tutela do direito penal.

3.1 O direito penal como instrumento de *ultima ratio* e o direito penal simbólico

Com a superação da criminologia tradicional pela criminologia crítica, notadamente em razão da influência da teoria do *labelling approach*, a partir dos anos 1960, nos Estados Unidos, o direito penal, composto anteriormente por características derivadas de uma criminologia conservadora, sofreu grandes modificações. Se antes, com a vigência do antigo paradigma, era relevante a análise do criminoso de acordo com as suas características individuais, o *labelling approach* surge como um novo paradigma criminológico (DA SILVA, 2015, s. p.), produzindo novas indagações, como demonstra Baratta (2002, p. 88):

Os criminólogos tradicionais examinam problemas do tipo “quem é o criminoso?”, “como se torna desviante?”, “em quais condições um condenado se torna reincidente?”, “com que meios se pode exercer controle sobre o criminoso?”. Ao contrário, os interacionistas, como em geral os autores que se inspiram no *labelling approach*, se perguntam: “quem é definido como desviante?”, “que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?”, “em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?” e, enfim, “quem define quem?”

Apesar do surgimento de um novo paradigma, a função simbólica do direito penal permanece existente em determinados instrumentos legislativos criados pelo Poder Legiferante, inclusive

com relação ao problema da violência contra a mulher. Antes de uma análise mais minuciosa, destaca-se que não é intuito deste estudo defender espécie de “abolicionismo penal”. Ocorre que a história da criminalização da violência de gênero já demonstrou que o direito penal não é um recurso adequado para solucionar o problema, considerando os resultados obtidos através dos instrumentos legislativos e, igualmente, que não houve o exaurimento, tampouco a tentativa, de buscar-se outras vias de proteção do bem jurídico.

O feminicídio demonstra que, novamente, o Estado recorre à criminalização como *prima ratio*, mesmo que, com isso, o efeito seja contrário ao que pretende alcançar, como bem demonstra Andrade (2003, p. 118): “o sistema penal (salvo situações contingentes e excepcionais) não apenas é um meio ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência [...], como também duplica a violência exercida contra elas [...]”. Portanto, quando utilizado com este escopo, o direito penal revela o seu caráter simbólico, haja vista que não se mostra como um instrumento hábil a arrefecer a violência contra a mulher. Outrossim, Shecaira (2004, p. 312) ainda constata que “Onde a proteção de outros ramos do direito revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, deverá atuar o direito penal. É ele, pois, a *ultima ratio regum*, ou a última instância de controle social.” Com isso, a ideia de que deve haver o esgotamento de outras esferas do direito antes da atuação do direito penal é robustecida, além de concretizar as noções de subsidiariedade e fragmentariedade.

Somando-se a isso, em nada resolve a sociedade encarregar o Estado de resolver o problema da violência de gênero de forma definitiva se mesmo ela própria reproduz comportamentos que instigam novas intercorrências, o que inclui a banalização de discursos machistas. Com a implementação de novos comportamentos não se cogitaria delegar ao direito penal a resolução do problema, violando-se, assim, a *ultima ratio*. Desse entendimento comunga Bianchini (2011, s. p.): “somente quando o

problema deixar, definitivamente, de ser visto como pessoal, alcançando status de problema social, é que se poderá obter a visibilidade necessária ao fenômeno da violência de gênero.” À vista disso, se torna inviável e contraproducente exigir que o direito penal, como *prima ratio*, dê conta da situação, se nem mesmo a sociedade modifica alguns parâmetros. Na verdade, comportamentos deste jaez somente fomentam a experiência de se viver na sociedade de risco, em constante anseio pela edição de normas criminalizadoras, revestidas de rigor excessivo, com pouca ou nenhuma aplicabilidade prática, verificando-se cada vez mais distante a ideia de intervenção mínima.

Afigura-se necessária, desse modo, uma reflexão mais abrangente no tocante à violência de gênero, de maneira que se compreenda a importância de o problema ser apurado por outras esferas de controle social, antes de ser levado ao sistema penal. Somente assim haverá êxito na resolução do problema: interpretando-se corretamente o princípio da *ultima ratio*, e afastando, por conseguinte, o rigor excessivo – manifestamente simbólico – que integra o direito penal.

3.2 A ineficácia do rigor excessivo e o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal

Com a influência do *labelling approach* no ordenamento jurídico brasileiro, os princípios da subsidiariedade e fragmentariedade passam a integrar o direito penal, consubstanciando a ideia de intervenção mínima. A evolução do paradigma criminológico permitiu, em vista disso, o reconhecimento de que somente bens jurídicos revelantes devem ser submetidos à tutela estatal punitiva. Nessa perspectiva, explica Shecaira (2004, p. 311-312):

[...] pode-se dizer que o direito penal terá um caráter subsidiário e fragmentário. É fragmentário por só atuar com pequenas partes

do todo; por agir somente em alguns casos, aqueles mais relevantes. Assim, apenas quando alguns fragmentos do ordenamento [...] forem atingidos é que se desencadeará a reação penal punitiva [...]. É, ainda, subsidiário por estar condicionado à não-utilização das outras instâncias sociais de controle, como o direito civil ou administrativo. A subsidiariedade está a exigir que só se faça uso do direito penal quando não tenha tido êxito os meios coativos menos gravosos de natureza não penal.

Incontestavelmente, a integridade física da mulher se mostra como um bem jurídico de extrema relevância. Todavia, não havendo tentativas preliminares de resolução do conflito, isto é, a prévia utilização de outros métodos, não se pode esperar que o direito penal, como legítimo instrumento de *ultima ratio*, tenha o condão de resolver ou minimizar a problemática, por mais rigorosos que sejam os tipos penais. Celmer (2006, p. 257) ainda ressalta que o rigor excessivo, frequentemente, parte de exigências feitas pela própria sociedade: “o que se percebe é uma certa obsessão punitiva mesmo por parte de movimentos sociais, como o feminista, conhecidos pelas reivindicações emancipatórias.” Na mesma linha entende Andrade (2003, p. 110):

O feminismo brasileiro se insere num processo de dupla via e, portanto, ambíguo. Por um lado, demanda a necessidade de uma ampla revisão dos tipos penais existentes, defendendo a descriminalização de condutas hoje tipificadas como crimes (aborto, posse sexual mediante fraude, sedução, casa de prostituição e adultério, entre outras) [...]. Por outro lado, demanda o agravamento de penas no caso de assassinato de mulheres e a criminalização de condutas até então não criminalizadas, particularmente a violência doméstica e o assédio sexual.

Logicamente, não se pretende menosprezar as conquistas pelas quais o feminismo é responsável, especialmente no que tange aos direitos que foram adquiridos à medida que o movimento ganhava força. Ocorre que o discurso desse movimento se torna, por

vezes, contraditório, visto que visa à maior proteção feminina, mas não se utiliza do meio correto para a sua efetivação, insistindo no sistema penal como primeira e única via de solução dos conflitos. Nessa perspectiva, Andrade (2003, p. 119-120) ratifica:

[...] o sistema penal é ineficaz pra proteger as mulheres contra a violência porque, entre outros argumentos, não previne novas violências, não escuta os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão da própria violência sexual e a gestão do conflito e, muito menos, para a transformação das relações de gênero.

Em vista disso, cada vez mais o rigor excessivo afasta o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal, e, conseqüentemente, a ideia de intervenção mínima. A sociedade e o Estado ignoram ou, talvez, não queiram assimilar que o sistema penal não é um mecanismo compatível com as necessidades que o problema da violência de gênero demanda. Por derradeiro, se o direito penal não se mostra eficaz na resolução da controvérsia, estar-se-á diante de uma clara institucionalização da sua função simbólica.

4 A eficácia da norma penal face à violência letal contra a mulher e a lei do feminicídio

As inovações trazidas pela Lei Maria da Penha, em um primeiro olhar, pareciam ser benéficas às vítimas de violência doméstica e, a partir delas, concluiu-se que as mulheres estariam sob a proteção estatal. Mas, lamentavelmente, a complexidade do tema não permitiu que a expectativa fosse atendida de forma integral, visto que a violência contra a mulher subsiste na atualidade. Com base nisso, Celmer e Azevedo (2007, p. 16) asseveram que:

O conflito social que está por trás da violência doméstica não pode ser tratado pura e simplesmente como matéria criminal. O retorno

do rito ordinário do processo criminal para apuração dos casos de violência doméstica não leva em consideração a relação íntima existente entre vítima e acusado, não sopesa a pretensão da vítima nem mesmo seus sentimentos e necessidades.

Desse modo, o Poder Legislativo conjecturou a necessidade de assumir uma postura mais categórica no que diz respeito à violência de gênero e publicou, em 9 de março de 2015, a Lei do feminicídio, que alterou o artigo 121 do Código Penal para incluir uma nova circunstância qualificadora no crime de homicídio e, conseqüentemente, incluí-la no rol dos crimes hediondos. Entretanto, o feminicídio tem sido alvo de críticas concernentes à sua aplicação prática, principalmente pelo fato de que o homicídio cometido por razões do sexo feminino já era tipificado anteriormente pelas qualificadoras do motivo fútil ou motivo torpe. Pode-se justificar que, com a alteração, o problema passou a ser tutelado de forma mais específica e, por essa razão, a alteração legal seria positiva. Sob um olhar mais criterioso, contudo, a inclusão da qualificadora não é uma mudança favorável por faltar clareza à definição de “razões do sexo feminino” trazida pela redação do dispositivo, que confunde violência doméstica e familiar com violência de gênero. Nessa senda, Bianchini e Gomes (2014, s. p.) destacam:

Na praxe forense um aspecto sumamente relevante será o do possível abuso acusatório (excesso na acusação), que ocorre quando se força (sem a devida comprovação, com indícios sérios) uma classificação de crime hediondo. Nem todo femicídio (morte de uma mulher) é um feminicídio (morte de uma mulher por razões de gênero). Essa confusão poderá ocorrer e para isso devem estar atentos a defesa e o juiz. Compete à defesa, de plano, refutar (já na defesa preliminar) o excesso acusatório.

É reconhecida, portanto, a possibilidade de existir um abuso acusatório, mas, ainda assim, opta-se por acreditar que tais imprecisões são irrelevantes e que a novel lei poderá reverter a

situação da violência contra a mulher. O feminicídio, desse modo, reforça a ideia de que a mulher é vista como eterna vítima pelo Estado e pela sociedade, necessitando da proteção do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, ainda que ela não seja efetiva. Nessa lógica, questiona Andrade (1999, p. 116): “até que ponto é um avanço para as lutas feministas a reprodução da imagem social da mulher como vítima, eternamente merecedora da proteção masculina, seja do homem ou do Estado?”

Logo, a incidência da qualificadora do feminicídio é questão revestida de complexidade e, em razão disso, pressupõe forte cautela quando da sua apuração. Nesse seguimento, é relevante demonstrar quais os reflexos produzidos na sociedade, especificamente quanto à situação da violência de gênero após o advento da novel lei.

4.1 A violência de gênero após o advento da Lei nº 13.104/2015

Para verificar a situação da violência de gênero após o advento da Lei do feminicídio, realizou-se um estudo com base em jurisprudências do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O primeiro caso a ser analisado é o recurso de Embargos Infringentes nº 70072742802⁴, julgado pelo Primeiro Grupo de Câmaras

⁴ Ementa: EMBARGOS INFRINGENTES. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO. QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INVIABILIDADE. PRESENÇA DE VERTENTE DE PROVA A SUPORTAR A EXISTÊNCIA DA QUALIFICADORA. PREVALÊNCIA DO VOTO MAJORITÁRIO. O acréscimo do inciso VI ao parágrafo segundo do artigo 121 do Código Penal, pela Lei nº 13.104/2015, revela-se como densificação do mandamento constitucional esculpido no parágrafo 8º do artigo 226 da Carta Magna. O reforço da tutela penal não afronta a Constituição. A Suprema Corte em controle direto de constitucionalidade assentou que a diferenciação no tratamento penal entre homem e mulher como vítimas de delitos é harmônica com a Constituição Federal, vez que necessária maior proteção diante das peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira (ADC 19). Ainda, no deslinde da tensão entre o princípio da igualdade e a presença da diferença a sustentar as chamadas "ações afirmativas", a jurisprudência do STF tem aceito, regra geral, a discriminação positiva, desde que ancorada em vetor constitucional e substrato fático adequado (igualdade de gênero, pessoas com deficiência, discriminação racial etc.). Ressalta-se que o texto legislativo demanda interpretação constitucionalmente adequada, de modo a afastar a aplicação automática que significaria homicídio qualificado toda vez que - e ipso facto - uma mulher fosse morta. Também para evitar eventual bis in idem, pois, amiúde, situações de feminicídio já eram tratadas, doutrinária e jurisprudencialmente, como homicídios qualificados, pela via do motivo torpe ou fútil, de modo que, a rigor, a inovação legal objetivou e especializou a resposta jurídico-penal adequada aos

Criminais, em 07 de abril de 2017. Trata-se de recurso interposto pela defesa do réu em virtude de decisão não-unânime proferida em sede de Recurso em Sentido Estrito, cujo objeto era a decisão de pronúncia proferida pelo juízo de primeiro grau. Com efeito, os Embargos Infringentes foram opostos em razão de que o voto vencido divergiu sobre o reconhecimento da qualificadora do feminicídio, pois entendeu admissível o seu afastamento no caso concreto. As razões dos Embargos invocaram, inclusive, a inconstitucionalidade da nova qualificadora, por ferir o princípio da isonomia.

O Desembargador Relator, Jayme Weingartner Neto, após proceder a uma breve narrativa dos fatos, sustentou que a arguição de inconstitucionalidade invocada pelo embargante não prosperava, pois a norma goza de presunção de constitucionalidade. Argumentou, ainda, que a existência das ações afirmativas já permitiu que o Supremo Tribunal Federal aceitasse a implementação de “discriminações positivas”, como as que possuem a intenção de preservar a igualdade de gênero material. Outrossim, defendeu o advento da Lei do feminicídio por, finalmente, especializar a resposta-jurídico penal concedida aos homicídios praticados em função do gênero. Por esse motivo, destacou que para a evitar eventual *bis in idem*, o feminicídio e o motivo fútil ou torpe são qualificadoras que não podem coexistir pelas mesmas razões fáticas (BRASIL, 2017, p. 10-11). Assim, o Relator entendeu pela manutenção da qualificadora, pois o conjunto probatório permitiu a interpretação de que o embargante teria tentado matar a vítima motivado por sentimento de posse que nutria em relação à companheira, sendo que este sentimento revela que o crime pode

crimes praticados em função de gênero. 2. Prova oral colacionada aos autos que indica a possibilidade de que o acusado tenha tentado matar a vítima em razão do sentimento de posse que nutria em relação a sua ex-companheira, sendo justamente este sentimento que revela que o crime pode ter sido cometido em subjugação à mulher, em razão da condição do sexo feminino. A coisificação de sua ex-companheira, como se de um bem material se tratasse, teria feito com que o acusado cometesse o delito. Neste contexto, não há como subtrair dos jurados a apreciação da qualificadora. Prevalência do voto majoritário.

ter sido cometido em razão da condição do sexo feminino. Sustentou, por derradeiro, que a coisificação da vítima teria feito com que o réu cometesse o delito, configurando o clássico caso de violência de gênero (BRASIL, 2017, p. 11). Em vista disso, votou no sentido de desacolher os Embargos Infringentes. Os demais desembargadores votaram de acordo com o Relator.

Com o julgado apresentado, percebe-se que a maior alteração trazida pela Lei nº 13.104/2015 diz respeito à denominação da circunstância qualificadora. A despeito de a novel lei tutelar de forma mais específica a violência letal contra a mulher, a verdade é que, em termos práticos, nada mudou. Isto, porque, como o próprio julgador explica, o homicídio motivado por razões do gênero já era qualificado anteriormente pela via do motivo fútil ou motivo torpe, ou seja, a pena imposta sofria um aumento igual ao proveniente da incidência do feminicídio.

O segundo caso a ser analisado é o Recurso em Sentido Estrito nº 70068896455⁵, julgado pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 15 de dezembro de 2016. Trata-se de recurso interposto pelo réu contra decisão de

⁵ Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL CONSUMADO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL E FEMINICÍDIO. A Lei do Feminicídio reforça o caráter prestacional do direito à igualdade, através da exigência de medidas que afastem desigualdades de fato e promovam sua compensação, de modo que desnecessária a suspensão do julgamento do processo com remessa ao Órgão Especial deste Tribunal para o exame da (in)constitucionalidade do regramento que modificou o Código Penal em seu art. 121, § 2º, inciso VI, e § 2º-A, inciso I. Superada a questão, salientando que, em caso, a qualificadora do feminicídio reúne indícios suficientes para ser acolhida pela decisão de pronúncia, isto porque existem indicativos de que o crime tenha ocorrido na forma descrita na denúncia, ou seja, a vítima era companheira do réu, com quem conviveu aproximadamente de 09 (nove) meses e, na época dos fatos já estariam separados. Compartilho do entendimento de que o ciúme é circunstância que, dependendo do contexto, pode se caracterizar como frívola, vazia, ínfima, leviana, insignificante e/ou desproporcional nos delitos contra a vida, razão pela qual merece ser levada para apreciação do Conselho de Sentença, a quem compete à análise detalhada da situação. POR MAIORIA, DESACOLERAM A PROPOSTA DO RELATOR DE SUSPENSÃO DO JULGAMENTO DO PROCESSO PARA REMETÊ-LO AO ÓRGÃO ESPECIAL DESTES TRIBUNAL PARA O EXAME DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 121, § 2º, VI, E § 2º-A, I, CÓDIGO PENAL, E TAMBÉM POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O RELATOR QUE PROVIA EM PARTE O RECURSO EM SENTIDO ESTRITO A FIM AFASTAR DA DECISÃO DE PRONÚNCIA AS QUALIFICADORAS DE MOTIVO FÚTIL E DE FEMINICÍDIO.

pronúncia, objetivando a desclassificação do crime de homicídio tentado para o delito de lesões corporais leves ou o afastamento das qualificadoras do motivo fútil e do feminicídio. Após realizar uma breve descrição dos fatos, o Desembargador Relator, Victor Luiz Barcellos Lima, votou no sentido de dar parcial provimento ao recurso interposto pelo réu, negando o pedido referente à desclassificação do delito, mas reconhecendo a necessidade de afastar as duas qualificadoras. No que se refere ao feminicídio, sustentou que a controvérsia reside na inconstitucionalidade do regramento, por entender que há violação à disposição expressa do artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal. Isto, pois, o texto da Lei do feminicídio não revela que o crime será qualificado quando cometido por razões da condição de sexo, tanto contra homem, quanto contra mulher (BRASIL, 2016, p. 7-8). Desse modo, votou por suspender o julgamento do processo, remetendo o feito ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça para o exame da inconstitucionalidade do regramento.

Contudo, a Desembargadora Revisora, Rosaura Marques Borba, divergiu do Relator por não comungar com o entendimento exarado a respeito da inconstitucionalidade da Lei do feminicídio. Argumentou que não há violação ao princípio da igualdade previsto na Constituição Federal, visto que há expressa determinação do constituinte para que o Estado crie mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Além disso, entendeu estarem presentes no caso as duas circunstâncias qualificadoras, nos termos da decisão de pronúncia, razão pela qual negou provimento ao recurso (BRASIL, 2016, p. 13-17). Ao final, o Desembargador Presidente, José Antônio Cidade Pitrez, votou de acordo com a Revisora, sendo o recurso da defesa improvido e a proposta do Relator de suspensão do julgamento do processo com remessa ao Órgão Especial do Tribunal, desacolhida.

No que atine aos argumentos utilizados pelos Desembargadores para rebater a arguição de inconstitucionalidade invocada ora pelo embargante, ora pelo próprio julgador, entende-

se que é perfeitamente cabível a defesa de discriminações positivas para o estabelecimento da efetiva igualdade material entre homem e mulher. Por outro lado, diverge-se quanto ao ponto em que as decisões colocam o direito penal como cenário adequado para o deslinde da controvérsia, tendo em vista os princípios da *ultima ratio*, subsidiariedade e fragmentariedade, além da ideia de intervenção mínima já abordada nessa pesquisa.

Assim, a divergência de interpretação sobre a inconstitucionalidade do feminicídio possibilita uma reafirmação a respeito da imprecisão de que é dotada a novel Lei nº 13.104/2015. Não obstante a possibilidade de o Poder Judiciário enfrentar dificuldades quando da análise do instituto, o que se percebe é que uma punição mais severa não colocará fim ao problema da violência contra a mulher, de acordo com os índices atuais de homicídios cometidos contra as mulheres no Brasil. Segundo o Atlas da Violência 2016 (CERQUEIRA *et al.*, 2016, p. 26) elaborado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a taxa de homicídios entre mulheres apresentou crescimento de 11,6% entre 2004 e 2014, justamente durante o período em que passou a vigorar a Lei Maria da Penha. Ademais, ao tomar como referência o ano de 2014, a pesquisa também traz dados divulgados pelo Sistema de Informação sobre Mortalidade (SIM), os quais revelam que, em média, treze mulheres são assassinadas por dia no Brasil, número extremamente alto e preocupante.

Essa situação pode ser explicada, segundo Andrade (2003, p. 92) pela expropriação estatal do direito de a vítima coparticipar no processo penal, o que configura obstáculo significativo à resolução do problema. Portanto, conveniente seria adotar uma nova postura frente à situação de violência de gênero, buscando-se mecanismos realmente eficientes a fim de reduzir o problema, colocando o interesse da vítima acima da ânsia punitiva da sociedade e do Estado, substituindo-se o modelo de Justiça Retributiva por um modelo de Justiça Restaurativa, conforme sugere Lahuscarrim (2006, p.186):

[...] observa-se que na “literatura restaurativa”, a vítima passa a ser a protagonista no espetáculo do processo restaurador, enquanto o autor do fato, uma espécie de coadjuvante – na perspectiva de sujeito de direitos –, assume uma função de menor importância, já que o modelo de Justiça Restaurativa surge nos países centrais numa perspectiva de “novo local de fala” em que será dada oportunidade prioritariamente à vítima [...] de expressar e manifestar aquilo que sente diante do fenômeno do crime.

Nessa lógica, questiona-se até que ponto a rigidez excessiva da norma penal pode representar a existência de segurança jurídica para a sociedade se a pretensão da mulher, que é a figura principal do problema, não é levada em consideração pelo poder público.

4.2 A “ilusão de segurança jurídica” gerada pelos mecanismos estatais

Nos capítulos anteriores, buscou-se demonstrar a origem do problema da violência contra a mulher, analisando-se a eficácia dos instrumentos legislativos criados com o fito de reduzir os índices alarmantes. Outrossim, explicou-se como a função simbólica do direito penal está inserida nesses mecanismos, impondo obstáculos à resolução definitiva da controvérsia. Nesse sentido, Hassemer (2005, p. 115) ratifica a existência dessas barreiras:

[...] o Direito Penal pode se reduzir a uma mera *função simbólica*: normas penais e cominações penais sobre cuja efetividade em face do crime existem sérias dúvidas, somente têm o sentido de que o sistema penal registra a sua presença e o seu campo de reação em face do interesse socializado da vítima, isto é, que ele simplesmente transmite a aparência de efetividade e proteção social e demonstra à opinião pública que o legislador satisfaz uma “necessidade de ação” rápida e eficaz. Um Direito Penal que em âmbitos importantes tenha efeitos meramente simbólicos não poderá mais cumprir a longo prazo suas tarefas, mesmo em face do interesse

socializado da vítima, porque perderá sua credibilidade. (grifo do autor)

Assim, ainda que os resultados obtidos com a Lei nº 11.340/2006 não tenham sido satisfatórios, o Estado e a sociedade permanecem acomodados no pensamento de que uma punição mais severa se mostraria adequada às necessidades demandadas pela questão.

O feminicídio gera a “ilusão de segurança jurídica” à sociedade por reproduzir o maior erro presente no conteúdo extraído da Lei Maria da Penha: o autor merece a preocupação do Estado, devendo ser punido através da edição de leis cada vez mais rigorosas. Por outro lado, as dificuldades enfrentadas pela vítima, bem como os traumas físicos e/ou psicológicos que remanescem, são deixados à mercê da sua própria tutela, não sendo merecedores da preocupação estatal. Desse entendimento comungam Celmer e Azevedo (2007, p. 16): “o que se percebe é que a Lei nº 11.340/2006 também não recepcionou o paradigma de gênero, pois excluiu a participação da mulher na discussão do problema, o que inviabiliza uma solução satisfatória para o conflito.” O que deveria ser entendido como solução satisfatória, portanto, é a substituição do modelo Retributivo para um modelo de Justiça Restaurativa, aliado ao investimento em outras medidas de proteção às mulheres, fora do direito penal, como a criação de políticas públicas de prevenção, no sentido de educar a sociedade, pois esta é a base para a modificação de pensamentos e comportamentos que instigam a violência de gênero, seja ela de natureza física, psicológica ou sexual, no contexto intrafamiliar ou nas relações externas das mulheres.

Além disso, a mediação também pode ser entendida como uma forma de solução preliminar – e efetiva – desses conflitos. É preliminar porque busca prevenir que pequenos sinais de violência, como o controle psicológico, por exemplo, avancem até que se atinja uma situação irreversível. Conforme sugerem Celmer e Azevedo (2007, p. 17), a mediação, quando realizada por equipe

multidisciplinar, o que inclui a presença de profissionais da área da Psicologia, do Direito e da Assistência Social, tem um potencial muito maior para resolver a questão em definitivo do que a criminalização mais severa de determinadas condutas, pois evidentemente o sistema penal não é capaz de colocar fim aos casos já existentes, tampouco prevenir novas intercorrências.

De outra banda, a edição de leis rigorosas, como o feminicídio, só conduzirá as mulheres vítimas de violência à conjuntura em que estão inseridas atualmente: desamparadas e desprotegidas face ao descaso do Estado, que não modifica a estratégia; e da sociedade, que não modifica comportamentos machistas, instigadores de violência, não age para realizar uma mudança cultural, mas cobra do poder público uma punição mais severa sempre que toma conhecimento de um novo caso de agressão. O movimento feminista, ao invés de utilizar a sua influência – tão necessária na conquista de direitos – para que o problema seja encarado com a gravidade que lhe é inerente, acaba por reproduzir o discurso proferido por aqueles que não integram o movimento, compartilhando a mesma ânsia punitiva da sociedade de risco.

Assim, o direito penal não só cria uma “ilusão de segurança jurídica” nas pessoas, notadamente nas mulheres, como também impossibilita que o problema seja submetido a outras esferas de solução. Diante disso, Teles e Melo expõem (2002, p. 105-106): “[...] não se perdeu de vista que o problema da violência de gênero é uma violação dos direitos humanos e envolve as áreas da segurança pública, da justiça, da educação, de diversos serviços sociais, da economia, da política, da habitação, etc...”. Esse problema multidisciplinar não pode ser simplesmente delegado ao direito penal pelo Estado sem a prévia implementação de políticas públicas de prevenção de novas ocorrências, somada ao investimento em mediação desses conflitos, sendo que uma medida não deve excluir a outra. Ocorre que por ser uma alternativa acessível e de execução imediata, o Poder Legiferante persiste na edição de normas incriminadoras, pois assim esquia-se do problema e permite,

inclusive, que se tenha a falsa percepção de que não há negligência de sua parte. Lamentavelmente, essas iniciativas são ilusórias porque levam a sociedade a acreditar que o seu apelo foi atendido e, pior, provocam nas mulheres a ideia fictícia de que estão verdadeiramente protegidas de qualquer ato de violência.

5 Conclusão

Essa pesquisa apresentou, inicialmente, um panorama evolutivo sobre os direitos adquiridos pelas mulheres ao longo da história. Essa evolução, oriunda da necessidade de adaptação às mudanças instituídas, especialmente com relação à liberdade da mulher e a conquista de direitos, produziu reflexos significativos na sociedade. Entretanto, demonstrou-se que mesmo com o advento de tais conquistas e alcance de vários direitos, a situação da violência de gênero tornou-se cada vez mais alarmante, produzindo uma linha estatística ascendente. Constatou-se, ainda, que a violência contra a mulher teve início juntamente com a sua entrada no mercado de trabalho, durante as duas grandes guerras e posteriormente, de forma consolidada, com a Revolução Industrial.

Após o decurso de um extenso lapso temporal, pressionado pela sociedade, o Poder Legislativo começou a utilizar de mecanismos penais e editou a Lei Maria da Penha, a fim de dar uma resposta efetiva à problemática. No entanto, conforme os dados expostos nesse estudo, o regramento não reduziu as ocorrências de violência contra a mulher, mesmo após dez anos de vigência. Posteriormente, o Estado optou por criar um novo instrumento legislativo de proteção às mulheres, tendo em vista que a situação prosseguia preocupante. Desse modo, o Poder Legiferante criou a Lei nº 13.104/2015, que alterou o artigo 121 do Código Penal, com a inclusão da qualificadora do feminicídio.

À vista disso, buscou-se compreender se o feminicídio pode ser considerado um instrumento de efetiva proteção às mulheres ou se a nova circunstância qualificadora é mais uma medida de direito

penal simbólico, habilitada a reproduzir os mesmos erros presentes no regramento que lhe antecedeu. Nessa perspectiva, ao confrontar a novel lei com a criminologia crítica, com os princípios da *ultima ratio*, subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal, além da ideia de intervenção mínima, compreendeu-se que a Lei do feminicídio não é um instrumento hábil a arrecar a violência contra a mulher, justamente por seu conteúdo revelar a função simbólica do direito penal, visto que é revestida de rigor excessivo e possui mera aparência de solução. Ademais, não instituiu alterações práticas expressivas, pois apenas passou a atribuir uma denominação específica a uma situação que já era prevista anteriormente pelo Código Penal, com as qualificadoras do motivo fútil e do motivo torpe. Concluiu-se, ainda, que o sistema penal é falho ao proteger as mulheres, não atendendo às expectativas geradas, porque não leva em consideração que a participação da vítima na busca pelo fim da violência de gênero é essencial. Somente entendendo a dimensão dos traumas sofridos, bem como reparando a integridade física e psicológica da mulher será possível uma modificação nesse cenário. Além disso, também se mostra necessária uma alteração nos comportamentos instigadores de violência reproduzidos pela sociedade. Assim, finalmente será possível assimilar que o direito penal, como *prima ratio* ou *sola ratio*, não é capaz de fornecer uma resposta efetiva ao problema, sequer de aplacar os índices de mortalidade feminina no Brasil.

É preciso que a violência contra a mulher seja enxergada por todos, inclusive pelo Estado, como uma questão de saúde pública e, mais ainda, como uma violação aos direitos humanos. Desse modo, também é possível concluir que o investimento em políticas públicas de prevenção, bem como a utilização da mediação, numa ideia de Justiça Restaurativa do conflito que gera a violência, devidamente acompanhada por profissionais competentes, são medidas com um potencial muito maior para solucionar a questão do que a criação de meros símbolos de rigor excessivo e punitivo.

Contudo, considerando que tais ações demandam uma atenção maior por parte do poder público, é perceptível que o problema da violência contra a mulher prosseguirá sendo retratado com descaso por um longo período de tempo, conclusão esta que pode ser extraída das crescentes taxas de homicídios cometidos contra as mulheres no Brasil. Destarte, este artigo buscou contribuir para uma reflexão mais intensa a respeito do assunto, a fim de que ele possa, de forma mais breve possível, deixar de ser negligenciado, para que o texto legal crie efetivamente mecanismos capazes de aplacar os indicadores de violência e de proteger a integridade física, a saúde, a honra, a liberdade, a dignidade e a vida das mulheres.

Referências

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Criminologia e Feminismo**: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. In: CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.
- _____. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal** /Alessandro Baratta; tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BIANCHINI, Alice & GOMES, Luiz Flávio. **Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015**. 2014. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>>. Acesso em: 18 mar. 2017.
- _____. **Em briga de marido e mulher não se mete a colher?**. 2011. Disponível em: <<https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121813931/em-briga-de-marido-e-mulher-nao-se-mete-a-colher>>. Acesso em: 17 mai. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes nº 70072742802**. Primeiro Grupo de Câmaras Criminais. Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, RS, 07 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 22 mai. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Recurso em Sentido Estrito nº 70068896455**. Segunda Câmara Criminal. Relator: Víctor Luiz Barcellos Lima. Porto Alegre, RS, 15 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

CARVALHO, Almiton Bueno de & CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CELMER, Elisa Girotti; AZEVEDO, Rodrigo G. **Violência de Gênero, produção legislativa e discurso punitivo: uma análise da Lei 11.340/2006**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 14, n. 170, p. 17, jan. 2007. Disponível em: <http://www.repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/5179/Boletim170_Azevedo.pdf?sequence=1>. Acesso em 12 mai. 2017.

_____. **Violência conjugal contra a mulher: refletindo sobre gênero, consenso e conflito nos Juizados Especiais Criminais**. In AZEVEDO, Rodrigo G. & CARVALHO, Salo (org). **A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal**. Porto Alegre: Notadez, 2006.

CERQUEIRA, Daniel *et al.* **Atlas da Violência 2016**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160405_nt_17_atlas_da_violencia_2016_finalizado.pdf>. Acesso em 30 mai. 2017.

DA SILVA, Raíssa Zago Leite. **Labelling Approach: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização**. Liberdade, São Paulo, n.18, jan/abr. 2015. Disponível em: < https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/225-Artigo>. Acesso em 12 mai. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

LARRUSCAHIM, Paula Gil. **Justiça Restaurativa: Tecendo um Conceito para a Margem**. In AZEVEDO, Rodrigo G. & CARVALHO, Salo (org). **A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal**. Porto Alegre: Notadez, 2006.

PROBST, Elisiana Renata & RAMOS, Paulo. **A evolução da mulher no mercado de trabalho**. 2003. Disponível em: <http://www.posuniasselvi.com.br/artigos/revo2-05.pdf>. Acesso em 20 abr. 2017.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais** / Jesús-María Silva Sánchez; tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TELES, Maria Amélia de Almeida. MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal** / Eugenio Raúl Zaffaroni; tradução de Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

A aplicabilidade e a efetividade da qualificadora “feminicídio” no contexto jurisdicional gaúcho ¹

Caroline de Fátima Alvarez Vieira ²

Moisés Matusiak ³

1 Considerações iniciais - a violência de gênero no país

A violência em face do gênero feminino ocupa a pauta de discussões já há algumas décadas, mas isso não tem sido suficiente para que tais práticas sejam minimizadas e, até mesmo, superadas, fazendo com que as mulheres, realmente, se empoderem. O que tem se visualizado é o aumento sistemático das violações de direitos contra o gênero feminino, culminando, não raras vezes, em morte. Desse modo, é relevante perguntar: A partir da promulgação da Lei n^o. 13.104/2015 é possível verificar, por meio dos julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a aplicabilidade da circunstância qualificadora “Feminicídio” destinando-se à efetividade de direitos humanos e fundamentais das mulheres?

¹ Artigo desenvolvido como trabalho de conclusão no curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

² Autora do artigo. Acadêmica do curso de Graduação em Direito da Universidade Cruz Alta. E-mail: caroline.alvz.vieira@gmail.com.

³ Orientador do artigo. E-mail: m.matusiak@unicruz.edu.br

Não raras vezes, embora se saiba da existência da Lei nº. 13.104/2015, a qualificadora “feminicídio” é desconsiderada no momento da aplicação da pena, porque alguns magistrados ainda permanecem arraigados aos modelos de feminilidade muito presentes na sociedade patriarcal e sexista existente. Assim, quando da análise do homicídio causado, não tem se reputado como agravante o fato de o crime ter sido praticado em virtude do gênero feminino ou, inclusive, por meio de fatores que facilitaram referido ato, ao julgarem a mulher ainda como o “sexo frágil” para o cometimento de tal tipo penal. Dessa forma, a aplicabilidade da agravante fica condicionada aos valores internalizados e aos estereótipos de gênero, restando, por isso, mitigada;

Embora se saiba que o tema ainda é muito recente na seara jurídico-penal, este merece uma atenção diferenciada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Isto porque, no momento da dosimetria da pena, os elementos sopesados nessa cominação, muitas vezes, não são ponderados, especialmente no que se refere ao fato de a vítima ser mulher, ou seja, que o crime fora perpetrado justamente por tal condição. Isso conduz à corroboração dos paradigmas da dominação masculina e, conseqüentemente, da inefetividade dos direitos humanos e fundamentais das mulheres, pois não tem havido uma real criminalização, que possa se traduzir na aplicabilidade do “feminicídio”.

Feminicídio é o assassinato de uma mulher pela condição de ser mulher. São crimes que ocorrem geralmente na intimidade dos relacionamentos e com frequência caracterizam-se por formas extremas de violência e barbárie. São delitos cujo impacto é silenciado, praticados sem distinção de lugar, de cultura, de raça/etnia ou de classe social, além de ser a expressão perversa de um tipo de dominação masculina ainda fortemente cravada na cultura brasileira. Cometidos por homens contra as mulheres, suas motivações são, principalmente, o ódio, o desprezo ou o sentimento de perda da propriedade sobre elas (BANDEIRA, 2013).

O feminicídio representa a última etapa de um *continuum* de violência que leva à morte. Precedido por outros eventos, tais como abusos físicos e psicológicos, que tentam submeter às mulheres a uma lógica de dominação masculina e a um padrão cultural que subordina a mulher e que foi aprendido ao longo de gerações. Trata-se, portanto, de parte de um sistema de dominação patriarcal e misógino (BANDEIRA, 2013).

Desse modo, é de se questionar: qual a real efetividade da Lei do Feminicídio, a Lei nº. 13.104/2015? Frente a atual realidade, realizou-se uma pesquisa para analisar se o homicídio praticado contra as mulheres contempla, em sua penalidade e em sua criminalização, a agravante da pena, ou seja, se sopesa a prática em razão da condição feminina. Em contrapartida, percebe-se, *a priori*, que o crime continua sendo visto apenas como homicídio, seja na modalidade simples ou qualificada, sem que se considere que tal ato foi praticado contra vítima do gênero feminino e, exatamente, por esta posição social.

Sob tal perspectiva, a investigação buscou verificar, mediante um estudo de cunho jurisprudencial, especificamente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, mesmo após quase um ano da promulgação da Lei, efetivamente, nada foi alterado, haja vista que a circunstância qualificadora não está sendo, de forma material e efetiva, utilizada. O elemento “feminicídio” não é mensurado nas decisões proferidas, mas, sim, o tipo penal homicídio, não usando, assim, a agravante na dosimetria da pena.

Nesse aspecto, a temática, dada a sua recenticidade, suscitou muitas dúvidas e curiosidades, requerendo um estudo mais aprofundado sobre o feminicídio, que ainda é bastante complexo de ser discutido. De acordo com os dados provenientes do Mapa da Violência Contra a Mulher (2015), o Brasil é um dos cinco países do mundo onde a violência contra a mulher é maior, sendo que, em média, 13 mulheres são vítimas da violência de gênero – uma a cada duas horas – e as mais desprotegidas são as mais pobres e as negras.

Assim, conforme o referido Mapa (2015), a violência contra a mulher não é um fato novo. O que é novo, e muito recente, é a preocupação com a superação dessa violência como condição necessária para a construção da humanidade. E mais novo ainda é a judicialização do problema, entendendo-a como a criminalização da violência contra as mulheres, pela consolidação de estruturas específicas, mediante as quais o aparelho policial e jurídico pode ser mobilizado para proteger as vítimas e punir os agressores. Logo, a presente pesquisa justifica-se pelo fato de ser indispensável examinar como está ocorrendo a tipificação da circunstância qualificadora “feminicídio” e sua aplicabilidade no contexto do TJRS almejando concretizar os direitos fundamentais e humanos femininos.

Diante de tais informações o presente trabalho visa investigar a violência de gênero no país categorizando a mulher-vítima e ponderando sobre as violências cotidianas perpetradas pelos possíveis agressores, pesquisar a evolução das concepções acerca do feminicídio e, conseqüentemente, verificar a tipificação desta conduta e examinar os julgamentos proferidos pelo TJRS em que aparecem a qualificadora “feminicídio”, especialmente visando ponderar a materialização da Lei nº. 13.104/2015.

O objetivo primordial desta investigação é verificar a questão da tipificação da qualificadora “feminicídio” e sua aplicabilidade pelo Tribunal de Justiça gaúcho. Nesse ponto, trata-se de uma pesquisa qualitativa, já que se buscará “um exame rigoroso da natureza e alcance do conteúdo abordado”, conforme destacam Mezzaroba e Monteiro (209, p. 110). De acordo com estes autores (2009, p. 110), “qualidade” é uma propriedade de ideias, coisas e pessoas que permite que sejam diferenciados entre si de acordo com suas naturezas. A pesquisa qualitativa não vai medir seus dados, mas, antes, procurar suas naturezas. O objeto de estudo vai ser tratado de forma radicalmente diferente da modalidade de investigação quantitativa. A compreensão das informações é feita de uma forma mais global e inter-relacionada com fatores variados, privilegiando contextos.

No que diz respeito à técnica, possui o estudo caráter bibliográfico. A modalidade teórica de pesquisa pressupõe o trabalho com um arsenal bibliográfico suficiente e de excelente qualidade para se aproximar dos problemas (MEZZARROBA E MONTEIRO, 2009, P. 112-113). Nesse aspecto, será feito um diálogo com autores como Bianchini e Gomes (2005), Gomes (2010; 2012), Mello (2016), Saffoni (2004) e Izumino (2014; 2011), para que se possa compreender como a Lei n.º 13.340/2006 constitui-se em importante instrumento para efetivação dos direitos humanos e fundamentais das mulheres e marco teórico para a discussão da violência de gênero no país.

Ademais, procurou-se alicerçar a pesquisa em livros, doutrinas e jurisprudência que contenham o objeto deste assunto, assim como em reportagens e artigos veiculados em jornais, revistas jurídicas e científicas, bem como também na *internet*, de autores nacionais e estrangeiros. Utilizar-se-á bases metodológico-conceituais complementares para abordar a respeito do feminicídio, temática central no contexto jurídico contemporâneo, buscando alcançar os escopos pretendidos. Embasando-se neste aporte teórico, ainda será realizada uma análise aos julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no período pós-promulgação da Lei n.º 13.104/2015, examinando com se tem materializado a qualificadora “feminicídio”.

2 Categorizando a mulher vítima

O debate acerca da violência contra a mulher, já está presente tanto no meio acadêmico quanto em espaços sociais diversos. Inúmeros são os estudos sobre o assunto, tanto nacionais quanto internacionais, que continuamente aprofundam e ampliam a temática, mostrando tratar-se de um problema “transnacional e transcultural”. (Gomes, 2008).

Para Gomes, “gênero se refere a atributos culturais associados a cada um dos sexos, (...) estruturando-se como construção cultural e produzindo efeitos para a produção/reprodução/modelação de ser

homem e sem mulher em dada sociedade”. (2008, p. 239). É interessante notar que, para a construção dos modelos de gênero, é necessário partir-se de uma perspectiva relacional, em um exercício de alteridade. Ou seja, “O que é visto culturalmente como masculino só faz sentido a partir do feminino e vice-versa, expressando padrões de masculinidade e feminilidade a serem seguidos e fazendo com que as identidades de homem e mulher se afirmem na medida em que ocorram aproximações e afastamentos em relação ao padrão que concentra maior poder na cultura” (Gomes, 2008, p. 239).

As mulheres são alvos de diversos tipos de violência, desde o assédio verbal até a morte. Além da violência intencional, os crimes contra as mulheres são justificados por questões de ordem cultural, religiosa, política, social, econômica e de poder. Nesse contexto, conforme Bandeira (2013), a violência é um desequilíbrio entre fortes e oprimidos.

A violência em suas mais variadas facetas, afeta a saúde, ameaça a vida, produz danos psicológicos e emocionais e, por fim, provoca a morte. A violência não é só a agressão física, ela é a própria tirania, colocando a mulher sob o jugo do agressor e resultando, assim, na situação de dominação. A violência física é um dos instrumentos que o indivíduo usa para dominar outra pessoa. O insulto, a humilhação, a agressão sexual são formas de sujeição da mulher, com o intuito de manter o controle total. A violência de gênero é, então, a violência contra a mulher pelo simples fato de ser mulher.

Nesse enfoque, “a violência de gênero somente pode ser compreendida no marco de um sistema patriarcal” (GOMES, 2012, p. 40). A dominação masculina vem denunciada como “regime de dominação-exploração das mulheres pelos homens” (SAFFIOTI, 2004 p. 44), resultante das relações sociais entre homem e mulher, onde se verifica, por parte da figura masculina, a necessidade de impor e, em uma atitude de dominação subordinar as mulheres nos mais diversos espaços, e atos brutais configurando opressão, intimidação, medo e insegurança, caracterizando, pois, a desigualdade de gênero, assistida

e vivida ao longo dos séculos. E, em tal contexto, os homens matam as mulheres pelo fato de serem mulheres, com base nas desigualdades sociais, econômicas, culturais, políticas e de poder, enraizadas em um sistema de dominação-exploração de classe, gênero e raça/etnia.

Por outro lado, o processo de reconhecimento e visibilidade da violência contra mulher representa uma conquista dos movimentos feministas e de mulheres, que emergiram no Brasil na década de 1970, tornando-se, então, esse tipo de violência um problema de ordem social. As demandas desses movimentos pautam, principalmente, o investimento e a implementação de políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres e à garantia de punição dos agressores, onde o Estado vem avançando visivelmente, sobretudo, a partir de 2003, com a criação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM), conforme referem Tavares, Sardenberg e Gomes (2012).

“A violência contra mulher é uma construção social, resultado da desigualdade de força na relação de poder entre homens e mulheres. É criada nas relações sociais e reproduzida na sociedade” (GASMAN, s/d). A ideia de posse na qual a mulher se submete ao homem faz com que ela venha a sofrer consequências drásticas. A sociedade patriarcal existe veementemente, pois as mulheres se submetem a infinitas agressões. Segundo Gomes (2010), nessas situações de submissão é que se desencadeia o momento de risco para mulher, quando ela conclui que pode procurar ajuda externa, que poder ser protegida e amparada – ou, ao menos, tentar -, o agressor, em um pensamento contrário, crê e faz com que a mulher esteja subjugada a ele. Se assim não o fizer, o homem pode fazer o que bem entender com ela.

Além dos elementos sociais citados, Azevedo (1985) afirma haver outras variáveis nas quais o problema da violência perpetrada pelo homem contra a mulher está respaldado, como a questão de gênero; fatores estruturais referentes à questão da condição feminina; características ideológicas e históricas, como o machismo, que legitima o padrão de dominação masculina e o uso da força física

sobre a mulher, causas institucionais, das quais se remete a questão da família patriarcal; e, motivos pedagógicos, relacionados à educação e ao modo como são ensinadas essas noções de individualidade masculina e feminina.

A Declaração para a Eliminação da Violência Contra Mulheres define a violência de gênero como “qualquer ato violento baseado no gênero que resulte em, 20 ou é passível de resultar em, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico⁴(Nações Unidas, 1993).

3 As violências cotidianas perpetradas

Como aponta Waiselfisz em suas considerações finais ao Mapa da Violência, altos níveis de feminicídios frequentemente vão acompanhados de elevados níveis de tolerância da violência contra as mulheres e, em vários casos, são o resultado de dita tolerância. Os mecanismos pelos quais essa tolerância atua em nosso meio podem ser variados, mas um prepondera: a culpabilização da vítima como justificativa dessa forma de violência (2012, p. 26) – ou seja, foi estuprada porque provocou o incidente, porque vestia roupas curtas, foi assassinada por seu companheiro porque, diante da primeira agressão, não abandonou o lar, etc.

Sob tal perspectiva, a violência ocorre como manifestação dos homens contra as mulheres, sem que fosse empregada uma interpretação de que as hierarquias sociais acionadas nessas relações violentas vão de encontro ao jogo entre um conjunto de atributos relativos à masculinidade, à feminilidade e aos diferentes conteúdos associados a cada um desses termos. De fato, vinculava-se o sexo ao gênero, construindo rígidos pares de oposição. Entre os polos – a mulher e o homem – existem contraste e conflito. A partilha e o convívio entre eles eram concebidos e explicados a partir da ideia de um sistema ideológico, qualificado de machismo. Os relacionamentos

⁴ “Any act of gender-based violence that results in, or is likely to result in, physical, sexual or psychological harm or suffering to woman”.

violentos eram descritos como uma relação típica e a construção narrativa compunham-se dos seguintes passos: todos os gestos de abuso descritos comportavam o desrespeito, a humilhação e eram necessariamente seguidos pelo espancamento até o assassinato. Tais gestos eram apresentados em ordem crescente, em uma espécie de evolução dos acontecimentos que levam à morte. Os homens agem; as mulheres sentem, reafirmando uma espécie de passividade emocional recoberta pelo medo, pela vergonha e pelo sentimento de culpa (DEBERT e GREGORI, 2008, p. 169-172).

Ao querer abandonar as violências sofridas a mulher se expõe ao risco de morrer, seja porque o companheiro não aceita o fim do relacionamento, seja porque ele pensa que a mulher lhe pertence, seja porque ele acredita ter direitos de propriedade sobre o corpo, a sexualidade e a vontade feminina, dentre entre inúmeros motivos. Os tipos de violência sofridas antes da morte são inúmeros, seja de ordem psicológica, moral, física, sexual e patrimonial, as quais estão descritas pela Lei n. 11.340/2006.

Os assassinatos sexistas e misóginos praticados por homens contra mulheres são denominados feminicídios ou feticídios, termos estes que vêm sendo utilizados indistintamente no Brasil, mas apresentando variações e peculiaridades, seja no real objetivo do termo ou tendências que algumas autoras destacam. Entretanto, no geral, representam a expressão letal da violência de gênero como alternativa ao tipo criminal “homicídio”, a fim de combater o sexismo e o machismo presente nestes crimes (GOMES, 2012).

4 Concepções do feminicídio

A expressão feminicídio – ou 'femicide' como formulada originalmente em inglês – é atribuída a Diana Russel, que a teria utilizado pela primeira vez em 1976, durante um depoimento perante o Tribunal Internacional de Crimes contra Mulheres, em Bruxelas. Posteriormente, em parceria com Jill Radford, Russel escreveu um livro sobre o tema, o qual viria a se tornar a principal

referência para os estudos aqui analisados. De acordo com a literatura consultada, Russel e Radford utilizaram essa expressão para designar os assassinatos de mulheres que teriam sido provocados pelo fato de serem mulheres. Com essa primeira aproximação sobre o significado dessas mortes, as autoras salientam que as mortes classificadas como femicídio resultariam de uma discriminação baseada no gênero, não sendo identificadas conexões com outros marcadores de diferença tais como raça/etnia ou geração. Outra característica que define femicídio é não ser um fato isolado na vida das mulheres vitimizadas, mas se apresentar como o ponto final em um *continuum* de terror, que inclui abusos verbais e físicos e uma extensa gama de manifestações de violência e privações a que as mulheres são submetidas ao longo de suas vidas. Sempre que esses abusos resultam na morte da mulher, eles devem ser reconhecidos como femicídio (IZUMINO, 2011).

O assassinato de mulheres por questões de gênero é uma prática reconhecida e há muito denunciada como o extremo da violência de gênero (MOTA, 2012). A opção pela utilização de femicídio, em detrimento de homicídio ou assassinato de mulheres se faz necessária para indicar o sexismo presente nestes crimes, bem como sua não-ocasionalidade e não eventualidade. As mulheres também são vitimizadas pela violência urbana, pelo envolvimento com a criminalidade, contudo, inúmeras pesquisas indicam que a maioria dos homicídios de mulheres se dá como produto da estrutura desigual de gênero existente (GOMES, 2010).

Como explica Mello (2016, p. 38-43), o conceito de feminicídio mais apropriado para o Brasil é o de morte de mulheres em razão do seu gênero e, em dois contextos, o doméstico e o familiar. Ou seja, a mulher assassinada por parceiro íntimo atual ou ex-parceiro, e o segundo seria a morte de mulher por pessoa desconhecida da vítima, mas por motivação de gênero. O feminicídio tem sido definido como a morte violenta de mulheres, por sua condição de mulher, ou assassinato de mulheres por razões associadas ao gênero. A expressão “morte violenta” destaca a violência como

determinante da morte e que desde uma perspectiva penal incluiria as que resultam de delitos de homicídio simples ou qualificado, ou, também, de parricídio, nos países em que continua a existir esta figura. Complementando tal entendimento, o Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito Sobre a Violência Contra a Mulher (CPMI) do Congresso Nacional refere que:

O feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte. Ele se expressa como afirmação irrestrita de posse, igualando a mulher a um objeto, quando cometido por parceiro ou ex-parceiro; como subjugação da intimidade e da sexualidade da mulher, por meio da violência sexual associada ao assassinato; como destruição da identidade da mulher, pela mutilação ou desfiguração de seu corpo; como aviltamento da dignidade da mulher, submetendo-a a tortura ou a tratamento cruel ou degradante (BRASIL, 2013, p. 1003).

4.1 A Evolução do Conceito – Dados sobre o feminicídio

O feminicídio situa-se na desigualdade estrutural entre homens e mulheres, assim como na dominação dos homens sobre as mulheres, que tem na violência de gênero, um mecanismo de reprodução da opressão das mulheres. Dessas condições estruturais surgem outras condições culturais como são o ambiente ideológico e social de machismo e misoginia, e de naturalização da violência contra as mulheres. Somam-se também ausências legais e de políticas democráticas com conteúdo de gênero e de órgãos de justiça, o que produz impunidade e gera mais injustiça, inclusive enquanto condições de convivência insegura, pondo em risco a vida das mulheres e favorece o conjunto de atos violentos em face do gênero feminino, conforme ressalta Lagarde (2011).

Segundo Waiselfisz, que elaborou o Mapa da Violência, publicado em 2012, na maioria dos casos de feminicídio, a vítima teve algum tipo de relacionamento com o agressor, que, por muitas vezes, é seu ex-parceiro (inconformado com o término do namoro),

ou alguém que tenha o sentimento de posse em relação à vítima/mulher (43,4% dos assassinatos femininos cometidos em 2011 no Brasil tiveram autoria do parceiro ou ex-parceiro da vítima).

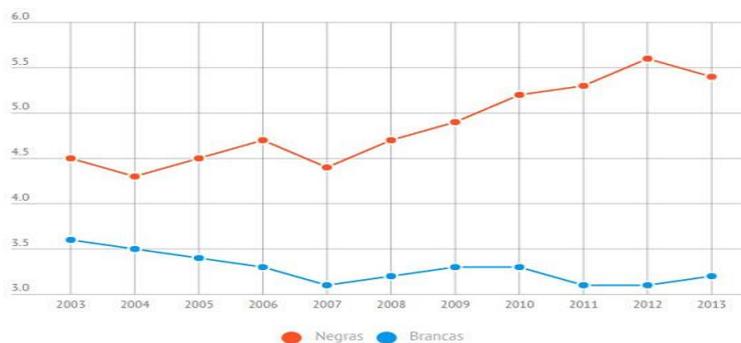
O número de mortes nesses 30 anos passou de 1.353 para 4.297, o que representa um aumento de 217,6% nos índices de assassinatos de mulheres. De 1996 a 2010, as taxas de homicídios de mulheres permaneceram estabilizadas em torno de 4,5 assassinatos para cada grupo de 100 mil mulheres. Espírito Santo, com taxa de 9,4 homicídios em cada 100 mil mulheres, mais que duplica a média nacional e quase quadruplica a taxa do Piauí, o Estado que apresenta o menor índice do país. [...] Com uma taxa de 4,4 homicídios em 100 mil mulheres, o Brasil ocupa a sétima posição no contexto dos 84 países do mundo com dados homogêneos da OMS compreendidos entre 2006 e 2010 (WAISELFISZ, 2012, p. 05-11).

Os parceiros íntimos são, portanto, os principais assassinos de mulheres. Aproximadamente 40% de todos os homicídios de mulheres no mundo são cometidos por parceiro íntimo. Em contraste, essa proporção é próxima a 6% entre os homens assassinados. Ou seja, a proporção de mulheres assassinadas por parceiro é 6,6 vezes maior do que a proporção de homens assassinados por parceira. Em alguns casos, membros familiares da mulher vítima do crime podem também estar envolvidos. (Organização Mundial da Saúde, 2012).

Utilizando dados de sistemas estaduais (boletins de ocorrência policial), dentre outras fontes, foi possível determinar um número de 4.918 homicídios de mulheres para o ano de 2014. Se a estimativa for correta, significa que se mantém o ritmo acelerado de incremento do homicídio feminino, observado entre os anos 2007 a 2013 (WAISELFISZ, 2015). Alguns indicadores trazidos por este Mapa da Violência (2015) apontam as características das vítimas da violência de gêneros. Podem-se observar duas especificidades dos homicídios de mulheres: a) a vitimização seletiva por cor e idade das vítimas; e, b) os instrumentos e o local da

agressão. Isso delinea as especificidades diferenciais dos homicídios femininos, quando comparados aos homicídios masculinos. Com poucas exceções geográficas, a população negra é vítima prioritária da violência homicida no país, bem como demonstram os principais meios usados para o feminicídio: Estrangulamento/sufocação - 6,1%; Arma de fogo - 48,8%; Cortante/penetrante - 25,3%; Objeto contundente - 8,0% e Outros - 11,8%.

Evolução da taxa de homicídios de negras e brancas (por 100 mil)



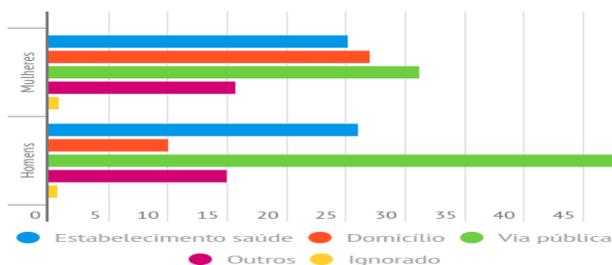
Fonte: Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil (Flacso/OPAS-OMS/SPM, 2015).

Faca, peixeira, canivete. Espingarda, revólver. Socos, pontapés. Garrafa de vidro, fio elétrico, martelo, pedra, cabo de vassoura, botas, vara de pescar. Asfixia, veneno. Espancamento, empalamento. Emboscada, ataques pelas costas, tiros à queimadura. Cárcere privado, violência sexual, desfiguração. Quando se volta o olhar para a maneira pela qual foi infligida a violência, chama a atenção a diversidade dos instrumentos usados no cometimento do crime e a imposição de sofrimento às vítimas anteriormente à execução. A arma branca (faca, peixeira e canivete) foi identificada em 14 dos 34 casos analisados. A quantidade de facadas verificada em algumas situações é expressiva – há processos em que as vítimas foram atingidas por dezenas de facadas, o que tende a indicar tanto a intenção de provocar aflição suplementar anterior à morte quanto

o desejo de aniquilar fisicamente a mulher. As facadas são profundas e não raro atravessam o corpo. As regiões em que as agressões foram perpetradas geralmente são as vitais, como tronco e pescoço, e algumas vezes o ataque se dá pelas costas (PNUD, 2015).

Um indicador diferencial dos homicídios de mulheres é o local onde ocorre a agressão. Quase a metade dos homicídios masculinos acontece na rua, com pouco peso do domicílio. Já nos femininos, essa proporção é bem menor: mesmo considerando que 31,2% acontecem na rua, o domicílio da vítima é, também, um local relevante (27,1%), indicando a alta domesticidade dos homicídios de mulheres. No que se refere aos feminicídios, há poucos dados disponíveis. No entanto, sabe-se que dos 4.762 homicídios realizados em 2013 cujas vítimas eram mulheres, 50,3% foram cometidos por familiares, o que dá uma média de 7 homicídios por dia. Parceiros ou ex-parceiros foram autores de 33,2% desses assassinatos, ou seja, 4 vítimas por dia. Dos adultos que procuraram o SUS em 2014 por intercorrências causadas por violência (doméstica, sexual e/ou outras), 71,3 por 10 mil eram mulheres, enquanto 28,6 por 10 mil eram homens. Entre os adolescentes atendidos, essa proporção foi ainda maior: 65,1 por 10 mil mulheres ante 34,9 por 10 mil homens. No ano de 2015, 405 mulheres sofreram violência por dia e precisaram ser atendidas pelo SUS.

Local do homicídio (%), por sexo. Brasil 2013 - Mapa da Violência 2015



Fonte: Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil (Flacso/OPAS-OMS/SPM, 2015)

No conjunto de todas as idades, 67,2% das agressões contra mulheres foram cometidas por parentes imediatos ou parceiros e ex-parceiros (WAISELFISZ, 2015).

Nas últimas décadas o índice de homicídios de mulheres aumentou bastante no país, sendo um dos maiores das Américas. O número de mulheres que foram mortas por seus companheiros/maridos gira em torno de 10% do total de mortalidade por agressão, fato que pode conferir importância secundária a esse evento, havendo poucos estudos nesta área. No entanto, mesmo com frequência menor, este crime geralmente está relacionado à condição de gênero. O fato de um terço das mortes ter ocorrido no domicílio reforça a ideia de que se trata de feminicídio ou mortes provocadas por parceiros íntimos, familiar ou conhecido das vítimas, ao contrário das masculinas, que, em sua maioria, ocorrem em espaços públicos (MELLO, 2016, p. 03).

Diante de números tão expressivos da ocorrência de tal delito, mostra-se necessária a evolução do conceito, a fim de uma tipificação específica da conduta.

5 A tipificação da conduta

Para tentar impedir os crimes contra as pessoas do sexo feminino, foi sancionada a Lei 13.104, em 9 de março de 2015, conhecida como a Lei do Feminicídio. A lei alterou o artigo 121 do Código Penal, incluindo o feminicídio como uma modalidade de homicídio qualificado, entrando no rol dos crimes hediondos.

Como consta no Código Penal Brasileiro, os crimes classificados como de homicídio qualificado são punidos com reclusão que pode variar de doze a trinta anos. A justificativa para a necessidade de uma lei específica para os delitos relacionados ao gênero feminino está no fato de que 40% dos assassinatos de mulheres, nos últimos anos, foram cometidos dentro da própria casa das vítimas, muitas vezes por companheiros ou ex-companheiros, em consonância com os dados apresentados.

Nesse plano, o feminicídio pode ser definido como uma qualificadora do crime de homicídio motivada pelo ódio contra as mulheres, caracterizado por circunstâncias específicas em que o pertencimento da mulher ao sexo feminino é central na prática do delito. Entre essas circunstâncias estão incluídos: os assassinatos em contexto de violência doméstica/familiar, e o menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Os crimes que caracterizam a qualificadora do feminicídio reportam, no campo simbólico, a destruição da identidade da vítima e de sua condição de mulher. Também conhecido como “crime fétido”, vem a ser uma expressão que vai além da compreensão daquilo designado por misoginia, originando um ambiente de pavor na mulher, gerando a perseguição e sua morte. Compreendem as agressões físicas e da *psiqué*, tais como o espancamento, suplício, estupro, escravidão, perseguição sexual, mutilação genital, intervenções ginecológicas imotivadas, impedimento do aborto e da contracepção, esterilização forçada, e outros atos dolosos que geram morte da mulher (BARROS, 2015).

A Lei nº 13.104/2015 pune os homicídios cometidos contra a mulher, simplesmente por razão da condição de sexo feminino. Para configurar o feminicídio não basta apenas que a vítima seja do sexo feminino, a morte deve ocorrer motivada por violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. O bem jurídico tutelado é a vida, o crime permite a tentativa e consuma-se com a morte da vítima. O elemento subjetivo é somente o dolo. Trata-se de crime comum, seu sujeito ativo pode ser qualquer pessoa até mesmo outra mulher, sendo que o sujeito passivo é exclusivamente e obrigatoriamente do sexo feminino (CUNHA, 2015).

As espécies de feminicídio são:

- a) Feminicídio “intra lar”** - Ocorre quando as circunstâncias fáticas indicam que um homem assassinou uma mulher em contexto de violência doméstica e familiar;
- b) Feminicídio homoafetivo** - Ocorre quando uma mulher mata a outra no contexto de violência doméstica e familiar;

c) Femicídio simbólico heterogêneo - Ocorre quando um homem assassina uma mulher, motivado pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher, reportando-se, no campo simbólico, a destruição da identidade da vítima e de sua condição em pertencer ao sexo feminino;

d) Femicídio simbólico homogêneo - Ocorre quando uma mulher assassina outra mulher, motivada pelo menosprezo ou discriminação à condição feminina (BARROS, 2015).

A qualificadora do feminicídio é nitidamente subjetiva. Sabe-se que é possível coexistência das circunstâncias privilegiadoras (§ 1º do art. 121), todas de natureza subjetiva, com qualificadoras de natureza objetiva (§ 2º, III e IV). Quando se reconhece (no júri) o privilégio (violenta emoção, por exemplo), crime, fica afastada, automaticamente, a tese do feminicídio (posição de Cunha). É impossível pensar em um feminicídio, que é algo abominável, reprovável, repugnante à dignidade da mulher, que tenha sido praticado por motivo de relevante valor moral ou social ou logo após injusta provocação da vítima. Uma mulher usa minissaia. Por esse motivo fático o seu marido ou namorado lhe mata. E mata por uma motivação aberrante de achar que a mulher é de sua posse, que a mulher é objeto, que a mulher não pode contrariar as vontades do homem. Nessa motivação há uma ofensa à condição de sexo feminino. O sujeito mata em razão da condição do sexo feminino. Em razão disso, ou seja, por causa disso. Seria uma qualificadora objetiva se dissesse respeito ao modo ou meio de execução do crime. A violência de gênero não é uma forma de execução do crime, sim, sua razão, seu motivo. Por isso que é subjetiva (BIANCHINI e GOMES, 2015).

A pena imposta para o feminicídio é de reclusão, de 12 a 30 anos. A lei ainda incluiu causas específicas para aumento de pena, onde é acrescida de 1/3 até a metade se o crime for praticado: durante a gestação ou nos 3 meses posteriores ao parto; contra pessoa menor de 14 anos, maior de 60 anos ou com deficiência; na presença de descendente ou de ascendente da vítima. O Femicídio se trata de *novatio legis in pejus*, entrou em vigor em 10 de março de 2015,

somente poderá ser aplicada aos fatos praticados a partir de então e sendo inadmissível a sua retroatividade em prejuízo do réu (GOMES, 2015).

Quando a qualificadora do feminicídio incidir, restará prejudicada a incidência da agravante genérica do art. 61, II, f, parte final, do CP, sob pena de *bis in idem* vedado pelo art. 61, caput, deste diploma legal. O que se observa que não existe em todas as decisões com a pena agravada quando o crime se trata de feminicídio, em alguns casos a tipificação da lei é mencionada, mas não em todos, em alguns é tratado somente como homicídio, sem levar em consideração que o gênero feminino sofreu agressão, pelo fato de simplesmente ser mulher (BIANCHINI e GOMES, 2015, [s.p.]).

O feminicídio leva a uma ruptura parcial do Estado de Direito, já que o Estado é incapaz de garantir a vida das mulheres, de respeitar os seus direitos humanos, de atuar com legalidade e fazer-se respeitar, de buscar e administrar a justiça, de prevenir e erradicar a violência que ocasiona. O feminicídio é um crime de Estado (MELLO, 2016, p. 22).

Esta também é a posição de Lagarde (2004), ao asseverar que, para que se dê o feminicídio concorrem de maneira criminal o silêncio, a omissão, a negligência e a conveniência de autoridades encarregadas de prevenir e erradicar esses crimes. Há feminicídio quando o Estado não dá garantias para as mulheres e não cria condições de segurança para suas vidas na comunidade, em suas casas, nos espaços de trabalho e de lazer. Mais ainda quando as autoridades não realizam com eficiência suas funções. Por isso o feminicídio é um crime de Estado.

Assim, a função do Direito Penal Mínimo é a de proteção, na melhor forma possível, dos direitos de todos os setores sociais, procurando fazer desaparecer as diferenças jurídicas entre eles. Por outra parte, em benefício da postura de tipificação penal, a morte de mulheres nas mãos de seus companheiros é uma das condutas que têm um maior *plus* de injusto frente aos delitos comuns, dada a

especial vulnerabilidade de suas vítimas. Por outro lado, não se pode deixar os homicídios de mulheres como um crime a mais no marco da violência social, pois se corre o perigo de banalizá-lo e dar mais um passo nas percepções como a referência de que “foi um crime passional” (MELLO, 2016, p. 25).

Faz-se necessário erradicar o termo “delito passional” por ser um conceito misógino, posto ignorar todo o sistema de dominação patriarcal e, portanto, buscar seguir mantendo as mulheres subordinadas.

6 Apresentação de julgados

A tabela abaixo apresenta decisões tomadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - TJ/RS, após a promulgação da Lei do Feminicídio. São casos, limitando-se a analisar se vêm sendo mencionado o indicativo “Feminicídio” na tomada das decisões, bem como se existe a agravante da pena prevista.

Acórdãos 2015			
	Nº da Apelação	Câmara de Julgamento	Data do Julgamento
1	70064384894	Primeira Câmara Criminal	27/05/2015
2	70065110116	Terceira Câmara Criminal	02/07/2015
3	70066258427	Segunda Câmara Criminal	24/09/2015
4	70066401563	Terceira Câmara Criminal	01/10/2015
5	70067118760	Segunda Câmara Criminal	26/11/2015
6	70067118760	Terceira Câmara Criminal	10/12/2015
7	70067108100	Segunda Câmara Criminal	17/12/2015
8	70068112002	Terceira Câmara Criminal	02/03/2016
9	70068392539	Primeira Câmara Criminal	16/03/2016
10	70067297457	Terceira Câmara Criminal	23/03/2016
11	70067858670	Terceira Câmara Criminal	23/03/2016

12	70067987701	Primeira Câmara Criminal	06/04/2016
13	70068678721	Terceira Câmara Criminal	06/04/2016
14	70068317676	Primeira Câmara Criminal	06/04/2016
15	70068312032	Terceira Câmara Criminal	12/04/2016
16	70067997783	Terceira Câmara Criminal	04/05/2016
17	70069057198	Terceira Câmara Criminal	04/05/2016
18	70069280121	Terceira Câmara Criminal	18/05/2016
19	70069185296	Primeira Câmara Criminal	25/05/2016
20	70068845478	Terceira Câmara Criminal	08/06/2016
21	70069403624	Primeira Câmara Criminal	08/06/2016
22	70069537843	Primeira Câmara Criminal	08/06/2016
23	70069069193	Primeira Câmara Criminal	22/06/2016
24	70069526887	Primeira Câmara Criminal	29/06/2016
25	70069903649	Primeiro Grupo de Câmaras Criminais	01/07/2016
26	70069955433	Segunda Câmara Criminal	14/07/2016
27	70069971513	Terceira Câmara Criminal	27/07/2016
28	70069691806	Terceira Câmara Criminal	27/07/2016
29	70069427631	Segunda Câmara Criminal	04/08/2016
30	70070018932	Segunda Câmara Criminal	05/08/2016
31	70069827772	Terceira Câmara Criminal	10/08/2016
32	70069881639	Primeira Câmara Criminal	10/08/2016
33	70070285721	Terceira Câmara Criminal	10/08/2016
34	70069971513	Terceira Câmara Criminal	27/07/2016
35	70069691806	Terceira Câmara Criminal	27/07/2016
36	70070018932	Segunda Vice-presidência	05/08/2016
37	70069827772	Terceira Câmara Criminal	10/08/2016
38	70069881639	Primeira Câmara Criminal	10/08/2016
39	70070285721	Terceira Câmara Criminal	10/08/2016
40	70068714997	Segundo Grupo de Câmaras Criminais	12/08/2016
41	70070320429	Terceira Câmara Criminal	24/08/2016
42	70070320569	Terceira Câmara Criminal	24/08/2016

43	70070480249	Primeira Câmara Criminal	24/08/2016
44	70068363076	Segunda Câmara Criminal	25/08/2016
45	70070552682	Terceira Câmara Criminal	31/08/2016
46	70069701688	Terceira Câmara Criminal	31/08/2016
47	70068233998	Terceira Câmara Criminal	28/09/2016
48	70070016282	Segunda Câmara Criminal	29/09/2016
49	70070101787	Segunda Câmara Criminal	29/09/2016
50	70071014211	Terceira Câmara Criminal	05/10/2016
51	70071210512	Primeira Câmara Criminal	05/10/2016
52	70070361332	Primeira Câmara Criminal	05/10/2016
53	70070516877	Primeiro Grupo de Câmaras Criminais	07/10/2016

Em razão dos limites do trabalho, não é possível a apresentação de todos os casos elencados na tabela. No entanto, importa destacar quatro julgamentos, os quais demonstram como a corte trabalha com a evolução do conceito de Femicídio:

De início, mostra-se o julgamento da Apelação Criminal n.º **70060212875**, ocorrido em 22/10/2014 ou seja, antes da entrada em vigor da lei n.º 13.104/2015.

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. FUNGIBILIDADE. CRIMES CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. REJEITADA. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. QUALIFICADORA DO MOTIVO FÚTIL MANTIDA. QUALIFICADORA DO MEIO QUE RESULTOU PERIGO COMUM. MANTIDA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. [...]. 6. **Quanto à qualificadora do homicídio cometido por motivo fútil, deve ser mantida. Neste contexto, tenho que fútil o comportamento do agente seja desproporcional. No caso em tela, o réu teria cometido o delito em razão de discussão por ciúmes. Além disso, prova oral refere que a briga teria ocorrido em razão do ofendido Fabiano ter ciúmes do recorrente André, por uma suposta traição de sua ex-mulher com o réu.** Portanto, tenho que, in casu, o motivo do crime

seria, em tese, desproporcional à infração. 7. Com relação à qualificadora do meio de que resultou perigo comum encontra, ao que parece, respaldo na prova juntada aos autos. Há indícios de que os crimes teriam sido cometidos em via pública. Neste sentido, parte da prova testemunhal afirma que os réus desferiram disparos de arma de fogo para cima, como também em direção ao ofendido Fabiano, atingindo as demais vítimas. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70060212875, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 22/10/2014). (grifou-se).

Verifica-se desse julgado, que a questão de violência de gênero aparece como motivo fútil, deixando claro que o motivo do homicídio cometido foi discussão por ciúmes.

Abaixo segue o julgado de n.º **70067997783**, ocorrido em 04/05/2016, um ano pós-lei:

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DUPLA TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. ANIMUS NECANDI. DÚVIDA. DECLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. [...] 3. **A motivação do crime, na sua essência, diz respeito ao suposto sentimento de posse do acusado pela esposa e pela insurgência da filha - de 19 anos - estar mantendo um relacionamento amoroso com um homem de aproximadamente 35 anos. [...]. À caracterização da qualificadora específica do feminicídio, indispensável que a violência seja perpetrada contra mulher em contexto de violência doméstica e familiar ou, ainda, com menosprezo ou discriminação à condição de mulher, segundo o §2º-A do artigo 121 do Código Penal, critérios já devidamente estabelecidos na Lei Maria da Penha. Examinando os autos, possível vislumbrar que a motivação fútil descrita na peça acusatória é elemento necessário ao preenchimento da qualificadora específica do feminicídio, devendo esta prevalecer sobre àquela. Expurgo da qualificadora de motivo fútil.** 4. Afastamento da causa de aumento de pena prevista no inc. III do §7º do art. 121 do CP, em relação à tentativa de homicídio praticada contra C. D. K H. 5. Não sobrevindo aos autos quaisquer fatos novos que pudessem justificar a revogação da prisão preventiva, devidamente fundamentada pelo magistrado pronunciante, esta não se mostra cabível. Manutenção da

segregação cautelar do acusado. RECURSO PROVIDO EM PARTE. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70067997783, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 04/05/2016). (grifou-se).

Neste caso, posterior a promulgação da Lei, nota-se que existe a qualificadora feminicídio, expurgando para tanto, a qualificadora de motivo fútil, neste caso, emprega-se de maneira correta a qualificadora.

O Julgamento a seguir é de meses após a promulgação da Lei, veja-se:

Ementa: HABEAS CORPUS. **HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO, TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E LESÕES CORPORAIS. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PERICULUM LIBERTATIS EVIDENCIADO. 1. Paciente preso preventivamente pela prática, em tese, dos delitos de homicídio triplamente qualificado, tentativa de homicídio duplamente qualificado e lesões corporais. O impetrante insurge-se contra a decretação da prisão, sustentando que a prisão não se faz necessária sob os fundamentos do art. 312 do CPP.** Destaca as condições pessoais do paciente e aponta a possibilidade de aplicação de medida cautelar diversa da prisão. 2. Decisão que atende aos comandos constitucionais e legais, porquanto refere concretamente as circunstâncias fáticas que evidenciam a necessidade da custódia processual como garantia da ordem pública, aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal. Materialidade e indícios de autoria demonstrados. 3. A existência de condições pessoais favoráveis não se constitui em óbice para a decretação da prisão preventiva. 4. Inexistência de constrangimento ilegal. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70064384894, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em 27/05/2015).

O que mais chama atenção neste julgado foram os fatos narrados, os quais constam “a vítima e seu atual companheiro foram perseguidos e agredidos pelo autor do fato. Não satisfeito, Júlio foi até

o hospital onde eles foram para se submeter ao exame de corpo de delito, desfechou tiros contra o vigia e, arrastando a vítima pelos cabelos, atirou contra ela na frente do hospital.”(sic). Além da brutalidade no cometimento de tal crime, é de se destacar, que ainda que no momento da denúncia o título do crime conste como feminicídio, na narração dos fatos, o crime é visto tão somente como motivo fútil, descrevendo tal ato “por motivação torpe e por razões de violência doméstica e familiar contra a mulher”.

Ainda que tenha incidência, a Lei da Violência Doméstica no presente caso, tendo por tanto, se originado o crime por ex-companheiro, não foi avaliado o feminicídio, tampouco sua qualificadora, analisando o crime, apenas por motivos torpe.

Por fim, segue julgado do mês de outubro, último mês relativo à pesquisa, dado a data de entrega do presente trabalho.

Ementa: HABEAS CORPUS. FEMINICÍDIO. ILEGALIDADE DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. INOCORRÊNCIA. ELEMENTOS SUFICIENTES A AMPARAR A MEDIDA EXTREMA, ANTE A DEMONSTRAÇÃO DA PERICULOSIDADE DO ACUSADO. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA. A prisão preventiva, na hipótese em análise, não configura antecipação da punição penal. Caso em que o decreto de prisão encontra-se adequadamente fundamentado e embasado em circunstâncias específicas do caso concreto, havendo comprovação da materialidade e suficientes indícios da autoria delitiva em nome do paciente. Do contexto fático do caso extrai-se que [...] **a polícia militar foi informada pelo advogado T.B. que E.M., seu constituído, teria assassinado a companheira. O cadáver de S.N. foi encontrado no local indicado pelo advogado, sendo apurado pela autoridade policial que a vítima teria saído da residência de sua irmã na companhia de E.M. (...).** Constatou a autoridade policial, ainda, que S.N. e E.M. teriam se deslocado para o local do crime, e que **seriam frequentes às brigas entre o casal.** Apesar de terem sido realizadas buscas nas cidades de Mormaço e Soledade, o suspeito não foi localizado. [...]. Ainda, sobressai que, conforme referido pelo juízo singular, [...] **a vítima foi assassinada de maneira brutal, mais precisamente, a golpes de facadas, no interior de sua residência. S.N. foi atingida no peito, a golpes de facas, a revelar, ao menos pelos elementos por ora passíveis de**

apreciação, comportamento bestial por parte do suspeito, ou melhor dizendo, despreço em grau superlativo pela vida humana [...]. Ademais, apesar de o paciente estar preso desde 12 de agosto do corrente ano, no presídio estadual de Soledade, teria feito ligação telefônica para a mãe da vítima, no último dia 02 de setembro, o que teria causado muito temor na família. Portanto, o modus operandi do crime e o comportamento do réu são indicativos da sua particular gravidade, a revelar especial desvalor da conduta do paciente e também revelam a índole violenta do mesmo. Tudo a denotar sua periculosidade, razão pela qual deve permanecer segregado. Assim, embora primário o paciente, as circunstâncias fáticas, diante do contido nos autos, são desfavoráveis e pesam contra o acusado, pois demonstrada sua periculosidade, pelo que não há ilegalidade no decreto da prisão preventiva. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70071014211, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 05/10/2016).

Conforme se verifica no julgado acima, a vítima do feminicídio já sofria de violência doméstica perpetrada pelo réu, conforme exposto na pesquisa, o que ocorre na maioria dos casos, o feminicídio advém de violências já sofridas. O que ocorre neste julgado é que consta no momento da decisão a qualificadora feminicídio, julgando o como “delito de elevadíssima gravidade” (**sic**).

Analisando as decisões acima transcritas, verificou-se, num primeiro momento que, anteriormente à Lei n. 11.304/2015, julgava-se a qualificadora se presente no que se caracteriza por “motivo fútil”. Como se viu no primeiro julgado, o motivo fútil considerado foi a discussão por ciúmes que resultou na morte da mulher-vítima. Já no pós-lei, existe, em alguns casos, a menção do crime Feminicídio, como era de se esperar, entretanto, este não está sendo um fator predominante no momento das decisões, bem como da dosimetria da pena.

Visualiza- assim, que o silêncio social, a desatenção, a ideia de que existem problemas mais graves e urgentes, assim como a vergonha, contribuem para o feminicídio e para não modificar a situação, ao revés, diminui a importância e demonstrar que não são

tantas “as mortas” ou, aqui não ocorre o mesmo que na Cidade de Juarez, na Índia ou Guatemala, ou se afirma também, não se trata de feminicídio, somente de crimes contra meninas e mulheres (MELLO, 2016).

Do exposto, é necessário ressaltar, a partir de relevante estudo sobre o papel do sistema judiciário na resolução dos conflitos de gênero, o que Pasinato (2004) conclui, quando afirma que a Justiça, ao julgar os fatos que lhe são apresentados, pauta-se não apenas pelo crime e a presença de elementos que comprovem sua ocorrência (autoria, materialidade e os vínculos pertinentes a esses dois aspectos), mas por móveis extralegais que se referem aos comportamentos sociais das vítimas e de seus agressores. Em relação aos caos que envolvem conflitos de gênero, os papéis sociais são sempre referenciados às instituições família e casamento e aos aspectos definidores desses papéis sociais nessas instancias: sexualidade feminina e trabalho masculino. Dessa forma, tendo em vista que, de acordo com a ONUBR (2016).

7 Conclusão

O Brasil possui a quinta maior taxa de homicídios de mulheres, o feminicídio deve permanecer em pauta no âmbito das discussões sociojurídicas contemporâneas.

A pesquisa em tela foi realizada com base em um estudo jurisprudencial, e em doutrinas, nas quais foram analisadas a evolução histórica do feminicídio, e como se chegou até a promulgação da Lei 13.104/2015.

Verificou-se, que diante de tamanhas violências perpetradas, as quais resultam em sua maioria na morte da mulher, e em grande parte decorrentes da violência doméstica. Em um estudo mais aprofundado pode-se perceber que ainda que de forma mínima, posterior a Lei do Feminicídio, a qualificadora vem sendo utilizada, porém, importante ressaltar, que os motivos colacionados ainda são de cunho torpe ou fútil.

Diante de tudo isso, entende-se que, embora ainda de forma incipiente, a qualificadora específica do feminicídio demonstra avanço para análise de tais crimes pelo Judiciário, tanto que depois da promulgação da lei, o tema vem sendo enfrentado com maior profundidade, constando nas decisões tomadas, ainda que de forma não tão significativa quanto o esperado.

Sua definição legal, “Feminicídio” tem como propósito reduzir o conceito de gênero, assim, tipifica e nomina a morte de mulheres, bem como amplia a incidência da punição.

Mesmo que não conste em todas as denúncias, percebe-se que o Magistrado chama a qualificadora ao processo, em alguns casos, bem como se cria esperança, baseado no estudo, de que a punição nesses tipos de crime, está sendo mais severa, ainda que em crescimento, mas vislumbra-se a punição específica.

Concluo, que a Lei 13.104/2015, veio como meio de punir de forma mais severa os crimes perpetrados, que se iniciam com a violência doméstica, porém, a conscientização de que a mulher, por ser mulher é inferior ao homem é de extrema importância na utópica esperança de a discriminação, seja ela qual for, inclusive o menosprezo pelo fato de ser mulher.

Referências

AZEVEDO, Maria Amélia de. **Mulheres Espancadas**: a violência denunciada. São Paulo: Cortez, 1985.

BANDEIRA, Lourdes. **Feminicídio**: a última etapa do ciclo da violência contra a mulher. 11 out. 2013. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/feminicidio-a-ultima-etapa-do-ciclo-da-violencia-contr-a-a-mulher-por-lourdes-bandeira/>>. Acesso em: 09 maio 2016.

BARROS, Francisco Dirceu. **Estudo Completo do Feminicídio**. 13 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.impetus.com.br/artigo/876/estudo-completo-do-feminicidio>>. Acesso em: 31 maio 2016.

BIANCHINI, Aline; GOMES, Luiz Flávio. **Feminicídio**: entenda as questões controvertidas da Lei n. 13.104/2015. 12 mar. 2015. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13-1042015/>>. Acesso em: 31 maio 2016 e 10 de agosto de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 31 maio 2016.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 31 maio 2015.

_____. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 31 maio 2015.

_____. **Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso em: 31 maio 2015.

BRASIL. COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO. **Relatório Final sobre a Violência Contra a Mulher (CPMI)**. Brasília, DF: Congresso Nacional, jul. 2013. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/07/CPMI_RelatorioFinal_julho2013.pdf>. Acesso em: 31 maio 2016.

BRASIL. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Apelação Crime Nº 70060212875**, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 22/10/2014.

_____. **Recurso em Sentido Estrito Nº 70067997783**, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Miguel Achutti Blattes, Julgado em 04/05/2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei do Femicídio**: breves comentários. 25 mar. 2015. Disponível em: <<http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-femicidio-breves-comentarios>>. Acesso em: 31 maio 2016.

DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena. Violência e Gênero: novas propostas, velhos dilemas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, ANPOCS, São Paulo, v. 23, n. 66, p. 165-211, fev. 2008.

GASMAN, Nadine. **Femicídio ou Feminicídio**. s/d. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/violencia-contra-mulher/>>. Acesso em: 31 maio 2016.

GOMES, Izabel Solyszko. Femicídio: a (mal) anunciada morte de mulheres. Universidade Federal do Rio de Janeiro. **Revista de Políticas Públicas**, São Luis, v. 14, n. 1, p. 17-27, jan.-jul. 2010.

_____. Femicídios: um estudo sobre a violência de gênero letal contra as mulheres. **Revista Praia Vermelha**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 37-52, jul.-dez. 2012.

IZUMINO, Wânia Pasinato. **Justiça e Violência Contra a Mulher**. São Paulo: FAESP/Anna Blume, 2004.

_____. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. **Cadernos Pagu**, UNICAMP, Campinas, n. 37, p. 219-246, jul.-dez. 2011.

LAGARDE Y DE LOS RIOS, Marcella. Por La vida y La libertad de las mujeres. Fin al femicídio. **El Dia**, V., fevereiro, 2004.

_____. **Los Cautiverios de las Mujeres**: Madreposas, monjas, putas, presas y locas. Madrid: Horas y horas, la editorial, 2011.

MELLO, Adriana Ramos de. **Femicídio**: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

MEZZAROBÀ, Orides. MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOTA, Maria Dolores de Brito. **Feminicídio**: indagando novos aspectos no assassinato de mulheres. XVII Simpósio Baiano de Pesquisadoras(es) sobre Mulheres e Relações de Gênero, Salvador/BA, 14 a 16 maio de 2012. In: BONETTI, Allinne de Lima [et. al.] (Orgs.). Salvador: UFBA/NEIM, 2012. (Caderno de Resumos).

ONUBR. **Taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo: diretrizes nacionais buscam solução**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-femicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>>. Acesso em: 31 maio 2016.

PNUD. **Violência Doméstica Fatal**: o problema do feminicídio íntimo no Brasil. Brasília, DF: Ministério da Justiça: CEJUS, 2015.

SAFIOTTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, Patriarcado e Violência**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

TAVARES, Márcia Santana; SARDENBERG, Cecília; GOMES, Márcia Queiroz de C. Feminismo, Estado e Políticas de Enfrentamento à Violência contra Mulheres: monitorando a Lei Maria da Penha. **Labrys** (Edição em português), v. 20, p. 1-30, 2011.

UNICRUZ. **Manual de Normalização da Universidade de Cruz Alta**. Cruz Alta, RS: Universidade de Cruz Alta/UNICRUZ, 2015.

WASELFSZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2012**: Atualização: Homicídios de mulheres no Brasil. São Paulo: Instituto Sangari, ago. 2012.

_____. **Mapa da Violência 2015**: Homicídios de mulheres no Brasil. São Paulo: FLACSO BRASIL, 2015.

Mídia e construção social do ato infracional: uma análise do jornal *O Globo*

*Jaíne de Cássia Nunes Vieira*¹

*Patrícia Silveira da Silva*²

1 Introdução

Devido a insuficiência trazida pelo estudos criminológicos positivistas quanto à busca das causas da criminalidade, a criminologia crítica tem direcionado suas análises para o estudo da reação, aos atos proibidos por lei penal. A partir dessa mudança de foco, chega à questão: como alguém passa a ser considerado “criminoso”? Quem define tal fato como delito? Porque dentre todos os comportamentos socialmente danos, na sociedade capitalista, os crimes contra o patrimônio são majoritariamente objeto de reação social?

Com base nesse ponto de partida teórico, este artigo busca compreender a maneira como a construção social da criminalidade está diretamente atrelada, à influência do poder econômico, e de que forma os meios de comunicação atuam legitimando a atuação seletiva e estigmatizante do sistema penal. Por meio de sua influência social, baseada no espetáculo e audiência que

¹ Acadêmica de Direito da IMED.

² Acadêmica de Direito da IMED.

determinados crimes cometidos trazem, a mídia torna-se um componente considerável na equação punitiva.

Este artigo tem por objetivo analisar a maneira como o Jornal O Globo, um dos principais jornais em circulação, tiragem e impacto no Brasil, constrói a representação do adolescente autor de ato infracional, das suas condutas e da resposta estatal. Para tanto, inicialmente realiza-se pesquisa exploratória da bibliografia, seguida pela apresentação dos resultados da análise documental de edições do jornal, através da teoria enraizada (*grounded theory*), com abordagem predominantemente indutiva.

O trabalho se divide em duas partes: na primeira analisa-se a superação do paradigma etiológico na criminologia e a maneira como a criminologia crítica demonstra a relação entre mídia e sistema socioeducativo.

Tendo por base exemplificativa, a análise de duas reportagens do jornal O Globo, para justamente demonstrar o tratamento dado pela mídia aos adolescentes autores de atos infracionais. As reportagens analisadas são do ano de 2015, ano em que foi votada e aprovada na Câmara dos Deputados a redução da maioridade penal.

2 Controle social e a construção da criminalidade: relações entre sistema penal e mídia

Este tópico tem por objetivo expor as bases teóricas das relações entre mídia e sistema penal nos processos de criminalização. Em um primeiro momento, apresenta a teoria do etiquetamento como precursora da criminologia crítica, para, em seguida, expor a especificidade do papel da mídia na construção social da criminalidade.

2.1 Do *Labelling Approach* à Criminologia Crítica: a mudança de paradigma em criminologia

A criminologia é o saber, proveniente de variados ramos, indispensável para “instrumentalizar a decisão política de salvar vidas humanas e diminuir a violência política em nossa região marginal com vistas a se alcançar um dia, a supressão dos sistemas penais e sua substituição por formas efetivas de solução de conflitos” (ZAFFARONI, 2001, p. 171- 172). Contudo, não há sociedade que consiga resolver todos.

Essa definição, contudo, parte de pressupostos absolutamente distantes daqueles adotados, em sua origem positivista, pela disciplina, já que abandona o ideal consensualista de uma sociedade sem conflitos, compreendendo que crime não é uma anormalidade, ele é ubíquo e não excepcional (BUDÓ, 2011, p. 257).

Foi a partir da década de 1960 que essa ruptura pode ocorrer, no contexto dos movimentos de contracultura nos Estados Unidos, juntamente às lutas pacifistas e à emergência de uma teoria social crítica. Assim, com a influência das correntes de origem fenomenológicas, o interacionismo simbólico e etnometodologia sobre a sociologia do desvio e do controle social, entre demais desenvolvimentos históricos reflexivos e sociológicos sobre o episódio criminal e o Direito penal, foi definida a criação de uma alternativa ao paradigma etiológico. Passa-se a conceber a reação social dos sistemas de controle como constitutivos da definição do é crime de quem são os sujeitos alvos do sistema (ANDRADE, 2003, p. 40).

Por meio da influência do modelo interacionista simbólico e a etnometodologia, utilizando-os como uma esquematização explicativa da conduta humana, o *labelling approach* tem como partida o conceito de desvio de conduta e a reação social, sendo ambos dependentes entre eles, para que se formule sua tese central. Entretanto, o desvio e a criminalidade não fazem parte da essência da conduta, mas sim um etiquetamento feito em cima de determinado indivíduo pelos processos de interações sociais

complexos, ou seja, de processos formais e informais que definem e selecionam os sujeitos (ANDRADE, 2003, p. 41).

A criminalidade é o status atribuído ao sujeito que passou por um duplo processo, a definição legal do crime, atribuindo que a conduta cometida possui caráter criminal, e a seleção etiquetando e estigmatizando o autor como criminoso, entre inúmeros que cometeram a mesma conduta, mas não foram selecionados (ANDRADE, 2003, p. 41).

Com base nisso, por mais que o comportamento seja desviante, apenas será definido como crime se houver reação social. O etiquetamento depende mais da reação social sobre o fato, do que o fato em si. Logo, para citar Becker (2008), cabe dizer que grupos sociais fazem a criam de desvio, ao criarem regras onde a infração constitui desvio, e ao serem aplicadas a pessoas particulares e as rotulá-las de *outsiders*.

Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um “infrator”. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal (BECKER, 2008, p. 21- 22).

Posto isso, a criminalidade é o resultado da interação entre a ação e a reação social, de maneira que, para definir se um ato será ou não considerado desviante não depende de sua natureza, mas sim do que as outras pessoas farão a respeito dele. Sendo assim, não se pode saber “se um certo ato vai ser catalogado como desviante até que seja dada a resposta dos demais. O desvio não é uma qualidade presente na conduta mesma, senão que surge da interação entre a pessoa que comete o ato e aqueles que reagem perante o mesmo” (ANDRADE, 2003, p. 42).

A partir do *labelling approach* é possível compreender que a criminalidade não possui natureza ontológica, mas sim, natureza social e definitorial, acentuando o papel do controle social na elaboração da seletividade (ANDRADE, 2003, p. 42).

Contudo, o sistema penal não é vinculado apenas nas normas penais, mas também é

[...] concebido como um processo articulado e dinâmico de criminalização ao qual concorrem todas as agências do controle social formal, desde o Legislador (criminalização primária), passando pela Polícia, o Ministério Público e a Justiça (criminalização secundária) até o sistema penitenciário e os mecanismos do controle social informal (família, escola, mercado de trabalho, mídia) (ANDRADE, 2003, p. 43).

Essas agências formais e informais de controle se integram no processo de criminalização seletiva. O controle social não é constituído apenas por agências de controle penal, sendo importantes atores dessa construção alguns subsistemas que pertencem a um sistema maior de controle social global. Portanto, não é realizado pelo sistema penal o processo de criminalização à margem ou mesmo contra os processos gerais de etiquetamento, que possuem lugar no seio do controle social informal (BUDÓ, 2013, p. 39).

O controle social possui uma unidade funcional, feita por princípio binário e maniqueísta, usados na sua seleção (ANDRADE, 2003 apud BUDÓ, 2013, p. 40). Sua função é dada, pelo controle formal e informal, para que seja feita uma seleção entre os bons e os ruins, visando definir quais sujeitos serão excluídos e incluídos, quem pode ou não ficar no universo em questão, e sobre quem irá recair a estigmatização (BUDÓ, 2013, p. 40).

O controle social formal e informal caminham juntos, interagindo com a consequência de legitimação da realidade social, que atualmente é desigual. Contudo, as instâncias onde são realizados o controle social informal são apenas os primeiros passos para saber se o indivíduo vai ou não para na prisão (BUDÓ, 2013, p. 42).

Baseando-se nisso, em relação a reação social, ela traz a seletividade quantitativa do sistema penal, já que não há para todos os fatos tipificados como crimes um processo e punição, pois se houvesse todas as pessoas seriam criminosas inúmeras vezes.

(ZAFFARONI, 2001 apud BUDÓ, 2013, p. 258). Assim, pode-se perceber que as estatísticas criminais não possuem relação com a criminalidade, mas sim à criminalização, visto que são baseadas apenas em casos registrados, refletindo “as contingências organizativas que condicionam a aplicação de determinadas leis a determinada conduta por meio da interpretação, decisões e atuações do pessoal encarregado de aplicar a lei” (BUDÓ, 2011, p. 258).

Nesse sentido, por mais que a teoria do *labelling approach* parecesse mais próxima e contemporânea das teorias criminológicas, não conseguiu escapar das críticas da criminologia crítica.

[...] Baratta procura enumerar os efeitos da mistificação do *labelling approach*, o que de certa forma sintetiza grande parte dos problemas do rotulacionismo apontados pela criminologia crítica: (1.º) a perspectiva subjetivista (idealista) poderia conduzir a sub ou a desvalorização dos problemas reais e das efetivas situações de sofrimento, agressões ou injustiças que envolvem o conflito; (2.º) a relativa ausência de problematização da forma de intervenção da justiça penal nos conflitos ofuscaria o reconhecimento que este tipo de ingerência não produz soluções satisfatórias; ao contrário, normalmente reproduz violências e cria novos conflitos decorrentes da estigmatização e da marginalização; (3.º) a falta de percepção do caráter seletivo do direito penal impediria notar que a criminalização é direcionada aos indivíduos pertencentes aos grupos mais vulneráveis e excluídos da sociedade (CARVALHO, 2013, p. 282).

O *labelling approach* faz parte, do quadro que viria a compor a criminologia crítica, de maneira que suas contribuições e falhas são consideradas, a fim de com isso determinar os rumos e caminhos possíveis a um viés criminológico crítico capaz de romper com as concepções enraizadas no pensamento microcriminológico, estabelecendo as bases da reflexão macrocriminológica.

Postas as bases iniciais, o que falta entender é o que faz orientar a seleção de comportamentos desviantes ou criminosos de acordo com a reação social e penal. Iniciando na década de 1970, o estudo para compreender esse motivo, começando nos Estados

Unidos com a Criminologia radical e na Inglaterra com a Nova criminologia, em seguida a Criminologia crítica na Itália (BUDÓ, 2011, p. 258- 259).

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas (...) (BARATTA, 2011, p. 161).

Além disso, a criminalidade é considerada um bem negativo, onde tem distribuição desigual de acordo com a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e com conformidade a desigualdade social entre as pessoas. (BARATTA, 2011, p. 161).

Como visto, a criminologia crítica tem a direção principal para o processo de criminalização, apontando nele “um dos maiores nós teóricos e práticos das relações sociais de desigualdade próprias da sociedade capitalista, e perseguindo, como um de seus objetos principais, estender o campo do direito penal, de modo rigoroso, a crítica do direito desigual” (BARATTA, 2011, p. 197). A criminologia crítica irá trazer a construção de uma teoria materialista econômico-política do desvio, ou seja, dos comportamentos vistos como socialmente negativos e da criminalização, e elaborando linhas de uma política criminal alternativa, sustentada na visão do desvio das classes subalternas (BARATTA, 2011, p. 197).

A partir de um questionamento macrosociológico sobre a criminalidade, é possível perceber que há sobrerrepresentação nas prisões da população pobre, em diferentes países. Reencontra-se, na seleção de população criminosa, os mesmos mecanismos da interação, do antagonismo e do poder dando conta, numa estrutura social, onde há desigualdade na distribuição de bens e oportunidade entre as pessoas (BARATTA, 2011 apud BUDÓ, 2011, p. 259). Desse

modo, observa-se um sistema de classes, onde uns são beneficiados com privilégios e outros desprivilegiados, tendo a criminalidade como um bem negativo atribuído a alguns indivíduos, por meio de mecanismos analógicos (BUDÓ, 2011, p. 259).

O progresso na análise do sistema penal como sistema de direito desigual está constituído pelo trânsito da descrição da fenomenologia da desigualdade à interpretação dela, isto é, ao aprofundamento da lógica desta desigualdade. Este aprofundamento evidencia o nexos funcional que existe entre os mecanismos seletivos do processo de criminalização e a lei de desenvolvimento da formação econômica em que vivemos (e também as condições estruturais próprias da fase atual deste desenvolvimento em determinadas áreas ou sociedades nacionais) (ANDRADE, 2012, p. 48- 49).

A formulação da seletividade pode ser feita nos termos que todas as pessoas, de todos os estratos sociais existentes, faixa etárias, etnias e gêneros, praticam, regularmente, fatos definidos como crimes, contravenções ou infrações administrativas, e, além de as praticarem, são delas vítimas, mudando apenas a especificidade da conduta (ANDRADE, 2012, p. 138).

Uma das maiores contribuições a visão da reação social e crítica, foi revelação da lógica de seletividade como dinâmica estrutural de operacionalização do sistema penal, possuindo uma fundamentação científica, evidenciada empiricamente, visando a clientela da prisão, com base na regularidade de criminalização e etiquetamento dos mais pobres da sociedade (BARATTA, 2011 apud ANDRADE, 2012, p. 138). Apesar de muito vocalizado pelo senso comum, o conceito dos três pês: o preto, o pobre e a prostituta como constitutivo da população prisional, dificilmente essa condição é vista como de caráter estrutural. Do contrário, não haveria sustentação que desse conta de sua real ilegitimidade.

Nesse sentido, mostra-se que as pessoas atuantes nos órgãos de controle penal, que estão na sociedade também tem seu modo de agir a partir dos estereótipos, aguardando tipos de condutas de

determinadas pessoas. Em decorrência disso, existem pessoas que praticam atos determinados como criminosos e mesmo assim não são vistas como criminosos. No entanto, existem pessoas que não cometeram nenhum crime, mas em função de possuírem determinado estereótipo de criminosos, são vistos como delinquentes nas interações sociais (BUDÓ, 2013, p. 37).

No sistema penal as posições de poder estão nas mãos pessoas poderosas economicamente, fazendo com que seja comum a criação de normas que criminalizem crimes contra o patrimônio individual. A partir disso, prejudicando os grupos mais vulneráveis da população e criando óbices para criminalizar os detentores do poder (BUDÓ, 2013 p. 35).

[...] a criminalidade, mais que um dado preexistente comprovado objetivamente pelas instâncias oficiais, é uma realidade social de que a ação das instâncias oficiais é elemento constitutivo. Estas constituem tal realidade social através de uma percepção seletiva dos fenômenos, que se traduz no recrutamento de uma circunscrita população criminal, selecionada dentro do mais amplo círculo dos que cometem ações previstas em lei penal e que, compreendendo todas as camadas sociais, representa não a minoria, mas maioria da população. Tal distribuição desigual, em desvantagem dos indivíduos socialmente mais débeis, isto é, que têm uma relação subprivilegiada ou precária com o mundo do trabalho e da população, ocorre segundo as leis de um código social (*second code*) que regula aplicação das normas abstratas por parte das instâncias oficiais [...] (BARATTA, 2011, p. 178-179).

Com base na seletividade do sistema penal, há duas variáveis estruturais que a fundamentam. A primeira delas é a incapacidade da estrutura do sistema penal operacionalizar, através da polícia e do Judiciário, todas as programações da lei penal, tendo em vista que não suporta dada magnitude, já que, está integralmente a administrar menos de 10% das infrações, não podendo operar em toda a sua extensão (BARATTA, 2011 apud ANDRADE, 2003, p. 51).

Já a segunda, se deve a seletividade do sistema penal para a singularidade da infração e da relação mútua social dos autores, dado que a impunidade e criminalização têm sua orientação voltada para a seleção desigual de pessoas conforme seu status social, não sendo considerada a relação de fato e crime como indica a dogmática penal (ANDRADE, 2003, p. 51).

Visto desse modo, a criminologia crítica chega ao resultado de que o princípio da seletividade, formulado pelo *labelling approach*, tem sua orientação de acordo com a desigualdade social, existindo a perseguição sobre as classes pobres pelo etiquetamento. Ademais, “o sistema punitivo se apresenta como um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) dos sistema social global, isto é, das relações de poder e de propriedade existentes” (BARATTA, 2004 apud BUDÓ, 2013, p. 260).

2.2 As interações entre mídia e sistema penal

Pelo fato da mídia ter interesse por apelos que o crime carrega consigo e até mesmo desempenhar um papel aonde constrói um tipo de crime, o criminoso e idealiza a ação necessária para o fato. Frequentemente entra em debate a relação entre ela e o sistema penal. (BUDÓ, 2013, p. 23).

No entanto, a relação entre eles vai muito além do que se imagina, afirmando que são instâncias de controle social geral, sendo a mídia caracterizada como controle social informal, e o sistema penal como controle social formal. A criminalidade é uma realidade construída socialmente, tendo como responsáveis tanto a mídia, quanto o sistema penal na sua construção (BUDÓ, 2013, p. 23).

Ademais, com a influência da mídia, por construir escândalos criminais, faz com que sejam feitas alterações na legislação penal, bem como também geram-se decisões mal fundamentadas, em especial em situações de prisão preventiva.

É nesse sentido que uma lógica circular se estabelece, com as notícias reforçando o senso comum e seus pré-conceitos a respeito do crime e dos criminosos, legitimando as demandas e ações sociais sobre os mesmos, que reproduzirão as mesmas ações, (re)produzindo assim “novas” notícias. (ROCHA, 2010, p. 54).

Com a globalização das informações, a mídia vem exercendo um papel centralizado em diferentes aspectos da vida das pessoas. “Especificamente, o jornalismo, nos diferentes meios de comunicação de massa, declara-se a parcela de narração factual dos acontecimentos, competindo ao jornal levar em conta a verdade e a objetividade.” (BUDÓ, 2013, p. 23- 24).

No entanto, a mídia não mostra o sistema penal de forma integral, mas sim, em partes já que o seu tempo é limitado. Não bastasse a censura no tempo de sua apresentação, a televisão possui censuras econômicas. Podendo dizer, “que o que se passa na televisão é determinado pelas pessoas que a possuem, pelos anunciantes que pagam a publicidade, pelo Estado que dá subvenções, [...] (BOURDIEU, 1997, p. 19-20).

Por conta disso, cabe salientar que os meios de comunicação possuem, por maior influência, empresas que apenas visam ao lucro, tornando um informação um meio para ganhar dinheiro pela publicidade. Com isso torna-se necessário, que a audiência se encontre em um alto nível, levando o jornalismo a pegar emprestada as noções vindas da publicidade. Resultando na informação algo mais atrativo para o público, vistos como consumidores (BUDÓ, 2013, p. 78).

Os mercados da audiência, do poder político dos formadores de opinião e dos lucros da publicidade, estimulam a concorrência e aumentam a influência dos meios de comunicação sobre as demais agências, principalmente sobre as judiciais. Mediante a manipulação dos medos e a indução do pânico, a mídia reforça falsidades, conferindo-lhes caráter dogmático, apela para campanhas de lei e ordem e, através de sua retórica, promove a criminalização e a repressão (BOLDT; KROHLING, 2010, p. 6).

Essa criação de estereótipos e preconceitos por parte dos meios de comunicação utiliza o discurso com a finalidade de legitimar o exercício do poder punitivo estatal, como também a intervenção penal, alimentando a ideia de um verdadeiro Estado penal (BOLDT; KROHLING, 2010, p. 6).

Além, de promover e influenciar a criminalização da miséria, os meios de comunicação exercem papel no âmbito da criminalização primária, o etiquetamento dado ao criminoso, e secundária, a definição de conduta criminosa (BOLDT; KROHLING, 2010, p. 8).

Neste norte, é possível afirmar que a mídia se une com a construção da criminologia midiática, em relação a produzir a separação dos bons cidadãos contra os criminosos, podendo ser encontrada com facilidade baseando-se em estereótipos trazidos pelas notícias, que devem ser eliminados pelas autoridades, para auferir que a sociedade acabe com medo e violência (DIAS, 2016, p. 170).

Verificam-se assim nos enunciados vindos dos meios de comunicação em massa relacionados a criminalidade, uma espécie de violência simbólica.

A manifestação mais cruel dessa violência simbólica dos mass media é identificada no processo de etiquetamento, de rotulação e na criação do estereótipo criminoso, pois os que detêm a comunicação chegam até a definir os outros, definir determinados grupos sociais como sendo melhores ou piores, confiáveis ou não confiáveis [...]. Quem tem a palavra constrói identidades pessoais ou sociais (SILVEIRA FILHO, 2005, p. 1).

Todavia, os acontecimentos não podem ser noticiados de forma integral, sendo assim fragmentados, “é como uma moldura, que opera, ao mesmo tempo um corte e uma focalização.” (BUDÓ, 2013, p. 96). Isso significa que a mídia possui influência, principalmente de ordem político-econômica, ocultando “determinados ilícitos (ou não os divulga com a mesma veemência) e mostra os crimes praticados pelas pessoas mais vulneráveis ao poder punitivo como se fossem os

únicos existentes em nossa sociedade.” (BOLDT; KROHLING, 2010, p. 7). O que acaba por construir uma conclusão errada sobre delinquência, mostrando apenas as classes menos favorecidas como criminosas.

Sobretudo, é necessário deixar claro que a notícia é uma mercadoria, sendo um produto de empresas, o que conduz a necessidade de possuir uma aparência jornalística, levando a “sensacionalizar a vida política, econômica e social de determinada formação histórica” (BUDÓ, 2013, p. 109).

Diante disso, as tarefas executadas pelos meios de comunicação são inerentes das agências do sistema penal,

[...] produzem um inquérito por vezes com direito a gravações de imagens e voz, acusa, condena e ainda executa a pena. A começar pela difusão de discursos que legitimam atitudes arbitrárias por parte das agências executivas, dentro da ideia de que “bandido deve sofrer”, e de que os direitos fundamentais significam “tolerância à banditagem”, os meios de comunicação de massa possuem ainda a tarefa de executar a pena de execração pública do “criminoso”, que pode inclusive sequer ter sido acusado formalmente (BUDÓ, 2013, p. 115- 116).

Por mais que se parta da ideia que os meios de comunicação são uma das instâncias de controle social informal, e que suas informações passam por um complexo de transformações pelas interações sociais, há a possibilidade de afirmar que ocupam lugar central no funcionamento do sistema penal. Começando “pelo seu papel no controle social informal, na legitimação do sistema, na sua relegitimação através das campanhas de lei e ordem, e terminando na sua atuação periódica como uma agência mesmo do controle social formal.” (BUDÓ, 2013, p. 116).

Partindo desse marco teórico apresentado por questões como a seletividade e questões econômicas trazidas pela mídia como controle social informal, torna-se importante demonstrar por meio de análises de reportagens, como essas questões são apresentadas. Cabe ressaltar que o presente artigo faz parte de um projeto de pesquisa, e que ainda

está em desenvolvimento, sendo analisados alguns parâmetros que aqui estão estabelecidos.

3 O jornal da Globo e a produção do ato infracional

Para este trabalho, após as análises de algumas reportagens para o projeto, foram encontrados resultados, nos quais torna-se necessário expor, para identificar quais são os estereótipos dos adolescentes e a qual classe social eles pertencem. Principalmente ao tratar sobre o endurecimento das leis aos adolescentes que praticam atos infracionais sob a visão da criminologia crítica.

Para a realização da análise, foram utilizados alguns parâmetros, empregados por meio da criminologia crítica, aqui já apresentados. O primeiro deles é referente ao estereótipo de criminoso, ou seja, como é tratado pelas reportagens esse estereótipo. O segundo refere-se à classe social dos adolescentes que são etiquetados como criminosos, e quais são os termos utilizados para referir-se à eles.

O jornal O Globo será avaliado, por ser um dos maiores jornais em circulação no país, segundo a Associação Nacional de Jornais (ANJ). O ano escolhido é 2015, por ter sido votada e aprovada, em primeiro turno, pelo plenário da Câmara, a emenda à Constituição que reduz a maioridade penal para os 16 anos.

3.1 Morte de adolescente provocada por policiais no jornal: “Farsa descoberta” e “De coroinha na Igreja ao envolvimento com o tráfico”

Dentre as reportagens até aqui analisadas, serão avaliadas quatro reportagens que retratam a história de um adolescente em conflito com a lei e a violência policial brasileira.

A primeira reportagem, datada do dia 30 de setembro de 2015, na página 10, intitulada “Farsa descoberta”, expõe o envolvimento de alguns adolescentes em confronto com policiais. A

notícia revela que houve uma adulteração da cena do crime, que teria sido modificada pelos próprios policiais que atendiam a ocorrência. Moradores da redondeza filmaram a ação fraudulenta.

Antes de ser descoberta a adulteração da cena pelos policiais, os mesmos retrataram que o comando da UPP da Providência havia informado que policiais faziam um patrulhamento de rotina na localidade conhecida como Pedra Lisa, por volta das 9h, quando se depararam com criminosos armados, que dispararam contra a equipe (GLOBO, 2015, p. 10). Ou seja, retrataram que primeiramente os adolescentes efetuaram os disparos, para então eles revidarem, o que ocasionou a morte de um deles.

Na filmagem, aparece que um determinado policial atira no adolescente, que estaria também em posse de uma arma, e com ele já baleado, o policial dispara com a arma dele, justamente para forjar um confronto. Com o adolescente teriam sido apreendidos uma pistola, munição e um radiotransmissor, o fato aconteceu no Morro da Providência, no Centro, na cidade do Rio de Janeiro.

Na reportagem, é revelado que os próprios moradores do Morro filmaram a ação, e ficaram estarecidos com a farsa feita pelos policiais. O adolescente tinha 17 anos de idade e acabou falecendo. Teve seu nome completo e o seu apelido divulgado pelo Jornal, o que é explicitamente proibido conforme artigo 143 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990).

É também brevemente relatado o histórico do adolescente, revelando que ele possuía “três anotações criminais”, por atos infracionais equivalentes aos crimes de tráfico de drogas, injúria e ameaça. Divulgando esses dados, entende-se que o objetivo da reportagem foi retratar um possível envolvimento do adolescente com o mundo do crime, o que é proibido, sem autorização judicial, a divulgação de tais dados, conforme previsão do artigo 144 do ECA.

Há de se ressaltar, por mais que o jornal, nesta reportagem, tente desqualificar o adolescente, revelando seus antecedentes infracionais, ele acaba por criticar a atitude dos policiais, solicitando que os responsáveis sejam identificados e punidos. Qualificando

ainda parte da polícia do Rio de Janeiro como “violenta”, “corrupta”, e que parte se mostra resistente a pacificação (GLOBO, 2015, p. 10).

Cabe reforçar que o intuito do jornal ao mesmo tempo que procurou criticar a atitude dos policiais, acabou por desqualificar o adolescente, ao mencionar os seus antecedentes infracionais, e revelar que ele tinha envolvimento com o tráfico de drogas. Além disso, a reportagem preocupou-se mais em retratar o fato do que divulgar a história do adolescente.

Se na reportagem do dia anterior não houve menção à história do adolescente, na reportagem datada de 01 de outubro de 2015, na página 12, o próprio título já revela o teor da notícia: “De coroinha na Igreja ao envolvimento com o tráfico”. Menciona que em sua infância o adolescente era coroinha da igreja no bairro onde morava e caçador de pipas.

Utiliza o termo “vapor do tráfico” para caracterizar o seu envolvimento com o crime, ainda revelando o seu nome completo e apelido. A primeira identificação da classe social do adolescente é revelada ao citar que ele nasceu na favela, abandonou a escola no ano anterior à sua morte, e ainda advinha de uma família com oito irmãos.

Reforça a teoria adotada pela criminologia crítica, de que o estereótipo de criminoso, formulado pela teoria do etiquetamento, é determinado pela sua classe social, visto que só alguns são assim qualificados, tratando-se da criminalização secundária (BARATTA, 2011, p. 161).

Nesta mesma página, na reportagem intitulada “Os policiais da Providência”, são divulgados os nomes dos policiais que forjaram a ação, e que estariam afastados do trabalho por estarem presos preventivamente, pelos crimes de fraude processual e homicídio (GLOBO, 2015, p. 12). O jornal noticia ainda que o policial que efetuou o tiro no adolescente, alegou legítima defesa, visto que a vítima tinha esboçado algum movimento de que iria atirar.

Ao entrevistar alguns familiares, principalmente a mãe do adolescente, a mesma ainda justifica que ele abandonou os estudos

porque precisava trabalhar, reforçando a ideia de que a desigualdade social estava presente nesta família. No decorrer da reportagem, ainda é mencionado que havia filmagem, feita pela própria polícia, do adolescente envolvido com o tráfico de drogas. Outra vez tentado desqualificar a imagem do adolescente.

Outra informação retratada pela notícia, intitulada “Testemunha teria sido ameaçada por PMs”, é de que a testemunha que teria filmado a ação dos policiais, estaria sofrendo ameaças por não ter proteção do Estado. São ainda entrevistados o advogado da vítima, que seria seu próprio tio, e alguns moradores do Morro onde o adolescente morava, que estariam revoltados com as atitudes dos policiais.

Quanto ao histórico do adolescente, ainda é revelado que ele cumpriu uma medida socioeducativa de liberdade assistida pelo uso de drogas. Menciona a Vara da Infância e da Juventude como fonte desta informação. Novamente desqualificando a imagem do adolescente, que foi vítima de uma ação forjada pelos policiais.

3.2 O papel das fontes e do enquadramento na construção social dos estereótipos do adolescente infrator

Foram criadas categorias para o desenvolvimento da análise das reportagens, todas baseadas no projeto de pesquisa que está em desenvolvimento. Cabe salientar que existem mais categorias, porém nesta análise foram utilizadas essas:

- 1.Fontes: para identificar quais são as fontes da notícia, ou se não é mencionada nenhuma; como subcategoria, temos “polícia”, “poder judiciário”, “cidadãos”, “advogado do adolescente”, “entrevistados”;
- 2.Crime: foram criadas subcategorias como “estilo léxico”, para demonstrar quais são os termos utilizados pelo jornal ao retratar o crime; “menção à qual crime” e “antecedentes”, para relatar qual crime foi mencionado e ainda se é divulgado os antecedentes infracionais do adolescente, respectivamente;
- 3.Criminoso: foram criadas subcategorias, qualificadas como “identificação do adolescente”, que será utilizada sempre que o

adolescente autor de ato infracional tiver o seu nome, endereço, apelido, etc. revelado; “estilo léxico”, para também demonstrar quais são os termos utilizados pelo jornal para referir-se ao adolescente, além de uma subcategoria “história do suspeito”, que será utilizada toda vez que for mencionado a história do adolescente.

Importante destacar que uma frase pode ser utilizada em mais de uma categoria. Para a representação de como foram utilizadas as categorias na análise. Nota-se que a categoria com mais marcações foi a “Estilo léxico para o adolescente”, tendo sido utilizados termos como “jovem”, “adolescente”, “rapaz” e “garoto”. A segunda categoria com mais marcações foi “identificação do adolescente”, visto que doze vezes o adolescente teve sua identificação revelada. Quanto aos “Termos pejorativos”, podemos identificar que na reportagem datada de outubro de 2015, houve a utilização do termo “vapor do tráfico”, para referir-se ao adolescente. Nitidamente com o intuito de desqualificá-lo.

Após a análise das reportagens com a devida classificação das categorias, ficaram nítidas algumas violações de direitos do adolescente que foi vítima de homicídio pelos policiais que forjaram um confronto. Dentre elas, a sua identificação, uma vez que é proibida a divulgação de adolescente autor de ato infracional, artigo 143 do ECA. Outra violação está presente quando é revelado os seus antecedentes infracionais, com o intuito de desqualificar a sua imagem.

O estereótipo de criminoso é reforçado quando é revelada a sua história, uma vez que advém de uma família com oito irmãos, e abandonou a escola para trabalhar, segundo foi informado pela sua própria mãe (GLOBO, 2015, p. 12). Isso demonstra que a mídia como controle social informal, representada pelo jornal O Globo, acabar por transmitir as mesmas desigualdades sociais e seletividade que estão previstas no sistema socioeducativo e penal. Reforçando a teoria de que é estudada pela criminologia crítica, de que apenas alguns adolescentes recebem o etiquetamento de desviante, os pertencentes as classes sociais mais baixas.

4 Considerações finais

No desenvolvimento da criminologia vieram inúmeros estudos e avanços sobre o crime e o criminoso, porém somente com o advento da criminologia crítica, alcançou-se uma compreensão dos processos de criminalização de forma ampla. Tendo em vista que quando se fala na reação social apresentam-se os meios de comunicação, pois são influenciadores de pensamentos e ideologias, acabam por terem efeitos na visão criminológica da realidade social.

No transcorrer deste trabalho, percebe-se que a mídia vai muito além do que sempre se mostrou, pois não bastando o fato de um grande meio de influenciar pessoas, ainda conta com a influência ditada pelo sistema econômico, em detrimento da sua função informativa. Destarte, torna-se “impura” e conseqüentemente traz consigo pensamentos cheios de estereótipos e influenciáveis em suas “notícias”, buscando, incessantemente a audiência. Essa situação torna a mídia um meio muitas vezes apelativo ao trazer para a sociedade crimes, destes os mais espetaculosos e chamativos, já que como uma mercadoria, ela busca sempre ser vendida da forma mais estonteante possível.

Diante do exposto, analisando os fatos e críticas sobre os meios de comunicação, chega-se a ideia de que além de influenciarem as pessoas, conjuntamente influenciam o sistema penal, fazendo com que este, se modifique ao seu gosto e seja um espelho do senso comum sobre determinado criminoso. Como controle social informal, acaba por colaborar e reproduzir as desigualdades sociais já existentes e ainda por estigmatizar como criminoso aquele pertencente às classes sociais mais baixas.

O presente trabalho aborda como as teorias adotadas pela criminologia mostram-se presente em jornais de grande circulação. Após avaliação do jornal O Globo, fica nítido que os adolescentes em conflito com a lei, antes mesmo de cometerem alguma infração, já tinham como esperado este ato deles, por serem de classes pobres. Mesmo sendo vítima de alguma violação de direito, que em tese

deveriam ser protegidos, acaba por ser desqualificado, visto que estava envolvido com crimes pretéritos à essa violação.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. 1 reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BOLDT, Raphael; KROHLING, Aloísio. Direitos, fundamentais para quem? Mídia, direito penal e criminalização da pobreza. **Revista dos Tribunais**. Vol. 893, mar. 2010, p. 385.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão seguido de a influência do jornalismo e os jogos olímpicos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

BUDÓ, Marília De Nardin. **Mídia e controle social: da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BUDÓ, Marília De Nardin. De fator criminológico a fator simbólico na construção social da criminalidade: os estudos interdisciplinares sobre mídia, violência e crime. In: **Congresso Internacional de Ciências Criminais**, II edição, 2011.

BRASIL. **Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 09 de julho de 2017.

CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 2013, p. 279.

DIAS, Felipe Da Veiga. Punitivismo midiático nos programas policiais e regulação da comunicação no Brasil com base nos direitos de crianças e adolescentes: ensinamentos uruguaios com a estratégia por la vida y la convivencia. In: DIVAN, Gabriel Antinolfi;

DE coroinha na Igreja ao envolvimento com o tráfico. **O Globo**, Rio de Janeiro, 01 out. 2015, p. 12.

FARSA descoberta. **O Globo**, Rio de Janeiro, 30 set. 2015, p. 10.

MAGGI, Florencio Macedo. (Org.). **Criminologias e Política Criminal II**. Florianópolis: Conpedi, v. 1, 2016, p. 166-182.

OS policiais da Providência. **O Globo**, Rio de Janeiro, 01 out. 2015, p. 12.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. Criminologia e Teoria Social: Sistema Penal e Mídia em luta por poder simbólico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídicos-penais contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 42-60.

SILVEIRA FILHO, Lourenço da. Neoliberalismo, mídia e movimento da lei e ordem: rumo ao estado de polícia. **Ciências Penais**. Vol. 2, 2005, p. 253.

TESTEMUNHA teria sido ameaçada por PMs. **O Globo**, Rio de Janeiro, 01 out. 2015, p.12.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

A razoável duração do inquérito policial: perspectivas dogmática e jurisprudencial

*Leandro da Cruz Soares*¹

Introdução

O presente artigo tem o objetivo de apresentar algumas considerações acerca da razoável duração do inquérito policial desde duas perspectivas: uma dogmática e outra jurisprudencial. A importância do tema está diretamente vinculada ao local que o inquérito policial ocupa não só nos elementos angariados pela polícia para fins de investigação de determinado delito, mas também pela influência que possui junto ao andamento do processo penal.

Em um primeiro momento, aborda-se o que se tem compreendido por *inquérito policial* e quais as suas características mais marcantes. Entre elas, adianta-se: a sua natureza inquisitiva, seu caráter sigiloso, sua indisponibilidade, sua dispensabilidade para a persecução penal, a obrigatoriedade de ser escrito, a sua oficiosidade e o seu aspecto unidirecional. Por fim, realiza-se uma crítica acerca da promulgação da Lei n.º 13.245/2016.

Após, o segundo capítulo dedica-se a esclarecer, buscando referências no ordenamento jurídico-penal brasileiro, a questão em torno da razoável duração do inquérito policial. Defende-se, desde

¹ Graduação. Pós-Graduação em andamento. Advogado. E-mail: leandro@leandrosoaresadv.com.br

já, a existência de incidência do princípio da razoabilidade da duração do processo nos procedimentos investigativos, na medida em que a investigação preliminar que dura um tempo prolongado viola tal princípio fundamental.

Por fim, realiza-se uma breve pesquisa jurisprudencial, visando firmar alguns entendimentos que podem ser encontrados no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca da razoabilidade de duração de um inquérito policial e suas diversas implicações.

1 Inquérito policial brasileiro: elementos estruturais

O inquérito policial é o conjunto de diligências comandadas por um delegado de polícia para a obtenção de elementos que apontem autoria e prova da materialidade de determinadas infrações penais. É um procedimento administrativo tendo em vista que a sua instauração prescinde de uma autoridade policial. Ademais, é um procedimento inquisitorial do qual se destina buscar informações para elucidar os mais diversos crimes. E por fim, não existe a ampla defesa. (AVENA, 2014, p. 151).

Para Aury Lopes Jr., não se pode negar a necessidade do advogado, bem como a possibilidade de sua participação no interrogatório do indiciado para sua defesa, conforme consagrado nos arts. 185, 186, 188 e seguintes do CPP. (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 228). Em regra, como é sabido, não existe o contraditório no inquérito policial. A exceção seria em relação ao inquérito policial instaurado com o objetivo de expulsão de estrangeiro, conforme o Estatuto do Estrangeiro, vez que o Decreto 86.715/1981, que regulamentou os dispositivos da Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro), expõe uma sequência de etapas do qual se tem a possibilidade do contraditório, conforme os art. 102 a 105 do Decreto mencionado. (AVENA, 2014, p. 152).

Nesse sentido, o inquérito policial é um conjunto de atos praticados pelo Estado – através da autoridade máxima da polícia civil, ou seja, um (a) delegado (a) de polícia – para apurar a autoria

e materialidade (nos crimes que deixam vestígios) dando ao *Parquet* elementos que estruturariam, se necessário fosse, uma ação penal. (RANGEL, 2017, p.73). Ou seja, o inquérito policial é uma atividade realizada pelos órgãos do Estado após uma notícia-crime, a qual pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato criminoso com o fim de dar início à ação penal ou, caso não haja elementos suficientes, seu arquivamento. (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 90).

Nessa fase, o juiz deve permanecer alheio à qualidade da prova no curso do inquérito, somente intervindo para proteger violações ou ameaças de lesões a direitos e garantias individuais dos envolvidos, ou ainda para resguardar a efetividade da função jurisdicional, deste modo exercendo atos de natureza jurisdicional. (OLIVEIRA, 2009, p. 43.).

Deve-se destacar que nenhum processo penal terá início sem uma denúncia² ou uma queixa³, que atende justamente o princípio da determinação prévia⁴. Esse princípio busca a verdade “sob pena de “navegar-se” sem rumo ou incorrer-se na maquiavélica devassa”. (TOVO, 2005). Ou seja, para punir qualquer pessoa as sanções jurídicas devem estar determinadas em lei. Nesse sentido, tal princípio possibilita, com fins a dar limite ao poder de punir estatal, que “uma ação somente pode ser punida quando a punibilidade estiver determinada antes da ação a ser perpetrada”. (GIACOMOLLI; SILVA, 2010, p. 278).

² É a existência de justa causa, onde há elementos mínimos de autoria e materialidade. Onde por sua vez, o Estado – Juiz menciona se existem possibilidades para dar início a persecução penal. (LOPES JUNIOR; ROSA, 2014).

³ É quando “o particular é titular de uma pretensão acusatória e exerce o seu direito de ação, sem que exista delegação de poder ou substituição processual”, ou seja, atua unicamente em direito próprio. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 404).

⁴ Também conhecido como princípio da legalidade que é um dos princípios mais importantes da Constituição Federal. O referido princípio tem aplicação diferenciada para o Estado e para o Particular. Naquele tem o dever de fazer o que está determinado em Lei, para o particular esse pode fazer o que a lei não proíbe. (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 839).

Colocada essas questões, sublinha-se que inquérito policial tem algumas características marcantes, que se lastreiam em sua natureza inquisitiva, em seu caráter sigiloso, na sua indisponibilidade, na sua dispensabilidade para a persecução penal, na obrigatoriedade de ser escrito, na sua oficiosidade e no seu aspecto unidirecional. O procedimento inquisitivo do inquérito policial faz com que a figura do investigado fique a margem do direito de defesa, pois ainda não há uma acusação formal contra ele e sim uma averiguação realizada por um delegado de polícia. (RANGEL, 2017, p. 100).

Não existem regras determinadas para a instauração do inquérito policial. Conforme preceitua o art. 6º do Código de Processo Penal, não há dúvidas de que a autoridade policial, *logo que tiver conhecimento da prática de infração penal*, deverá adotar uma série de procedimentos que tem por objetivo colher o maior número de informações sobre o fato delituoso ocorrido. (RANGEL, 2017, p. 100). Quais sejam: ir ao local do crime, apreender objetos, colher provas, ouvir o indiciado, fazer acareações se necessário, enfim, uma série de procedimentos que visa a identificar a prova da existência do crime e o mínimo de indício de autoria.

Importante mencionar que o art. 14 do Código de Processo Penal (CPP) permite que a autoridade policial, por seu próprio juízo, faça um valor sobre as diligências requeridas pelo indiciado, as quais, se consideradas impertinentes pela autoridade policial, poderão ser indeferidas, na medida em que a possibilidade de prejudicar o curso das investigações (RANGEL, 2017, p. 100). Com isso, reafirma-se: o inquérito policial é um procedimento inquisitivo, com o fim de obter elementos que sirvam de baliza ao oferecimento da denúncia ou de queixa-crime. (AVENA, 2014, p. 158).

Outra característica do inquérito policial é que esse não aceita a existência de uma investigação através do meio de expressão verbal. Todas as peças do inquérito policial serão por escrito e todas somente em um único processo, rubricadas pela autoridade (como preceitua o art. 9, do CPP). Os atos do inquérito policial devem ser

reduzidos a termo para que exista segurança em relação ao conteúdo. Todavia, importante mencionar que o art. 405, § 1º, do CPP, diz que o registro do depoimento do investigado, indiciado, testemunhas e ofendido, sempre que possível, será feito a gravação magnética (inclusive audiovisual), sem a necessidade de posteriormente efetuar a transcrição dos depoimentos conforme art. 405, § 2º, do CPP. (REIS; GONÇALVES, 2016, p. 67). Quando realizadas as investigações pela autoridade policial todo o material colhido deve ser documentado nos autos do inquérito, para que se possa ter uma reconstrução probatória dos fatos. (RANGEL, 2017, p. 102).

Já a unidirecionalidade do inquérito policial tem uma única finalidade: a de apuração dos fatos, não cabendo ao representante policial propagar nenhum juízo de valor na apuração dos fatos, como por exemplo que o investigado agiu em legítima defesa ou movido por violenta emoção ao cometer o crime de homicídio. Segundo Rangel, há “relatórios em inquéritos policiais que são verdadeiras denúncias e sentenças. É o ranço do inquisitorialismo no seio policial”. (RANGEL, 2017, p. 103). Essa característica tem como atributo impedir que tal valoração ocorra.

Além disso, vale destacar que não existe entre a investigação policial e o representante do Ministério Público relação de meio e fim, mas apenas de progressividade funcional. A polícia civil – vinculada ao Poder Executivo segundo o art. 144 da Constituição Federal – não tem compromisso algum com a acusação ou com a defesa. Tem a função preparatória de juntar elementos para dar substrato a eventual denúncia com elementos que constituam, se houver, uma justa causa para a ação penal. (CASTRO, 2017).

A autoridade policial assegurará no âmbito do inquérito policial o sigilo necessário para a solução do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. O sigilo não abarca o membro do ministério público, nem a autoridade judiciária. O advogado pode acompanhar os autos do inquérito policial, porém, se estiver decretado

judicialmente o sigilo na investigação, não poderá acompanhar a realização dos procedimentos. (AVENA, 2014, p. 159).

Diferentemente do que ocorre em relação ao processo criminal, que rege pelo princípio da publicidade, o inquérito policial pode estar em sigilo no decorrer de uma determinada investigação. Muitas vezes o êxito das investigações está vinculado, em inúmeros casos, ao elemento surpresa nas diligências realizadas e ao fato de que as provas obtidas durante o inquérito sejam produzidas no rumor dos acontecimentos, quando ainda não houve a oportunidade da pessoa a ser investigada tentar maquiar os fatos, como acontece regularmente na fase judicial. (AVENA, 2014, p. 159).

No entanto, por vezes, o sigilo de uma investigação não permite a intromissão do advogado durante a fase investigatória, que está sendo feita sob total sigilo, já que, do contrário, a inquisitorialidade do inquérito policial ficaria prejudicada, bem com a própria investigação. (RANGEL, 2017, p. 103). Inúmeras vezes a divulgação pela imprensa das diligências que serão efetuadas no âmbito de uma investigação frustra seu objetivo principal, que é a descoberta de prova da materialidade e autoria do crime. (RANGEL, 2017, p. 103).

A questão do sigilo no inquérito policial, principalmente no plano da atuação dos advogados, se revela às vezes um verdadeiro embate entre o advogado e a autoridade policial. Aquele quer o livre exercício profissional enquanto esse exerce o poder do Estado. (D'URSO, 2004). É muito comum, portanto, a Comissão de Prerrogativas da Ordem dos Advogados do Brasil receber reclamações de advogados que foram impedidos, quer pela autoridade policial ou por algum agente de polícia, de examinar autos de inquérito policial na delegacia ou até mesmo conversar reservadamente com seu constituído. A súmula vinculante nº. 14, do Supremo Tribunal Federal, é clara em prever que os elementos de prova que o advogado tem direito, no curso da investigação criminal, devem ser as documentadas e não aquelas que ainda serão

realizadas e que necessitam do sigilo necessário à sua consecução. (RANGEL, 2017, p. 105).

De outro lado, no âmbito do inquérito policial, o delegado de polícia pode determinar ou postular, com discricionariedade, todas as diligências que achar necessárias aos desdobramentos dos fatos. Isso nos indica que após a instauração do inquérito policial, a autoridade judiciária possui autonomia para decidir acerca das providências que deseja tomar acerca da investigação. (AVENA, 2014, p. 159). A autoridade policial, quando iniciado a investigação, não fica atrelada a nenhuma forma previamente determinada. A autoridade tem a liberdade de agir, para a averiguação do fato criminoso, dentro dos ditames estabelecidos em lei. Importante dizer que *discricionariedade* não é arbitrariedade. Essa última é a capacidade agir sem qualquer abrigo da lei. (RANGEL, 2017, p. 106).

Por fim, no ano de 2016 foi promulgada a Lei n.º 13.245/2016. Com ela, ao contrário do que se pensou, o inquérito policial não deixou de ser inquisitivo. A nova lei não conferiu caráter acusatório ao inquérito policial. A falta de poder requisitório do advogado na fase investigativa intensifica a continuidade da característica inquisitorial do inquérito. Da mesma forma não se pode ignorar que a eficácia da polícia civil em grande parte está ligada ao fator surpresa. (LIMA FILHO, 2016).

Aury Lopes Jr. diz que mesmo com o aumento da presença do advogado no inquérito policial, fortalecendo a defesa e o contraditório, não há supressão do caráter inquisitório do inquérito. A presença do advogado no interrogatório do indiciado é em geral pacífica por parte das autoridades policiais. Assim, a Lei 13.245/2016 veio apenas reforçar essa prerrogativa já prevendo a 'nulidade absoluta' dos atos quando barrada pela autoridade policial. (LOPES JUNIOR, 2016).

2 Razoabilidade na conclusão do inquérito policial no Brasil: elementos dogmáticos

Sabe-se que a Emenda Constitucional n.º 45 de 30 de dezembro de 2004 criou, explicitamente, no ordenamento jurídico brasileiro, a garantia da duração razoável do processo. (BARBOSA, 2015). Essa emenda foi imposta pelo legislador constituinte através do inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal: “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (BRASIL, 1988).

Para Alexandre Morais da Rosa, a garantia da duração razoável do processo consagrada na Emenda Constitucional nº 45 não se trata de algo inédito, dado que já discutida em diversos âmbitos, especialmente na Europa: “Na verdade, prometer-se a duração razoável sem medidas compensatórias é o mesmo que se prometer amor. Para além do Direito (ao amor ou à duração razoável do processo) é preciso estabelecer-se as garantias”. (ROSA, 2014).

Para Aury Lopes Jr., em que pese, o Código de Processo Penal fazer menção a diversos limites de duração dos atos (arts. 400,412, 531 etc.), infelizmente não retira a crítica, pois, são prazos sem nenhum tipo sanção. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 188). Sem contar que essa garantia constitucional, consagrada agora no ordenamento jurídico brasileiro, vem mencionada na Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) (LOPES JUNIOR, 2014, p. 187) do qual o Brasil ratificou e assumiu o compromisso de cumprir em todo território nacional, bem como todas as instituições, poderes, todos os agentes públicos e os cidadãos. (GIACOMOLLI, 2014, p. 07).

Deste modo, importante registrar o artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 8º – Garantias judiciais:

1. Toda pessoa terá o direito de 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, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (Sem grifos no original). (TRATADO INTERNACIONAL, 1969).

Nesse sentido, Lechenakoski diz que existe a incidência da razoável duração do processo nos procedimentos investigativos com base na Emenda Constitucional n.º. 45/2004, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe referência expressa ao referido princípio da razoável duração do processo, consagrado no art. 5º, LXXVIII⁵. Por fim, a investigação criminal que dura um tempo demasiadamente prolongado pode não incidir no prazo da prescrição do crime, porém ocorrendo a violação do preceito fundamental da razoável duração do processo. (LECHENAKOSKI, 2016).

No ordenamento infraconstitucional brasileiro consta que o inquérito policial deverá ser encerrado e encaminhado ao juiz competente no tempo hábil de 10 (dez dias) estando o indiciado preso em flagrante ou preventivamente e, quando solto, mediante fiança ou sem ela, terá a autoridade o prazo de 30 (trinta) dias. Segundo o Código de Processo Penal:

Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela. (BRASIL, 1941).

⁵ 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: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL, 1988).

Algumas variações da regra geral: no âmbito da Justiça Federal, o prazo é de 15 dias, se o acusado estiver preso, podendo ser prorrogado por mais 15 dias, conforme art. 66 da Lei 5.010/66. Sendo o acusado solto, o prazo segue a regra geral do qual será de 30 dias, (OLIVEIRA, 2009, p. 48), ou seja, seguindo o dispositivo do art. 10 do Código de Processo Penal. Com o advento da Lei nº. 11.343/2006, que trata sobre o tráfico ilícito de entorpecentes, o prazo de conclusão do inquérito policial é de 30 dias, conforme art. 51 da referida lei, quando o acusado estiver preso. Independentemente se o crime ocorreu em território brasileiro ou no exterior o prazo se manterá. (RANGEL, 2017, p.115). E de 90 dias se o acusado estiver solto. Conforme o parágrafo primeiro do art. 51 os prazos podem ser duplicados mediante pedido justificado. (OLIVEIRA, 2009, p. 48).

Quando tratamos de crimes dos artigos 28, 33, § 3º e 38 da Lei 11.342/2006, não existe o inquérito policial, tendo em vista que são infrações de menor potencial ofensivo, tornando-se assim objeto da lavratura de termo circunstanciado. (RANGEL; BACILA, 2014, p. 179). O termo circunstanciado está regulamentado no art. 69 da Lei nº. 9.099/95, a qual preceitua: “Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários”. (BRASIL, 1995).

No âmbito dos crimes contra a economia popular – Lei n.º 1.521/1951 – a previsão é que inquérito policial seja finalizado em 10 dias, não importando se o investigado está preso ou solto (art. 10, § 1º). (AVENA, 2014, p. 193). Já no inquérito policial militar, em consonância com o Código de Processo Penal Militar, o prazo de finalização é de 20 dias, se preso o investigado, e de 40 dias, prorrogáveis por mais 20 dias, se solto (art. 20 do Decreto-lei 1.002/1969). (AVENA, 2014, p. 193).

Lembrando que se o indiciado estiver solto o prazo tem como termo inicial a *portaria de instauração* do inquérito policial. Porém,

se o indiciado estiver preso, o prazo terá como data inicial a dia efetivação da prisão. Por fim, inclui-se o dia do começo na contagem, não se prorrogando o prazo em hipótese alguma. Os prazos materiais têm a sua forma de contagem regrada pelo art. 10 do Código Penal, incluindo-se o dia do começo. (AVENA, 2014, p. 190). Estando o indiciado preso dentro do prazo previsto para a conclusão do inquérito policial e este ainda não concluído, é necessária sua soltura por constrangimento ilegal. (AVENA, 2014, p. 191).

Não obstante, existe uma lacuna ainda não dirimida na lei processual penal quanto a finalização do prazo fixado em lei e sobre a existência de alguma sanção aplicada quando do prazo não for correspondido. Para Lopes Jr., quando o prazo não possui nenhuma sanção, tem-se a ineficácia do direito fundamental da razoável duração do procedimento. (LOPES JUNIOR, 2014, p. 193). E esses direitos são normas de conteúdo declaratório, previstos e consagrados na Constituição Federal.

3 Razoabilidade pela lente do judiciário: uma análise da jurisprudência do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul

É consabido que a jurisprudência está presente para os advogados, juristas, doutrinadores e a sociedade de forma geral para fins de uma sensibilidade mais aguçada em torno da formação de uma mentalidade julgadora, norteando a todos, por vezes, a apuração de determinados casos concretos. Seu objetivo, na medida em que traz julgamentos já realizados, é dar embasamento para evitar que novas discussões acerca do tema sejam iniciadas. Por óbvio, vários casos têm decisões divergentes. Sendo assim, o Estado-Juiz, analisando o caso concreto, dará a melhor solução pela sua livre convicção e pelas provas produzidas durante a instrução processual.

Na Sétima Câmara Criminal do TJRS pode-se encontrar a seguinte decisão acerca da razoável duração do inquérito policial:

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO. Excesso de prazo na formação da culpa do paciente. Ausência de conclusão do inquérito policial dentro do prazo previsto no código de processo penal que configura constrangimento ilegal. Soltura do paciente que se impõe. A contagem dos prazos processuais para a formação da culpa do paciente no processo penal pátrio é global e não por etapas, devendo eventual ilegalidade da prisão cautelar por excesso de prazo ser analisada à luz do princípio da proporcionalidade. O art. 10 do Código de Processo Penal prevê que o prazo para a conclusão do inquérito policial é de 10 (dez) dias nos casos em que o investigado estiver preso preventivamente, iniciando-se o prazo a partir do dia em que se executar a ordem de prisão. Nestes termos, estando o paciente preso desde a data de 25/04/2017 e não tendo sido remetido o inquérito policial ao Juízo Criminal dentro do prazo previsto na legislação processual penal pátria, a situação constitui constrangimento legal, havendo manifesta ofensa ao princípio da razoável duração do processo, de estatura constitucional, de forma que imperiosa a soltura do paciente, com aplicação de outras medidas cautelares, dada a ocorrência de excesso de prazo para a formação de culpa. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE. (BRASIL, 2017a).

No despacho acima o desembargador-relator menciona que não tendo sido o inquérito policial remetido ao juízo dentro do prazo estabelecido no art. 10 do CPP, ou seja, 10 (dez) dias e estando o investigado preso preventivamente, do qual o prazo inicia-se a partir da data em que se executar a ordem de prisão, sendo assim, o paciente estará preso preventivamente por um tempo maior do que o prazo estabelecido no mencionado artigo, de modo que a situação do caso concreto constitui constrangimento ilegal, concluindo ainda o Relator que é uma ofensa ao princípio da razoável duração do processo. Por fim, determinou a soltura do paciente por excesso de prazo para a formação da culpa.

No mesmo sentido vai a Terceira Câmara Criminal:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EXCESSO DE PRAZO VERIFICADO. 1. A averiguação da

ocorrência de violação à razoável duração do processo demanda análise, em concreto, da presença - ou não - das exigências da proporcionalidade. 2. No caso dos autos, o paciente encontra-se preso preventivamente desde 11 de setembro de 2016, e o feito encontra-se parado há 70 (setenta) dias sem a remessa do inquérito policial ao juízo, importando destacar que não se trata de fatos complexos. Porém, tendo em vista a gravidade concreta do delito e os antecedentes do paciente, adequada a fixação de medidas cautelares diversas. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (BRASIL, 2016a).

Na decisão acima foi concedida a revogação da prisão preventiva tendo em vista que a autoridade policial estava a 70 (setenta) dias sem findar o inquérito policial. Ainda, deve-se destacar que não existia nenhum elemento nos autos do processo que indicava complexidade do feito a justificar tal morosidade. Por fim, o desembargador-relator conclui que restou evidenciada desídia por parte da autoridade policial, desta forma impondo a revogação da medida gravosa.

No entanto, tais entendimentos não são unânimes. Em sentido contrário se manifestou a Primeira Câmara Criminal:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. 1. Considerados os poucos elementos juntados, não se observa constrangimento ilegal na manutenção da prisão, pois presentes os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Conforme informações da autoridade apontada coatora, há indicativo da participação do paciente nos crimes imputados nos elementos colhidos no Inquérito Policial nº 20/2016/200850/A. O Magistrado mencionou que o triplo homicídio qualificado decorreria da rivalidade existente entre as facções “Bala na Cara” e “Os Vila Jardim”, circunstância que indica a gravidade concreta da conduta. A prudência recomenda, portanto, a manutenção da segregação cautelar, não sendo suficiente, no presente contexto, a aplicação de medidas cautelares diversas. 2. A duração do processo, nos exatos termos da norma constitucional (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF), deve ser razoável,

impondo-se a interpretação da demora no curso da instrução através da ponderação com o princípio da proporcionalidade, que em seu sentido estrito autoriza a maior dilação dos prazos processuais quando a ação penal apresentar maior complexidade. Embora o paciente esteja preso desde 21 de março de 2016, a complexidade do feito, que conta com nove réus e quatro fatos, autoriza maior dilação dos prazos processuais. Encontra-se pendente apenas a resposta à acusação de um dos réus, de forma que a instrução poderá se iniciar em breve. Não se identifica, por ora, inércia do aparelho judiciário, não podendo eventual demora ser atribuída ao Juízo condutor da ação. ORDEM DENEGADA. (BRASIL, 2016b).

Na decisão acima o desembargador-relator menciona que a duração do processo deve ser razoável, porém tendo em vista que a ação penal apresentou maior complexidade, e mesmo que o paciente estivesse segregado há nove meses sem avistar o início da instrução, em virtude da complexidade do caso e do número extensivo de réus – nove (09) e dos quatro (04) fatos delituosos – não foi configurado o excesso de prazo na formação da culpa.

No mesmo sentido assim novamente a Terceira Câmara Criminal decidiu:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. DESNECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DO ACUSADO. INOCORRÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INEXISTÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR MANTIDA. A prisão preventiva, no caso concreto, não configura antecipação da punição penal. Caso em que o decreto de prisão encontra-se adequadamente fundamentado – na garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal – e embasado em circunstâncias específicas do caso concreto, havendo comprovação da materialidade e suficientes indícios da autoria delitiva em nome do paciente. Embora primário o paciente, as circunstâncias fáticas, diante do contido nos autos – evidente, no caso, o *periculum libertatis*, ante a ameaça do paciente à vítima sobrevivente, bem como as testemunhas, o que tem dificultado o andamento do feito, inclusive, para seu encerramento já que as testemunhas em razão

do temor que sentem não compareceram em duas solenidades aprazadas –, são desfavoráveis e pesam contra o acusado, pelo que não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva.

a razoável duração do processo deve ter em consideração as circunstâncias específicas do caso concreto, como a complexidade do feito e o comportamento das partes e do magistrado. Nesta linha, o excesso de prazo na formação da culpa não decorre do simples descumprimento de prazos processuais isolados, como simples operação aritmética. Embora o paciente esteja preso há aproximadamente nove meses, não há qualquer retardo provocado pelo juízo ou ministério público na condução do processo, pelo que, no momento, não se vislumbra o alegado excesso de prazo sustentado. Excesso de prazo não configurado. ORDEM DENEGADA. (BRASIL, 2017b).

Na decisão acima, para o desembargador-relator, mesmo que o paciente estivesse preso preventivamente a 09 (nove) meses, por si só, não configuraria excesso de prazo. Acrescenta ainda, que embora esteja assegurado o direito de ser julgado em um prazo razoável, o tempo não vem expresso. Diz ainda que a simples ultrapassagem dos prazos legais não configura a ilegalidade da custódia. Por fim, acrescenta o relator de que a alegação de excesso de prazo, não é suficiente para a concessão de liberdade do paciente, tendo em vista a periculosidade do agente em frente às circunstâncias do caso concreto.

4 Considerações finais

Por tudo que foi exposto, a análise realizada aponta que o inquérito policial é um procedimento de investigação com o viés de apurar indícios de autoria e a prova da materialidade de um crime, fornecendo substratos mínimos para a propositura da ação penal. Em um primeiro momento foram analisados os conceitos básicos sobre o inquérito policial sobre a ótica de alguns autores. Posteriormente, foram analisadas algumas características principais do inquérito policial, sendo que se trata de um procedimento

inquisitorial, ou seja, o indiciado fica afastado do direito de defesa; a característica formal é que todos os atos do inquérito policial serão por escrito; é sistemático, quando todo o material colhido deve ser documentado; unidirecional significa dizer que o inquérito policial tem a única finalidade de apuração do fato criminoso; e também é sigiloso, pois a autoridade assegurará o sigilo necessário para a concretização do inquérito em decorrência do fato criminoso; e discricionário, vez que concentra toda a carga do inquérito policial ao seu representante, que é o/a delegado (a) de polícia.

Ainda foi feita uma análise, mesmo que breve, sobre o prazo para a conclusão do inquérito policial que, em regra geral, se guia pelo o que está consagrado no art. 10 do CPP. Se por ventura o indiciado estando preso e a autoridade policial não concluiu o inquérito policial é necessário à sua soltura por constrangimento ilegal. As características estudadas estão em consonância com a finalidade do inquérito policial, e aos princípios fundamentais que garantem a preservação da dignidade do indivíduo consagrada na constituição federal.

Por fim, diante dos acórdãos colhidos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cumpre destacar que não existe uma uniformização acerca da razoável duração do inquérito policial. Há decisões que concedem o excesso de prazo e outras não configuram o excesso de prazo para a formação da culpa. O parecer, quando não é favorável acerca do excesso de prazo, atrela-se principalmente a da complexidade do fato, muitas vezes caracterizado pelo número abundante de réus e outras vezes pela quantidade de fatos constantes na denúncia. Percebe-se que está longe de termos uma uniformização sobre o tema. Enquanto isso os presídios estão cada vez mais abarrotados de pessoas que por muitas vezes não precisariam estar segregados no sistema penitenciário.

Referências

- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal esquematizado**. 6ª ed. São Paulo: Método, 2014. p. 159 p. 193. p. 151.. p. 158
- BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Investigação criminal também deve cumprir prazo de duração razoável**. 2015. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2015-nov-03/academia-policia-investigacao-criminal-tambem-cumprir-prazo-duracao-razoavel#_edn2. Acesso em: 27 jun. 2017.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 jul. 2017.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689: Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 17 jul. 2017.
- BRASIL. Lei nº 9.099: Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, **Diário Oficial da União**, seção 1, p.15033, 26 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 16 jul. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 70072016769**, da terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre, 14 dez. 2016a.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 70071384523**, da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Jayme Weingartner Neto. Porto Alegre, 14 dez. 2016b.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 70073591844**, da Sétima Câmara Criminal do Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 18 maio 2017a.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 70073832867**, da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Sérgio Miguel Achutti Blanttes. Porto Alegre, 5 jul. 2017b.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Inquérito policial tem sido conceituado de forma equivocada.** 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-policia-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada>. Acesso em: 17 jul. 2017.

D`URSO, Luiz Flávio Borges. **O sigilo do inquérito policial e o exame dos autos por advogado.** 2004. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/artigo/6889-Artigo-O-sigilo-do-inquerito-policial-e-o-exame-dos-autos-por-advogado>. Acesso em 17 jul. 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. O princípio da Legalidade no direito penal alemão: um exemplo a ser seguido (?). In: PIERANGELI, José Henrique; SILVEIRA, Solange. (Orgs.). **Direito penal e processo penal:** estudos em homenagem ao Prof. Paulo Tovo. Porto Alegre: Sapiens, 2010.

LECHENAKOSKI, Bryan Bueno. **A razoável duração do processo X prescrição retroativa após alteração da Lei 12.234/2010.** 2016. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/a-razoavel-duracao-do-processo-x-prescricao-retroativa-apos-alteracao-da-lei-12-2342010-por-bryan-bueno-lechenakoski/#_ftnref3. Acesso em 27 jun. 2017.

LIMA FILHO, Eujecio Coutrim. **Lei nº. 13.245/16 e o caráter inquisitivo do inquérito Policial.** 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/lei-no-13-24516-e-o-carater-inquisitivo-do-inquerito-policial>. Acesso em: 22 maio 2017.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação.** 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>. Acesso em 17 jul. 2017.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima; ROSA, Alexandre Morais. **Quando o acusado é VIP, o recebimento da denúncia é motivado**. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-14/limite-penal-quando-acusado-vip-recebimento-denuncia-motivado>. Acesso em: 18 jul. 2017.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo; BACILA, Carlos Roberto. **Lei de drogas: comentários penais e processuais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

REIS, Alexandre Cebrian Araujo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSA, Alexandre Morais da. **Duração razoável do processo sem contrapartida é como promessa de amor**. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-18/limite-penal-duracao-razoavel-contrapartida-igual-prometer-amor>. Acesso em 27 jun. 2017.

TOVO, Paulo Cláudio. Opinião sobre investigação Criminal. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, n. 154, set. 2005.

TRATADO INTERNACIONAL. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (1969). San José de Costa Rica, 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br>. Acesso em: 17 jul. 2017.